

# Relative Marktmacht, Geoblocking und Digitalisierung

Peter Georg Picht\*

*The rules on relative market power, recently introduced into Swiss competition law, generate far-reaching overlaps with the geo-blocking prohibition that took effect in parallel, as part of Swiss unfair competition law. This contribution analyses these overlaps, with a focus on the “shop like a local” principle which is also known from EU geo-blocking rules.*

*Furthermore, the provision identifies the important role that relative market power rules could play in the digital sector. In a comparative approach, it explains “digital adaptations” recently made to German relative market power provisions and points out important first steps Swiss law should take in that direction.*

## Inhaltsübersicht

- I. Einführung
- II. Territoriale Konditionenspaltung und Geoblocking – *how local to be shopped?*
  - 1. Persönlicher und sachlicher Anwendungsbereich des Art. 3a UWG
  - 2. «Fernhandel»
  - 3. Grenzüberschreitende Belieferungspflicht
  - 4. Sanktionsebene und Gesamtbefund
- III. Relative Marktmacht in der digitalen Transformation
  - 1. Rechtsvergleichungsskizze D-GWB
  - 2. Handlungsbedarf Schweiz
- IV. Ausblick

## I. Einführung

Mit dem 1. Januar 2022 sind die Regeln des schweizerischen Kartellgesetzes zur Verhaltenskontrolle von Unternehmen mit «relativer» Marktmacht in Kraft getreten, gemeinsam mit einem Geoblocking-Verbot in Art. 3a UWG.<sup>1</sup> Die KG-Bestimmungen zur relativen Marktmacht bestehen aus vier Kernelementen, nämlich erstens einer Definition des Rechtsinstituts in Art. 4 Abs. 2<sup>bis</sup> KG; zweitens einer – jedenfalls nach dem Wortlaut von Art. 7 Abs. 1 KG – gesamthaften Erstreckung der Missbrauchstatbestände für Marktbeherrscher auch auf relativ Marktmächtige; drittens einem neuen Missbrauchstatbestand in Art. 7 Abs. 2 lit. g KG, der freilich nicht nur relativ marktmächtigen, sondern auch marktbeherrschenden Unternehmen eine Pflicht zur Belieferung im Ausland zu Auslandskonditionen bzw. ein Verbot der «territorialen Konditionenspaltung» auferlegt; schliesslich viertens einem Wortlaut von Art. 49a Abs. 1 KG, der direkte Sanktionen für relativ marktmächtige Unternehmen im Prinzip ausschliesst. Schon ein gesamthafter Blick auf diese Regelungen zeigt, dass sie keine blosse Kopie ausländischer Rechtsinstitute<sup>2</sup> darstellen, sondern

\* Prof. Dr., LL.M. (Yale). Inhaber Lehrstuhl für Handels- und Wirtschaftsrecht, Universität Zürich, Leiter des universitären Center for Intellectual Property and Competition Law CIPCO. Der Beitrag vertieft Teile eines vom Verfasser an der 14. Tagung zum Wettbewerbsrecht der Universität Fribourg gehaltenen Vortrags.

<sup>1</sup> Zur Gesetzgebungsgeschichte, einschliesslich der Anlassgebenden Fair-Preis-Initiative, s. Picht, Relative Marktmacht und Geoblocking, WUV Nr. 6/2021, S. 337; Stäuber/Burger, Einführung der relativen Marktmacht in der Schweiz, ZWeR 2/2021, S. 235; Zäch/Tuchschnid, Unterstellung relativ marktmächtiger Unternehmen unter die schweizerische Missbrauchsaufsicht, ZWeR 2/2021, S. 217. Zum Geoblocking-Verbot im Allgemeinen Zirlick/Bickel, Neue Instrumente gegen die «Hochpreisinsel Schweiz»: Regeln zu relativer Marktmacht und Geoblocking, WRP 2/2022, S. 152 ff.

<sup>2</sup> Das EU-Recht kennt das Institut der relativen Marktmacht nicht, wohl aber verschiedene Mitgliedstaaten. So ist in Österreich die relative Marktmacht in § 4 Abs. 3 KartG geregelt, Deutschland erfasst sie durch § 20 GWB, s. rechts-

eine durchaus eigenständige Anverwandlung. Dieser Umstand sowie baldig zu erwartende erste Verfahren (wohl zunächst eher bei der Kartellbehörde als vor den Zivilgerichten) schaffen einen dringenden Orientierungsbedarf für Marktteilnehmer und Rechtsanwender. Um diesen wenigstens vorläufig zu befriedigen, hat das WEKO-Sekretariat im Dezember 2021 ein erstes Merkblatt und Meldeformular veröffentlicht.<sup>3</sup> Der vorliegende Beitrag identifiziert vor diesem Hintergrund Herausforderungen, denen sich die Rechtsanwendungspraxis im Bereich des Digitalkartellrechts sowie der Schnittpunkte zwischen Geoblocking und relativer Marktmacht demnächst gegenübersehen könnte. Ihre Auswahl ist in keiner Weise abschliessend und dezidiert subjektiv. Der Verfasser nimmt also von vornherein jede Kritik zum Fehlen dieser oder jener Rechtsfrage als berechtigt entgegen.

## II. Territoriale Konditionenspaltung und Geoblocking – *how local to be shopped?*

Zwischen den neu geschaffenen Tatbeständen des Verbots der territorialen Konditionenspaltung (Art. 7 Abs. 2 lit. g KG) und des Geoblocking-Verbots (Art. 3a UWG) bestehen erhebliche Überschneidungspotentiale. Sie ergeben sich vor allem aus dem Auslandsbezug beider Tatbestände sowie dem sehr weit interpretierbaren Anwendungsbereich des Geoblocking-Verbots.

### 1. Persönlicher und sachlicher Anwendungsbereich des Art. 3a UWG

Art. 3a UWG erfasst – anders als die EU-Geoblocking-VO<sup>4</sup> – in personeller Hinsicht nicht lediglich Konsum-

vergleichend hierzu *Bueren/Wolf-Posch/Picht*, Relative Marktmacht im D-A-CH-Rechtsraum: Rechtsvergleichung, Ökonomie und Digitalisierung, ZWeR 2/2021, S. 175 ff., 184 ff.

<sup>3</sup> *Picht*, Erste Leitlinien zur relativen Marktmacht in der Schweiz, sic! 6/2022, S. 243; für eine Diskussion der Regelungen aus Behörden- und Unternehmenssicht s. *Ducrey/Schraner/Picht*, CIPCast vom 16.12.2021 (Podcast-Reihe des Center for Intellectual Property and Competition Law [CIPCO] der Universität Zürich), <<https://youtu.be/A5RD56NCmfQ>> (alle Online-Fundstellen zuletzt abgerufen am 13. Juni 2022).

<sup>4</sup> Siehe hierzu den Erwägungsgrund (16) und Art. 1 der EU-Verordnung 2018/302 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 28. Februar 2018 über Massnahmen

menten oder Unternehmen als Endverbraucher, sondern auch Abnehmer auf einer Zwischenstufe der Wertschöpfungskette, also beispielsweise Zwischenhandelsunternehmen.<sup>5</sup>

In sachlicher Hinsicht unterfallen vollständig digital erbringbare Leistungen dem Geoblocking-Verbot, aber auch stationäre Leistungen und nicht-digitale Produkte.<sup>6</sup> Allerdings kontrolliert Art. 3a UWG die Bedingungen von Transaktionen über solche Leistungen/Produkte nur insoweit, als es sich um Preise und Zahlungsbedingungen handelt (Art. 3a Abs. 1 lit. a UWG). Damit geht das schweizerische Recht einerseits weniger weit als die EU-Verordnung, die sämtliche allgemeinen Geschäftsbedingungen dem Geoblocking-Verbot unterwirft.<sup>7</sup> Andererseits greift es insofern weiter aus, als es jedenfalls nach seinem Wortlaut auch für individualvertraglich vereinbarte Zahlungsmodalitäten gilt. Konsens besteht, soweit ersichtlich, darüber, dass der Rechtsgedanke von Art. 4 Abs. 2 EU-GeoblockingVO auch für Art. 3a UWG Platz greift, die Festlegung national unterschiedlicher Prei-

gegen ungerechtfertigtes Geoblocking und andere Formen der Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit, des Wohnsitzes oder des Ortes der Niederlassung des Kunden innerhalb des Binnenmarkts und zur Änderung der Verordnungen (EG) Nr. 2006/2004 und (EU) 2017/2394 sowie der Richtlinie 2009/22/EG; *Ehle/Kress*, Kaufen ohne Grenzen – die neue Geoblocking-Verordnung der EU, CR 12/2018, S. 791; *Budde/Eckhoff*, in: *Bauer/Rahlmeyer/Schöner* (Hrsg.), Handbuch Vertriebskartellrecht, München 2020, § 25 Geoblocking Rn. 9; *Bernhard*, Die Geoblocking-Verordnung in der Praxis, NJW 2019, S. 472; *Paal/Kumkar*, in: *BeckOK InfoMedienR*, AEUV Art. 101 Rn. 150.

<sup>5</sup> *Zirlick/Bickel* (Fn. 1), S. 152 Rn. 52 m.w.N.; *Heizmann*, Verbot des Geoblockings: Massvolle Fortentwicklung des Lauterkeitsrechts, Anwaltsrevue 2/2021, S. 76.

<sup>6</sup> So auch bei der EU-Verordnung, siehe *Herresthal*, Folgen der Geoblocking-Verordnung für die Verwendung von AGB, NJW 2020, S. 363 f.; *Rafsendjani*, Die europäische Geoblocking-Verordnung und ihre Auswirkung auf Vertriebsverträge, ZVertriebsR 2018, S. 212.

<sup>7</sup> Siehe hierzu den Erwägungsgrund (6) und Artikel 4 der EU-Verordnung 2018/302 vom 28. Februar 2018; *Loacker/Blumer*, Zum neuen Geodiskriminierungsverbot im UWG, SJZ 117/2021, S. 1064; *Neuhaus/Johnston*, in: *Bauer/Rahlmeyer/Schöner* (Hrsg.), Handbuch Vertriebskartellrecht, München 2020, § 10 Gebiets- und Kundenbeschränkungen, Art. 4 lit. b) Vertikal-GVO Rn. 41; *Baron*, in: *Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/Kersting/Meyer-Lindemann* (Hrsg.), Kartellrecht, 4. Aufl., München 2020, 7. Teil. Gruppenfreistellungsverordnungen Rn. 310 f.

se und Zahlungsbedingungen als solche also keinen Rechtsverstoss darstellt.<sup>8</sup>

## 2. «Fernhandel»

Allerdings muss die fragliche Transaktion «im Fernhandel» stattfinden. Das schweizerische Gesetzesrecht konkretisiert diesen Begriff weder im UWG noch an anderer Stelle, was schon berechtigte Kritik hervorgerufen hat.<sup>9</sup> Die Gesetzesmaterialien<sup>10</sup> und Teile der Literatur vertreten ein weites Begriffsverständnis. Hiernach genügt es für «Fernhandel» bereits, wenn sich Käufer und Verkäufer nicht am gleichen Ort befinden, jedenfalls dann, wenn sie sich im Rahmen ihrer Transaktion eines Fernkommunikationsmittels (z.B. E-Mail, Telefon) bedienen.<sup>11</sup> Keine Rede kann dann mehr sein von einer Beschränkung auf den Internet-Online-Handel i.S.v. Transaktionen, die über prinzipiell (vorbehaltlich Geoblocking) jedermann zugängliche Websites geschlossen werden. Auch stärker auf einen begrenzten Personenkreis zugeschnittene Transaktionssysteme, etwa Online-Bestellsysteme (exklusiv) für die Vertragshändler eines Herstellers, sind umfasst, wenn schon die Nutzung jedes Fernkommunikationsmittels genügt. Ob sogar der Zürcher, der telefonisch und verbindlich bei der Konstanzer Kleinmetzgerei seines Vertrauens den Lammbraten für Ostern vorbestellt, durch das Geoblocking-Verbot geschützt wird, hängt wesentlich davon ab, ob man «Fernhandel» – wie bereits angeregt<sup>12</sup> – als «Fernabsatz» i.S.d. einschlägigen EU-Richtlinie<sup>13</sup> interpretiert. Denn Art. 2 Nr. 1 FernabsatzRL verlangt für Vertragsabschlüsse im Fernabsatz nicht nur, dass «für den Vertrag bis zu dessen Abschluss einschliess-

lich des Vertragsabschlusses selbst ausschliesslich eine oder mehrere Fernkommunikationstechniken verwendet» werden, sondern auch, dass der Vertrag «im Rahmen eines für den Fernabsatz organisierten Vertriebs- bzw. Dienstleistungssystems des Lieferers geschlossen wird», woran es im vorliegenden Beispiel fehlen könnte. Obgleich die Beurteilung des letztgenannten Kriteriums Rechtsunsicherheiten mit sich bringen kann, spricht es für eine Beschränkung auf Vertriebs-/Dienstleistungssysteme, die auf Fernabsatz ausgerichtet sind, und damit für eine Gleichstellung von «Fernhandel» und «Fernabsatz» jedenfalls in dieser Hinsicht, dass lokal agierende (Klein-)Betriebe von Geoblockingvorgaben verschont bleiben. Ihre Kenntnisnahme- und Einhaltungsmühen dürften meist nicht recht im Verhältnis zur drohenden Kundenbeeinträchtigung stehen.

Ein Blick auf Art. 4 EU-GeoblockingVO zeigt, dass ein solches Verständnis des Begriffs «Fernhandel» eine Kommunikationsmittel-bezogene Einschränkung gegenüber der EU-Parallelregelung darstellt. Denn jene Vorschrift verwendet gar keine Einschränkung, die auf eine Nutzung von Fernkommunikationsmitteln abheben würde.<sup>14</sup> Explizit hält auch die EU-Kommission deren Einsatz nicht für erforderlich, sondern erstreckt die Verordnung gleichermassen auf reine Platzgeschäfte.<sup>15</sup> Sie greift nach ihrem Wortlaut also auch dann, wenn der Madrider Bäcker einem italienischen, mit heimischer Bankkarte zahlenden Touristen in seinem Ladengeschäft das Brot teurer verkauft als einem spanischen Kunden, weil er noch ob des Halbfinalmatches der vergangenen Fussball-Europameisterschaft grollt.<sup>16</sup> Art. 3a UWG hätte hingegen bei entsprechender Interpretation Mühe, eine solche

<sup>8</sup> U.a. Botschaft zur Volksinitiative «Stop der Hochpreisinsel – für faire Preise (Fair-Preis-Initiative)» und zum indirekten Gegenvorschlag (Änderung des Kartellgesetzes), BBI 2019 4877, S. 4911; *Stäuber/Burger* (Fn. 1), S. 265.

<sup>9</sup> *Loacker/Blumer* (Fn. 7), S. 1064.

<sup>10</sup> WAK-S, Verbot des privaten Geoblockings: Anmerkungen der Verwaltung zu Art. 3a E-UWG vom 4. März 2021, S. 2.

<sup>11</sup> *Loacker/Blumer* (Fn. 7), S. 1064; *Waser/Travaglini*, Relativ neu – die Schweizer Regelung zur relativen Marktmacht, zum Geoblocking-Verbot und zum Vertriebskartellrecht, NZKart 2022, S. 47 m.w.N.; wohl auch *Zirlick/Bickel* (Fn. 1), S. 153 Rn. 59.

<sup>12</sup> *Loacker/Blumer* (Fn. 7), S. 1064.

<sup>13</sup> Richtlinie 97/7/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Mai 1997 über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz, ABl. L 144/19 v. 4.6.1997 (FernabsatzRL).

<sup>14</sup> Auch in der Literatur zur GeoblockingVO wird eine solche Einschränkung, soweit ersichtlich, nicht gefordert, s. etwa *Rafsendjani* (Fn. 6), S. 212.

<sup>15</sup> EU-Kommission, Fragen & Antworten zur Geoblocking-Verordnung im Zusammenhang mit dem elektronischen Handel, 2018, 2.1.2.

<sup>16</sup> Die Anwendung von Art. 4 Abs. 1 EU-GeoblockingVO wäre, nach hier vertretener Auffassung, nicht kategorisch durch Art. 1 Abs. 2 EU-GeoblockingVO ausgeschlossen, weil ersichtlich aus Erwägungsgrund (7) der Verordnung eine reine Inlandskonstellation schon dann durchbrochen sein kann, wenn Staatsangehörigkeit und Wohnsitz/Niederlassung von Anbieter und Abnehmer unterschiedlich ausfallen, zumal hier noch ein ausländisches Zahlungsmittel zum Einsatz kommt. S. hierzu auch EU-Kommission, Fragen & Antworten zur Geoblocking-Verordnung im Zusammenhang mit dem elektronischen Handel, 2018, 2.1.3.

Konstellation als «Fernhandel» zu erfassen. Allerdings stehen für die Praxis sowohl zu Art. 4 EU-GeoblockingVO als auch (prospektiv) zu Art. 3a UWG Geschäfte des Online-Handels im Vordergrund und nicht die lokale Lebensmittelversorgung.<sup>17</sup>

Zusätzliche Bedeutung würde das Fernhandelskriterium entfalten, wenn es als Anwendungsbeschränkung des Art. 3a UWG auf grenzüberschreitende Transaktionen zu lesen wäre, bei der ein Inlandskunde mit einem ausländischen Anbieter ins Geschäft kommen möchte. Eindeutig spricht der Vorschriftswortlaut eine solche Beschränkung nicht aus. Jedoch mag man die Formulierung «Kunden in der Schweiz» als Indiz deuten, dass im Umkehrschluss nicht Anbieter aus der Schweiz, sondern nur solche im Ausland verpflichtet werden sollen. Auch dürften vor allem Art. 3a Abs. 1 lit. b, lit. c UWG für reine Inlandskonstellationen weitgehend leerlaufen, weil es an unterschiedlichen Online-Portalen für unterschiedliche Schweizer Regionen ebenso fehlt wie an der Zugänglichkeit von Portalen nur für solche Teile der hiesigen Bevölkerung, die nach den in Art. 3a Abs. 1 a.A. UWG genannten Merkmalen abgegrenzt wären. Die Normfunktion jedenfalls dieser Teilbestimmungen liegt also kaum in der Kontrolle von Inlandstransaktionen. Immerhin sind wohnsitzabhängige Preisunterschiede im inländischen Fernhandel (Art. 3a Abs. 1 lit. a UWG) denkbar, etwa abhängig vom Käuferwohnsitz in einem Kanton mit geringerer oder höherer Kaufkraft. Die Botschaft spricht davon, dass die Fair-Preis-Initiative «die Einführung des grundsätzlichen Verbots des privaten Geoblockings nach Vorbild der Regelungen in der EU vor[sehe]». <sup>18</sup> Zugleich hebt sie hervor, dass gem. Art. 4 Abs. 1 EU-GeoblockingVO «Konsumentinnen und Konsumenten sowie Unternehmen, die Waren oder Dienstleistungen in einem anderen EU-Land als jenem ihrer Niederlassung oder ihres Wohnsitzes zum Endverbrauch erwerben wollen, dort nicht bezüglich der Nettopreise oder Zahlungskonditionen diskriminiert werden [dürfen]». <sup>19</sup> Zwar findet sich diese Einschränkung auf grenzüber-

schreitende Transaktionen nicht im Wortlaut des Art. 4 Abs. 1 EU-GeoblockingVO, wohl aber in Art. 1 Abs. 2 EU-GeoblockingVO, und ihre explizite Nennung spricht für einen entsprechenden Beschränkungswillen der Botschaftsverfasserinnen und -verfasser hinsichtlich des schweizerischen Rechts. Übrigens bieten Erwägungsgrund (7) und Art. 1 Abs. 2 der EU-GeoblockingVO Orientierung dazu, wann eine Transaktion einen grenzüberschreitenden Charakter aufweist.<sup>20</sup> Auch die Erläuterungen der Fair-Preis-Initiantinnen und -Initianten zu Art. 3a UWG beschränken sich auf den grenzüberschreitenden Online-Handel.<sup>21</sup> In die gleiche Richtung weist die Bekämpfung einer Benachteiligung inländischer Abnehmer durch ausländische Anbieter als Grundratio der gesamten Revision, zu deren Elementen Art. 3a UWG gehört. Die historische Auslegung und Elemente der Teleologie geben also Stimmen<sup>22</sup> zu Gunsten einer Beschränkung auf grenzüberschreitende Transaktionen recht. Der Gesetzgeber hat es aber eben unterlassen, sie klar zu kodifizieren. Eine Interpretation, wonach Handel nur «Fern»handel darstellt, wenn er sich über die Landesgrenze hinweg abspielt, passt schlecht zu den eingangs herausgearbeiteten Begriffsgehalten.<sup>23</sup> Auch wird der «Kunde in der Schweiz» nicht nur «diskriminiert», wenn seine Schlechterbehandlung gegenüber einer Auslandskundin durch einen Auslandsanbieter geschieht, sondern auch, wenn ihn ein in der Schweiz ansässiger Anbieter zum Beispiel gegenüber dem Bewohner eines anderen Schweizer Kantons oder eines anderen Staates ungerechtfertigt benachteiligt.<sup>24</sup> Damit lässt der Gesetzeswortlaut eine Anwendung des

<sup>20</sup> Wohl ebenso *Zirlick/Bickel* (Fn. 1), S. 152.

<sup>21</sup> «Wer bei einem ausländischen Online-Shop etwas bestellen will, wird oft auf die Schweizer Website des Anbieters umgeleitet, auf der die Preise dann häufig massiv höher sind. Dieses sogenannte Geoblocking wird nun grundsätzlich verboten, «Einkaufen wie Einheimische» heisst die neue Devise: Konsumenten und Unternehmen aus der Schweiz müssen von ausländischen Online-Shops künftig gleichbehandelt werden wie einheimische Nachfrager.», <<https://www.fair-preis-initiative.ch/2021/12/09/so-wird-die-fair-preis-initiative-umgesetzt/>>.

<sup>22</sup> Hierzu, selbst aber skeptisch gegenüber einer Beschränkung auf den grenzüberschreitenden Handel, *Loacker/Blumer* (Fn. 7), S. 1063.

<sup>23</sup> So i.Erg. auch *Loacker/Blumer* (Fn. 7), S. 1064.

<sup>24</sup> Hingegen sehen *Loacker/Blumer* (Fn. 7), S. 1063, im Merkmal der Diskriminierung die beste Basis für einen Ausschluss reiner Inlandskonstellationen, sofern man diesen bejahen wolle.

<sup>17</sup> Für das schweizerische Recht *Waser/Travaglino* (Fn. 11), S. 47; *Heizmann* (Fn. 5), S. 73; bezüglich Geoblocking-VO: *Budde/Eckhoff* (Fn. 4), § 25 Geoblocking Rn. 12–13; *Ehle/Kress* (Fn. 4), S. 791; *Bernhard* (Fn. 4), S. 472. Auch der ursprüngliche Fair-Preis-Initiativtext fokussierte auf den Online-Handel, hierzu *Loacker/Blumer* (Fn. 7), S. 1063.

<sup>18</sup> Botschaft (Fn. 8), S. 4914.

<sup>19</sup> Ebda.

Art. 3a UWG auf Inlandskonstellationen gegenwärtig zu,<sup>25</sup> und es bedürfte seiner Änderung durch den Gesetzgeber, einer richterrechtlich einschränkenden Interpretation oder zumindest einer Klarstellung in den angekündigten Leitlinien<sup>26</sup> zu Art. 3a UWG, um dieses Tor zu schliessen.

### 3. Grenzüberschreitende Belieferungspflicht

Wandert der Blick von einem so verstandenen Anwendungsbereich des Art. 3a UWG zu Art. 7 Abs. 2 lit. g KG, trifft er auf Konstellationen, für die beide Tatbestände Relevanz haben. Liefern etwa ein Hersteller oder sein Grosshändler Industriefertigungsroboter zu unterschiedlichen Preisen in Österreich und der Schweiz aus und ersucht ein schweizerisches Unternehmen – das diese oder gleichwertige Roboter nicht zumutbar anderweit beziehen kann – die österreichische Niederlassung des Herstellers/Grosshändlers um Abgabe dieses Produkts zum österreichischen Preis, so bestehen bei abschlägiger Antwort Anhaltspunkte für eine Verletzung gleichermaßen von Art. 3a UWG und Art. 7 Abs. 2 lit. g KG. Zwar setzt die letztgenannte Vorschrift ein relatives Marktverhältnis zwischen dem (abhängigen) schweizerischen Unternehmen und dem (relativ marktmächtigen) österreichischen Lieferanten voraus. Dieses Kriterium leistet aber keine Weichenstellung entweder zum Kartellrecht oder zum UWG hin. Art. 3a UWG nämlich gilt schon nach seinem Wortlaut gleichermaßen für relativ marktmächtige Unternehmen, und alles andere wäre auch sinnwidrig. Denn es liesse sich nicht einsehen, weshalb Unternehmen mit grösserer, nämlich immerhin relativer Marktmacht freiere Hand zu territorialer Diskriminierung haben sollten als Unternehmen ganz ohne Machtposition. Ohnehin entstehen in der Realität leicht Unsicherheiten über das Vorliegen relativer Marktmacht, die Unternehmen dazu bewegen können, Art. 7 Abs. 2 lit. g KG vorsichtshalber zu genügen, auch wenn eine eingehende Prüfung möglicherweise das Fehlen relativer Marktmacht ergäbe.

Die Geltung verschiedener rechtlicher Verhaltensvorgaben für denselben Sachverhalt ist weder ungewöhnlich noch *per se* problematisch. In hiesiger Konstellation ergäbe sich freilich gegenüber Art. 7 Abs. 2 lit. g KG aus Art. 3a UWG dann eine deutliche Verschärfung, wenn man der Vorschrift eine Verpflichtung entnähme, in die Schweiz zu Auslandspreisen/-zahlungsbedingungen zu liefern, sofern eine Schweiz-Belieferung nur überhaupt angeboten wird. Art. 7 Abs. 2 lit. g KG verlangt hingegen unstrittig die Belieferung zu Auslandspreisen nur im Ausland.<sup>27</sup> Teils wird eine solche Interpretation des Art. 3a UWG tatsächlich befürwortet.<sup>28</sup> Teils wird eine Belieferungspflicht in der Schweiz immerhin dann bejaht, «wenn der Webshop [...] die Waren in mehreren Ländern oder sogar EU-weit anbietet und aus einem Logistikzentrum in der EU auch grenzüberschreitend liefert, aber die Schweiz explizit ausnimmt mit dem Ziel, die Nachfrage aus der Schweiz über den teureren Schweizer Webshop zu bedienen».<sup>29</sup> Der «Anbieter, der grundsätzlich grenzüberschreitend liefert und in der Schweiz nur über einen Webshop, aber über keine eigene Vertriebsstruktur verfügt, [sei dann] verpflichtet, seine Ware [aus dem Ausland zu Auslandszahlungsbedingungen] – zuzüglich allfälliger Verzollungs- und Transportkosten – auch in die Schweiz zu liefern».<sup>30</sup>

Die EU-GeoblockingVO differenziert, zumindest nach herrschender Auffassung,<sup>31</sup> für grenzüberschreitende Belieferungspflichten und die dabei anwendbaren Geschäftsbedingungen in folgender Weise: Bietet ein Verkäufer die Lieferung in ein bestimmtes Land gar nicht an, zwingt ihn die EU-GeoblockingVO nicht dazu, eine Belieferung dorthin aufzunehmen.<sup>32</sup> Beliefert der Verkäufer sowohl das Sitzland S des Nachfragers als auch – mit Käufer-günstigeren Geschäftsbedingungen – ein weiteres Land L, so kann er sich vor einer Lieferverpflichtung in das Land S zu den Konditionen für das Land L dadurch schützen, dass er in den allgemeinen Geschäftsbedingungen

<sup>25</sup> Ebenfalls gegen einen kategorischen Ausschluss von reinen Inlandskonstellationen *Loacker/Blumer* (Fn. 7), S. 1063; *Waser/Travaglini* (Fn. 11), S. 47.

<sup>26</sup> Merkblatt und Formular des Sekretariats der WEKO: Relative Marktmacht, 6. Dezember 2021, <[https://www.weko.admin.ch/weko/de/home/rechtliches\\_dokumentation/meldeformulare.html](https://www.weko.admin.ch/weko/de/home/rechtliches_dokumentation/meldeformulare.html)>.

<sup>27</sup> *Waser/Travaglini* (Fn. 11), S. 47.

<sup>28</sup> Online-Ratgeber des Konsumentenschutzes, <<https://www.konsumentenschutz.ch/online-ratgeber/wie-wird-die-fair-preis-initiative-geoblocking-verbot-umgesetzt/>>.

<sup>29</sup> *Zirlick/Bickel* (Fn. 1), S. 153.

<sup>30</sup> *Ebda.*

<sup>31</sup> *Kohler*, Zum Verbot des Geoblocking im europäischen Binnenmarkt: Angriff auf die Vertragsfreiheit und Schwächung des Verbraucherschutzes?, ZEuP 2020, S. 255 f.

<sup>32</sup> *Budde/Eckhoff* (Fn. 4), § 25 Geoblocking Rn. 31.



für Transaktionen in L ausdrücklich deren Geltung nur für Transaktionen mit Lieferdestination L vorsieht.<sup>33</sup> Hilfreich dürfte es zudem sein, wenn auch die allgemeinen Geschäftsbedingungen für S ihre Geltung gerade (nur) für Transaktionen mit Lieferort in jenem Land ausdrücklich festhalten. Der Anbieter muss also gleichsam nationale, jeweils in sich geschlossene (wenngleich für ausländische Nachfrager zugängliche) Transaktionsökosysteme schaffen. Denn dann greift das *shop like a local*-Prinzip, wonach ausländische Nachfrager zwar Zugang zu den nationalen Transaktionskonditionen in einem anderen Land erhalten, sich diesen dann aber gleichsam auch vollständig unterwerfen müssen.<sup>34</sup> Die EU-Geoblocking-VO erlaubt also kein Rosinenpicken dergestalt, dass – um im Beispiel zu bleiben – der Nachfrager den Lieferort aus den Transaktionskonditionen für S (nämlich: S) mit den ihm günstigeren Teilen der Transaktionskonditionen für L (beispielsweise attraktivere Zahlungsbedingungen) zu einem Geschäft zusammensetzen dürfte, welches der Verkäufer in dieser konkreten Gestalt weder für S noch für L anbietet. Fehlt es hingegen an national-spezifischen, in sich geschlossenen Transaktionskonditionen, etwa weil der Verkäufer einheitliche Geschäftsbedingungen für alle seine Transaktionen verwendet, dürfte die EU-Geoblocking-VO Raum für das Verlangen unseres Beispiel-Nachfragers lassen, in seinem Land S zu den Konditionen für Land L beliefert zu werden.

Überträgt man diese Differenzierung auf Art. 3a UWG, kann sich ein Anbieter jedenfalls dadurch vor einer Belieferungspflicht in die Schweiz schützen, dass er für die entsprechende Waren-/Leistungsgattung diese als Lieferdestination ausdrücklich ausschließt und auch keine auf die Schweiz bezogene Transaktions- und Lieferinfrastruktur (z.B. Webshop) vorhält.<sup>35</sup> Schafft der Anbieter für die Schweiz und ausländische Staaten jeweils in sich geschlossene, explizit als solche ausgewiesene Transaktionskonditionen, spricht gegen eine Lieferpflicht in die Schweiz zu Auslandskonditionen jedenfalls Zweierlei: Erstens

ginge damit in einem wichtigen Aspekt die Orientierung am EU-Recht verloren, weil das von der EU-Geoblocking-VO missbilligte Rosinenpicken an die Stelle des konsequenten *shop like a local*-Prinzips träte. Und zweitens verlangt Art. 7 Abs. 2 lit. g KG sogar einem relativ marktmächtigen Unternehmen, das eine Belieferung in die Schweiz prinzipiell anbietet, nicht ab, diese Belieferung zu Auslandskonditionen vornehmen zu müssen. Vielmehr sichert, wie schon betont, das Gesetz dem abhängigen Nachfrager die Auslandskonditionen nur, wenn auch der Bezug im Ausland stattfindet. Es wäre inkohärent, wenn Art. 3a UWG eine strengere Belieferungspflicht gleichermaßen für relativ und nicht relativ marktmächtige Unternehmen vorsähe.

Vorkommen kann es indes auch, dass der Anbieter Vertriebsstrukturen für die Schweiz und andere Länder schafft, ohne eindeutig klarzustellen, dass er in die Schweiz nicht zu Auslandskonditionen zu liefern bereit ist. Das Risiko einer resultierenden Belieferungspflicht besteht vielleicht weniger für Internet-Shops mit einem breiten, namentlich auch Konsumenten umfassenden Zielpublikum, weil diese häufig nationale Webshops mit national-spezifischen Transaktionskonditionen implementieren werden. Im «Fernhandel» jenseits solchen Internet-Handels hingegen, etwa beim Verkauf von Fertigungsanlagen an Geschäftskunden, mag es durchaus zu unangenehmen Überraschungen für Verkäufer kommen, weil diese bisher keine Veranlassung hatten, wasserdicht geschlossene Konditionenwerke für einzelne Länder vorzuhalten, zumal dies je nach Bestellfrequenz und Bestellerherkunft unter Umständen wenig transaktionskosteneffizient erscheint.

Im Ergebnis kann, nach hier vertretener Auffassung, ein Anbieter also der auf Art. 3a UWG gegründeten Pflicht, in die Schweiz zu Auslandszahlungskonditionen zu liefern, entgehen, indem er mit genügender Klarheit entweder eine Lieferung in die Schweiz gar nicht anbietet oder nur zu Schweiz-Konditionen. Auch wenn eine ausdrücklich statuierte, eigenständige Informationspflicht über derartige Transaktionseinschränkungen im schweizerischen Recht – anders als etwa im deutschen Recht gem. § 312j Abs. 1 BGB – fehlt und zu erwägen wäre, wirkt immerhin schon der Anreiz, unerwünschten Lieferpflichten zu entgehen, auf eine genügende Abnehmerinformation hin. Besteht keine Lieferpflicht in die Schweiz zu Auslandszahlungskonditionen, steht den Abnehmern der Bezug «like a local» im Ausland offen.

<sup>33</sup> Herresthal (Fn. 6), S. 364.

<sup>34</sup> Bernhard (Fn. 4), S. 472; Schönau, in: Sassenberg/Faber (Hrsg.), Rechtshandbuch Industrie 4.0 und Internet of Things, 2. Aufl., München 2020, § 22 Rn. 47; Gramlich, Neue Grenzen für Geoblocking in der EU, ZVertriebsR 2019, S. 8.

<sup>35</sup> Zu diesem Ergebnis kämen wohl auch Zirlick/Bickel (Fn. 1), S. 153.

#### 4. Sanktionsebene und Gesamtbefund

Sofern ein Verhalten gegen Art. 3a UWG verstösst, reichen schliesslich die UWG-Sanktionen potentiell weiter als diejenigen für einen Verstoß gegen Art. 7 Abs. 2 lit. g KG. Konsumenten können nach Art. 10 Abs. 1, Art. 9 Abs. 3 UWG schon heute Schadenersatz, Genugtuung und GoA-Ansprüche geltend machen, während dies im Kartellrecht noch vom Erfolg der derzeit in Vernehmlassung befindlichen «kleinen KG-Revision» abhängt.<sup>36</sup> Zudem besteht eine UWG-Klagemöglichkeit auch für nicht-abhängige Abnehmer sowie für Dritte, die zwar keine direkten Vertragspartner, aber in ihren wirtschaftlichen Interessen hinreichend beeinträchtigt sind.<sup>37</sup> Mit etwas Fantasie mag man sogar Konstellationen finden, in denen Konkurrenten des Verkäufers aus einer derartigen Beeinträchtigung ein Klagerecht abzuleiten vermögen. Immerhin strafrechtliche Sanktionen hat der Gesetzgeber Geoblocking-Übeltätern erspart.<sup>38</sup>

### III. Relative Marktmacht in der digitalen Transformation

Die Rechtsfigur der relativen Marktmacht kann auch auf Digitalmärkten erhebliche Bedeutung entfalten. Für Wirtschaft und Rechtsanwendung in der Schweiz, die gerade erst mit der Einführung relativer Marktmachtregeln als solchen zu Rande kommen müssen, beinhaltet deren Handhabung im Digitalmarktsektor eine zusätzliche Pionierkomponente. Schon deswegen lohnt ein rechtsvergleichender Blick auf die Umgebungsrechtsordnungen.

#### 1. Rechtsvergleichungsskizze D-GWB

Insbesondere (aber nicht nur)<sup>39</sup> Deutschland hat seine Verhaltensregeln für Unternehmen mit Markt-

macht unterhalb der Marktbeherrschungsschwelle schon «digital aufgerüstet», namentlich durch die explizite Kodifizierung von Intermediationsmacht und Datenkontrolle als Marktmachtbasis, eines Datenzugangsanspruchs abhängiger Unternehmen sowie spezifischer Verhaltensvorgaben bezüglich Netzwerkeffekten in *tipping*-geneigten Märkten (§ 18 Abs. 3a, Abs. 3b, § 20 Abs. 1a, Abs. 3a GWB). Der Gesetzgeber<sup>40</sup> und zumindest Teile der Literatur<sup>41</sup> sehen hierin allerdings weitgehend nur eine Klarstellung der Anwendungsmöglichkeiten schon bisher existierender Rechtsregeln zu relativer und überlegener Marktmacht. Näher betrachtet sei im Folgenden der Datenzugangsanspruch abhängiger gegenüber relativ marktmächtigen Unternehmen.

Zunächst bedarf dieser Anspruch der Abgrenzung gegenüber benachbarten Regelungen. Wo eine sektorspezifische Regulierung besteht, etwa künftig in Gestalt des Digital Markets Act (DMA),<sup>42</sup> geniessen deren Regelungen<sup>43</sup> in ihrem Anwendungsbereich Vorrang.<sup>44</sup> Sofern das allgemeine Kartellrecht Platz greifen kann, liegt ein zentraler Unterschied zwischen Datenzugangsansprüchen gegenüber Marktbeherrschern, gestützt auf die *essential facilities*-Doktrin (in Deutschland kodifiziert in § 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB), und Datenzugangsansprüchen gegenüber relativ Marktmächtigen, gestützt auf § 20 Abs. 1a GWB, darin, dass Daten – vereinfachend gesprochen<sup>45</sup> – für den Marktzugang unbedingt erforderlich sein müssen, um die Einstufung als notwendige Einrichtung zu verdienen. Dafür bedarf es keiner individuellen, zumindest

ziehung zur Vermeidung schwerwiegender betriebswirtschaftlicher Nachteile angewiesen sind.»

<sup>40</sup> Gesetzesentwurf der Bundesregierung (GWB-Digitalisierungsgesetz), Drucksache 19/23492 vom 19. Oktober 2020, S. 69, auffindbar unter <<https://www.bundestag.de/dokumente/textarchiv/2020/kw44-de-digitales-wettbewerbsrecht-798194>>.

<sup>41</sup> Bueren/Wolf-Posch/Picht (Fn. 2), S. 182 f.; Brenner, in: Bien/Käseberg/Klumpe/Körper/Ost (Hrsg.), Die 10. GWB-Novelle, München 2021, Kapitel 1: Wettbewerb und Digitalwirtschaft sowie weitere materielle Änderungen, B. Datenzugang nach § 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB, § 20 Abs. 1a GWB Rn. 129.

<sup>42</sup> Digital Markets Act, 2020/0374 (COD), auffindbar unter <[https://ec.europa.eu/competition-policy/sectors/ict/dma\\_de](https://ec.europa.eu/competition-policy/sectors/ict/dma_de)>.

<sup>43</sup> Datenzugangsansprüche sehen insbesondere Art. 5 lit. g, Art. 6 lit. g, i, j DMA vor.

<sup>44</sup> Vgl. Erwägungsgrund (9), Art. 1 Nr. 7 DMA.

<sup>45</sup> Näher Brenner (Fn. 41), Rn. 132.

<sup>36</sup> Vernehmlassungsvorlage Kartellgesetz vom 24. November 2021 bezüglich der Teilrevision Kartellgesetz (2022), <<https://www.seco.admin.ch/seco/de/home/wirtschafts-lage-wirtschaftspolitik/wirtschaftspolitik/Wettbewerbspolitik/kartellgesetz/revision-fusionskontrolle.html>>.

<sup>37</sup> Zirlick/Bickel (Fn. 1), S. 153 Rn. 61.

<sup>38</sup> Zirlick/Bickel (Fn. 1), S. 153.

<sup>39</sup> S. etwa auch den neuen § 4a S. 2 des österreichischen Kartellgesetzes: «Ein Unternehmer, der als Vermittler auf einem mehrseitigen digitalen Markt tätig ist, gilt auch als marktbeherrschend, wenn die Nachfrager seiner Vermittlungsleistungen auf die Begründung einer Geschäftsbe-

potentiellen (*newcomer*-Problematik) Vertikalbeziehung zwischen dem Marktbeherrscher und dem Zugangspetenten. Datenbestände, zu denen ein relativ Marktmächtiger gegebenenfalls Zugang zu gewähren hat, sollen demgegenüber weniger essentiell sein müssen, dafür bedarf es aber einer zumindest potentiellen, relative Marktmacht vermittelnden Vertikalbeziehung.

Ob ein Unternehmen Marktbeherrschung, relative Marktmacht oder gar keine Marktmacht innehat, entscheidet sich vielfach auch bei der Marktabgrenzung, da ein engerer Markt prototypischerweise mit einer grösseren Machtstellung des betreffenden Unternehmens korrespondiert. Gerade für datenbezogene Märkte kann diese Abgrenzung indes grosse Schwierigkeiten bereiten, wenn und weil Daten in vielfachen, unter Umständen gegenwärtig noch nicht voll überschaubaren Kontexten Verwendung finden können.<sup>46</sup> Schlägt die Marktabgrenzungs- und sonstige Analyse gegen eine Marktbeherrschung und in Richtung einer relativen Marktmacht aus, kommen die Parameter in den Blick, mittels der sich das Bestehen einer so beschaffenen Marktmacht verifizieren lässt. Zu Recht wird dabei in der deutschen Literatur davor gewarnt, ein zumindest potentielles Vertikalverhältnis zwischen Dateninhaber und Zugangspetent für irrelevant zu erklären und damit den Zugangsanspruch auch für die Nutzung auf solchen Märkten zu gewähren, auf denen – bzw. auf deren vor- oder nachgelagerten Märkten – der Dateninhaber weder tätig ist noch werden möchte.<sup>47</sup> Schliesslich sollte die Substituierbarkeit bzw. Duplizierbarkeit der fraglichen Daten mit zumutbarem Aufwand eine Zentralerwägung bilden, wie sie dies auch im Rahmen der datenbezogenen *essential facilities*-Doktrin tut.<sup>48</sup>

Aus der Anwendung der allgemeinen Kriterien für das Vorliegen einer relativen Marktmacht auf typische Digitalkonstellationen gewinnen Analysen des Bundeskartellamts und die hierauf gestützte Literatur zumindest drei hauptsächliche Fallgruppen: Eine

Primärdatenabhängigkeit kann auf Datenhandelsmärkten bestehen, wenn das abhängige Unternehmen über keine Ausweichmöglichkeit auf andere Datenhändler als den relativ marktmächtigen verfügt.<sup>49</sup> Solche Datenhandelsmärkte können beispielsweise für Unternehmensfinanzdaten oder für Daten des vernetzten Verkehrs (*smart traffic*) bestehen.<sup>50</sup> Eine Komplementärdatenabhängigkeit tritt kumulativ zu einem Vertikalverhältnis (vor allem) auf Produktmärkten hinzu.<sup>51</sup> Das abhängige Unternehmen agiert also als Produkthanbieter oder -nachfrager und benötigt darüber hinaus Zugang zu Daten des relativ Marktmächtigen. Prominente Beispiele für solche Konstellationen dürften (zukünftig) Wertschöpfungsketten vernetzter Geräte (*Internet of Things*) liefern.<sup>52</sup> Eine Intermediärdatenabhängigkeit zeichnet sich dadurch aus, dass der relativ Marktmächtige nicht als Anbieter oder Nachfrager von Produkten auftritt, sondern als für das abhängige Unternehmen unausweichlicher Marktmittler, der Kundenkontakt und Transaktionsumgebung bereitstellt, etwa in Gestalt einer digitalen Handelsplattform.<sup>53</sup> Obgleich nicht erschöpfend, bieten diese oder ähnliche Fallgruppen-Kategorisierungen doch eine nützliche Orientierung, die im sich entfaltenden Fallrecht weitere Differenzierung erfahren wird.

Ergibt sich relative Marktmacht allein aus Dateninhaberschaft, so scheint derzeit im deutschen Recht die Sichtweise vorzuherrschen, dass auch nur datenbezogenes Verhalten deren Missbrauch konstituieren kann, etwa durch diskriminierende Zugangskonditionen oder eine gänzliche Zugangsverweigerung.<sup>54</sup> Das Gesetz selbst stipuliert, dass die letztgenannte Verhaltensweise nur dann als missbräuchlich qualifiziert, wenn für den Zugang ein «angemessenes Entgelt» geboten wird (§ 20 Abs. 1a S. 2 GWB). Für dessen Festlegung im Verhandlungs- oder Gerichtswege dürften auch Ansätze und Probleme Bedeutung erlangen, wie wir sie aus der FRAND-Lizenzierung standardessentieller Patente kennen. Hingegen bildet ein

<sup>46</sup> Ackermann, in: Bien/Käseberg/Klumpe/Körper/Ost (Hrsg.), Die 10. GWB-Novelle, München 2021, Kapitel 1: Wettbewerb und Digitalwirtschaft sowie weitere materielle rechtliche Änderungen, E. Intermediationsmacht und Tipping, § 18 Abs. 3 und 3b GWB, § 20 Abs. 1 S. 2, Abs. 3a GWB Rn. 322.

<sup>47</sup> Brenner (Fn. 41), Rn. 133.

<sup>48</sup> Brenner (Fn. 41), Rn. 108.

<sup>49</sup> Brenner (Fn. 41), Rn. 138 ff.

<sup>50</sup> Brenner (Fn. 41), Rn. 142.

<sup>51</sup> Brenner (Fn. 41), Rn. 143.

<sup>52</sup> Kerber, Datenzugangsansprüche im Referentenentwurf zur 10. GWB-Novelle aus ökonomischer Perspektive, WuW Nr. 5/2020, S. 251, 253.

<sup>53</sup> Schweitzer/Haucap/Kerber/Welker, Modernisierung der Missbrauchsaufsicht für marktmächtige Unternehmen, Baden-Baden 2018, S. 42, 66 ff.

<sup>54</sup> Brenner (Fn. 41), Rn. 135.



bereits bestehender, die fraglichen Daten erfassender Geschäftsverkehr keine Missbrauchsvoraussetzung (§ 20 Abs. 1a S. 3 GWB), ein abhängiges Unternehmen kann also unter Umständen Zugang auch dann verlangen, wenn der relativ Marktmächtige diesen noch keinem anderen Unternehmen gewährt hat.<sup>55</sup> Bedenklich, ja sogar widersprüchlich zu den allgemeinen Verhaltensgrundsätzen für relativ marktmächtige Unternehmen erscheint die teils sehr niedrig ange-setzte Erforderlichkeits- bzw. Beeinträchtigungsschwelle für einen Datenzugangsanspruch. So wird vertreten, dass ein abhängiges Unternehmen Zugang schon dann fordern kann, wenn die so erlangten Daten ihm eine irgendwie geartete Verbesserung seiner Produkte ermöglichen.<sup>56</sup>

Je niedriger die Erforderlichkeits-/Beeinträchtigungsschwelle liegt, desto grössere Bedeutung kommt einer sachgerechten Interessenabwägung zu, die insbesondere auch Kosten der Zugangsgewährung sowie negative Wirkungen auf den Anreiz zum Sammeln, Verarbeiten, Pflegen und Veredeln von Datenportfolios beim relativ marktmächtigen Dateninhaber berücksichtigt.<sup>57</sup> Ferner sollten Wettbewerbsgefahren beachtet werden, die sich gerade aus einem Informationsaustausch im Zuge der Zugangsgewährung ergeben können, etwa wenn das Datenportfolio sensible Marktstrategieinformationen enthält. Zutreffend wird auch der Beitrag des abhängigen Unternehmens bei der Datengenerierung unter die im Rahmen von § 20 Abs. 1a GWB relevanten Abwägungsbelange gerechnet.<sup>58</sup> Dieser Gesichtspunkt steht beispielsweise im Zusammenhang mit der Tendenz, in Konstellationen der Intermediärdatenabhängigkeit einen Zugang eher zu eröffnen, wenn das abhängige Unternehmen die fraglichen Daten (mit-)generiert hat, als wenn es sich um reine Drittdaten handelt.<sup>59</sup> Grosse Bedeutung sollte auch die Abstimmung eines kartellrechtlichen Zugangsanspruchs mit den Vorgaben anderer Rechtsbereiche erlangen. Hierzu gehören Weitergabebeschränkungen, die sich etwa aus dem Datenschutzrecht oder aus immaterialgüterrechtlichen Berechtigungen Dritter (einschliesslich Geschäftsgeheimnissen) ergeben

können. Im Hinblick sowohl auf die Dogmatik als auch auf das Ergebnis wird sich dabei konstellations-spezifisch erweisen müssen, inwieweit die rechtlichen Vorgaben von ausserhalb des Kartellrechts noch als Belange in eine Interessenabwägung eingestellt werden können und wann sie demgegenüber einen neben den Abwägungsschritt tretenden Rechtfertigungseinwand<sup>60</sup> des Dateninhabers begründen.

Hat sich die rechtliche Analyse durch all diese komplexen Fragen hin zum Befund eines missbräuchlichen Verhaltens vorgearbeitet, enden die Herausforderungen damit nicht. Denn unter anderem muss eine behördliche oder gerichtliche Abhilfearordnung einem starken Detaillierungsbedarf genügen, der sich zum Beispiel auf Form, Umfang und Dauer des Datenzugangs, die Reichweite des Datennutzungsrechts für das abhängige Unternehmen sowie das von diesem zu leistende «angemessene Entgelt» bezieht.<sup>61</sup> Hier gibt auch das für Digitalkonstellationen schon relativ stark ausdifferenzierte GWB keine detaillierte Handhabe.

## 2. Handlungsbedarf Schweiz

Der Entwicklungsstand des Digitalkartell- und kartellrechtsnahen Regulierungsrechts in der EU und ihren Mitgliedstaaten reagiert auf konkrete Wettbewerbsgefahren, die sich aus dem heutigen Zustand der Digitalmärkte ergeben. An ihm zeigt sich, dass die Schweiz nicht die Zeit hat, zunächst ausgiebig die Implikationen ihrer neuen Regelungen zur relativen Marktmacht für traditionell-«analoge» Märkte zu entfalten, bevor sie Digitalkonstellationen überhaupt in den Blick nimmt. Vielmehr muss die Rechtsentwicklung in beiden Sektoren gleichzeitig vorangetrieben werden. Ausweislich existierenden Fallrechts – etwa zu Bestpreisklauseln,<sup>62</sup> der Schnittstelleninfor-

<sup>55</sup> Brenner (Fn. 41), Rn. 133.

<sup>56</sup> Brenner (Fn. 41), Rn. 132.

<sup>57</sup> Brenner (Fn. 41), Rn. 166.

<sup>58</sup> S. etwa Gesetzesentwurf der Bundesregierung (GWB-Digitalisierungsgesetz), Drucksache 19/23492 vom 19. Oktober 2020, (Fn. 40), S. 81.

<sup>59</sup> Ackermann (Fn. 46), Rn. 327.

<sup>60</sup> Als Basis für einen Rechtfertigungseinwand kämen etwa Verbote grenzüberschreitender Datenzugangsgewährung in Betracht, wie sie sich aus Art. 27 Data Act ergeben können.

<sup>61</sup> Eingehend hierzu Picht, Caught in the Acts: Framing Mandatory Data Access Transactions Under the Data Act, Further EU Digital Regulation Acts, and Competition Law, Max Planck Institute for Innovation and Competition Research Paper Series, No. 22-12, <[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=4076842](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4076842)>.

<sup>62</sup> Verfügung der WEKO vom 19. Oktober 2015 in Sachen Online-Buchungsplattformen für Hotels gegen Booking.

mationsweitergabe<sup>63</sup> oder digitalen Preisbindungen zweiter Hand<sup>64</sup> – kann sie dabei auch schon auf einheimische Erfahrungen im Umgang mit digitaler Marktgestaltungsmacht zurückgreifen. Zu den Eckpfeilern relativer Marktmachtregeln für den Digitalsektor wird es gehören, dass die Kontrolle über Daten, von deren Nutzung Geschäftspartner abhängig sind, relative Marktmacht zu vermitteln vermag. Hieraus kann, unter Berücksichtigung der weiteren Voraussetzungen des Missbrauchstatbestandes, ein Datenzugangsanspruch resultieren. Bei dessen Ausformung sollte das schweizerische Recht die Zugangsschwelle auf einem Niveau ansetzen, das nicht Zugang um jeden Preis erzwingt, sondern auch dynamisch effiziente Anreize für den Dateninhaber berücksichtigt. Hierfür kann es unter anderem von erheblicher Bedeutung sein, ob es um Zugang zu Rohdaten oder zu «veredelten» Daten geht, die beispielsweise eine Analysesoftware verkörpern. Eine ganzheitliche Perspektive muss von Anfang an auch das Daten(schutz)recht, das Immaterialgüterrecht und die AGB-Kontrolle einbeziehen. Gegebenenfalls unter Anlehnung an das EU-Recht sollte die Praxis frühzeitige Orientierung dazu erhalten, wie die Marktteilnehmer Datenzugangstransaktionen sachgerecht und rechtskonform ausgestalten können.

#### IV. Ausblick

Ausweislich des Vorstehenden lohnt es sich, in der weiteren Rechtsentwicklung auf eine kohärente Anwendung von Art. 7 Abs. 2 lit. g KG und Art. 3a UWG zu achten. Im Bereich des Digitalkartellrechts muss die Schweiz beizeiten die Ärmel hochkrepeln.

Trotz der brisanten Rechtsfragen, die sich mit diesen Anwendungsgebieten verbinden, dürften indes auch, aus anderen Rechtsordnungen bekannte, «Klassiker» der relativen Marktmacht zu den Sachverhalten gehören, die die Praxis als Nächstes beschäftigen. Als Beispiel, das zugleich die inneren Beziehungen zwischen digitalen (s. soeben III.) und «analogen» Konstellationen der relativen Marktmacht verdeutlicht, sei die Verweigerung der Aufnahme bzw. Fortführung einer Geschäftsbeziehung durch

ein relativ marktmächtiges Unternehmen genannt. Eine der Herausforderungen dieser Fallgruppe bildet die Festlegung einer sachgerechten Schwelle, ab der die aus einer Geschäftsverweigerung resultierende Beeinträchtigung der Markttätigkeit bzw. der Wettbewerbschancen des Abhängigen – vorbehaltlich der sonstigen Tatbestandsvoraussetzungen – für das Vorliegen und den Missbrauch einer relativen Marktmacht genügt. Hierbei kommt es zum einen auf Kohärenz zwischen den Ebenen des Vorliegens und des Missbrauchs an: Wird zunächst festgestellt, dass zu den Marktleistungen des überlegenen Unternehmens keine zumutbare Ausweichmöglichkeit besteht (sonst läge schon keine relative Marktmacht vor), passt es hierzu schlecht, wenn in der Folge ein Missbrauch schon angenommen wird, wenn und weil die Umdisposition des abhängigen Unternehmens hin zu den Marktleistungen anderer Anbieter/Nachfrager lediglich eine irgendwie geartete Beeinträchtigung seiner Marktchancen mit sich brächte. Auch darf die Beeinträchtigungsschwelle nicht so niedrig angesetzt werden, dass sie eine Zementierung bestehender Marktstrukturen, gegebenenfalls auch die Trägheit abhängiger Unternehmen begünstigt und dadurch ihrerseits den Wettbewerbsprozess schwächt, der immer auch in einer Adaptierung von Marktstrukturen an neue Gegebenheiten besteht und strategischen Gestaltungsspielraum auch für starke Unternehmen erfordert. Wenn das Merkblatt des WEKO-Sekretariats mit grossem Nachdruck ein Bemühen des – vorgeblich – abhängigen Unternehmens um Ausweichmöglichkeiten in personeller, territorialer und produktbezogener Hinsicht fordert,<sup>65</sup> so ist dies zwar herausfordernder für den Anzeigeführer als für die Behörde. Diese wird aber immerhin eine Praxis dazu entwickeln müssen, welcher Grad des Bemühens als zumutbar gefordert werden kann. Dogmatisch lässt sich die Sichtweise des Sekretariats jedenfalls gut verankern, nämlich einerseits als Abwägungsbelang im Aufgreifermessen der Behörde, andererseits als Ausprägung des Grundsatzes, wonach derjenige die primäre Darlegungs- und Beweislast trägt, welcher den Missbrauch einer relativen Marktmachtstellung behauptet.

com B.V., HRS-Hotel Reservation Service, Robert Gagge GmbH, Expedia, Inc.

<sup>63</sup> BVGer vom 18. Dezember 2018 (B-831/2011).

<sup>64</sup> BGE 147 II 72.

<sup>65</sup> Merkblatt und Formular des Sekretariats der WEKO: Relative Marktmacht, 6. Dezember 2021, Merkblatt Rz. 10, Meldeformular Abschnitte 3.5, 3.6.

Wie auch dieses Beispiel aus dem traditionellen Anwendungsfeld der relativen Marktmachtregeln zeigt, besteht für das schweizerische Recht viel Positionierungsbedarf, dem nicht zuletzt mittels konkre-

ten Fallrechts genügt werden muss. Schliessen wir also mit der Hoffnungsformel: *may good cases make good law*.