

Andreas Heinemann³⁾

Plattformregulierung und allgemeines Kartellrecht – aus Sicht der Schweiz

Die Kartellverfahren in der digitalen Wirtschaft ziehen sich in die Länge, und ihr Ausgang ist ungewiss. Der Digital Markets Act reagiert hierauf mit einer neuartigen Ex-Ante-Regulierung, die auf konkrete Ge- und Verbote setzt, die für zuvor benannte Gatekeeper bzw. gelistete Plattformdienste gelten. Für eine große Jurisdiktion wie die EU ist dies ein gangbarer Weg. Wie aber sollen Länder außerhalb der EU reagieren, deren Kapazitäten nicht für den Aufbau eines solch aufwändigen Kontrollmechanismus ausreichen? Hier ist man darauf angewiesen, dass das „klassische“ Kartellrecht anwendungsfreundlicher gestaltet und hierdurch beflügelt wird. Von zentraler Bedeutung ist es deshalb, die richtige Mitte zwischen formorientiertem und auswirkungsbezogenem Ansatz herzustellen.

Inhaltsübersicht

- I. Ausgangspunkt
- II. Fallallokation in der Schweiz
 1. Inländische Digitalfälle
 - 1.1 Glasfaserausbau
 - 1.2 TWINT vs. Apple
 - 1.3 Weitere Fälle
 2. Internationale Digitalfälle mit Übernahme der ausländischen Lösung
 - 2.1 Google Shopping
 - 2.2 Google Android
 - 2.3 Google Ad Manager (Frankreich)
 - 2.4 Einsichten
 3. Internationale Digitalfälle mit eigenem Verfahren
 4. Fazit
- III. Digitalanpassung des schweizerischen Kartellgesetzes?
 1. Handlungsmöglichkeiten des Gesetzgebers
 2. Auslegungsmaximen
 3. Fazit
- IV. Ausblick

I. Ausgangspunkt

Der Entwurf des Digital Markets Act (im Folgenden: DMA¹⁾) stellt in Art. 1 Abs. 6 ausdrücklich klar, dass das neue Plattformrecht die Anwendung des allgemeinen Kartellrechts nicht berührt. Für das europäische Verbot wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen (Art. 101 AEUV) und des Missbrauchs marktbeherrschender Stellungen (Art. 102 AEUV) folgt dies bereits aus der Normenhierarchie von Primär- und Sekundärrecht. Aber auch für die EU-Fusionskontrolle und das Kartellrecht der EU-Mitgliedstaaten hält die Vorschrift den Grundsatz der parallelen Anwendbarkeit fest. Einschränkungen dieses Grundsatzes folgen einerseits aus Art. 1 Abs. 5 DMA, wonach die Mitgliedstaaten Gatekeepern keine weiteren Verpflichtungen auferlegen, um bestreitbare und faire Märkte zu gewährleisten; andererseits aus Art. 1 Abs. 7 DMA, wonach nationale Behörden keine Entscheidungen treffen dürfen, die einem von der Europäischen Kommission auf der Grundlage des DMA erlassenen Beschluss zuwiderlaufen. Diese Vorgaben schaffen einige Auslegungsschwie-

³⁾ Professor an der Universität Zürich und Präsident der schweizerischen Wettbewerbskommission. Der Verfasser gibt seine persönliche Auffassung wieder. Der Text beruht auf dem Vortrag, den der Verfasser am 29. 4. 2022 auf dem DACH-Kartellrechtsforum an der Universität Göttingen gehalten hat.

1) Als Textgrundlage wird hier die Version vom 13. 4. 2022 verwendet, die im Internet in nicht-autorisierte Fassung auffindbar ist, und welche die politische Einigung zwischen Parlament und Rat enthält.

rigkeiten.²⁾ Klar erscheint aber, dass die EU-Mitgliedstaaten durch den DMA stärker eingeschränkt werden als durch das europäische Kartellrecht: Gem. Art. 3 Abs. 2 Satz 2 VO 1/2003 ist es den EU-Mitgliedstaaten nicht verwehrt, für einseitiges Unternehmensverhalten strengere Regeln zu verabschieden oder anzuwenden, als es im EU-Kartellrecht vorgesehen ist. Einen so großen Spielraum belässt der DMA den EU-Mitgliedstaaten in Bezug auf Gatekeeper nicht.

Für die Schweiz als Nicht-EU-Mitgliedstaat stellen sich die skizzierten Schwierigkeiten eines Mehrebenensystems nicht. Behörden und Gerichte werden also in der Anwendung des eigenen Kartellgesetzes³⁾ nicht eingeschränkt. Andererseits müssen alle Wettbewerbsprobleme selber gelöst werden. Es gibt keine Unterstützung durch eine höhere Ebene. Vor diesem Hintergrund stellt sich zunächst die Frage, ob auch für die Schweiz eine Ex-Ante-Regulierung zur Kontrolle von Torwächtern indiziert ist. Dies erscheint bereits vor dem Hintergrund der Ressourcenfrage fraglich. Im Raum steht, dass für die Durchsetzung des DMA eine Einheit mit ca. 80 Vollzeitkräften geplant ist.⁴⁾ Dies ist mehr, als das Sekretariat der schweizerischen Wettbewerbskommission mit seinen 65 Vollzeitstellen⁵⁾ für alle Zuständigkeiten insgesamt zur Verfügung hat. Allgemein lässt sich sagen, dass die für den Aufbau und die Anwendung einer besonderen Plattformregulierung erforderlichen Mittel die Kapazitäten mittelgroßer und kleiner Länder bei weitem übersteigen. Aber auch konzeptionell erscheint es unangebracht, dass jeder Staat und jede Jurisdiktion einen eigenen Apparat zur Überwachung von Gatekeepern aufbaut. Es gilt der Grundsatz, dass grenzüberschreitende Probleme nur grenzüberschreitend gelöst werden können. In einer idealen Welt gäbe es für weltweite Wettbewerbsprobleme ein internationales Kartellrecht mit einer internationalen Kartellbehörde.⁶⁾ Dies war aber selbst in den Hochzeiten der Globalisierung politisch nicht erreichbar.⁷⁾ Von daher liegt es nahe, dass die größten Volkswirtschaften der Welt (USA, EU, China) eine besondere Verantwortung für das Gatekeeper-Thema übernehmen, was Aktivitäten anderer (großer) Jurisdiktionen selbstverständlich nicht ausschließt. Stets ist nach Comity-Grundsätzen darauf zu achten, dass keine einander widersprechenden Regeln geschaffen werden, die zu internationalen Spannungen oder gar Handelskriegen führen könnten. Entsprechend gibt es ein berechtigtes Interesse der betroffenen Unternehmen daran, dass sie nicht durch unvereinbare Regelungen in Aporien geführt werden.

Jedenfalls in der Schweiz wird der Aufbau eines gesonderten Regulierungsapparats für *contrôleurs d'accès* nicht einmal ansatzweise in Erwägung gezogen. Hier stehen zwei andere Themen im Vordergrund. Zum einen stellt sich die Frage der Fallallokation, nämlich welche Fälle auf der Grundlage des allgemeinen Kartellrechts von der schweizerischen Wettbewerbsbehörde behandelt werden sollten (sogleich unter II.). Außerdem ist zu überlegen, ob eine Digital-Revision des schweizerischen Kartellgesetzes angebracht ist, oder aber ob Verbesserungen des Digitalkartellrechts bereits auf Ebene des geltenden Gesetzes erreicht werden können (III.). Am Ende sind die Schlussfolgerungen aus dem kleinen Rundgang zu ziehen (IV.).

2) S. hierzu beispielsweise *Westermann*, ZHR 186 (2022), 325, 336 f.

3) Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG) v. 6. 10. 1995, Systematische Sammlung des Bundesrechts (SR) Nr. 251.

4) *Lübbig/Schley*, Doppelte Bescherung: Zu DMA und GWB10, 21. 12. 2020, www.d-kart.de/blog/2020/12/21/doppelte-bescherung-zu-dma-und-gwb10 (Abruf: 29. 8. 2022).

5) WEKO, Jahresbericht 2021, Recht und Politik des Wettbewerbs (RPW) 2022/1, 1, 14.

6) Ein solcher Vorschlag findet sich bei Fikentscher/Immenga, Draft International Antitrust Code, 1995.

7) So wurde in der WTO das Wettbewerbsthema 2004 aus dem Arbeitsprogramm gestrichen; umfassend zu den Entwicklungen auf internationaler Ebene s. *Anderson/Kovacic/Müller/Salgueiro/Sporysheva*, 88 *The George Washington Law Review* 1421 (2020).

II. Fallallokation in der Schweiz

Die Gatekeeper-Unternehmen sind grenzüberschreitend und transkontinental, ja nahezu weltweit aktiv. In aller Regel erzeugen Verhaltensweisen, die in der EU praktiziert werden, auch Wirkungen in der Schweiz. Da das schweizerische Kartellrecht nach dem Auswirkungsprinzip⁸⁾ also anwendbar ist, könnten theoretisch alle GAFAM-Verfahren, die in der EU geführt werden, auch von der schweizerischen Wettbewerbskommission (im Folgenden: WEKO) aufgegriffen werden. Allerdings würde dies die Kapazitäten der Behörde überspannen und keinen Mehrwert erzielen, da die betreffenden Unternehmen häufig bereit sind, die in der EU gefundene Lösung auch auf die Schweiz zu erstrecken. Im Sinn eines effizienten Einsatzes knapper Behördenressourcen verzichtet die WEKO deshalb darauf, in allen Wettbewerbssachverhalten mit Inlandswirkungen ein eigenes Verfahren durchzuführen, und wendet bei ihrer Schwerpunktsetzung die folgenden Grundsätze an: Die rein inländischen Digitalfälle können nur von der WEKO beurteilt werden und sind deshalb prioritär zu behandeln (1.). Internationale Digitalfälle werden auf ihren Inlandsbezug überprüft, wofür Beschwerden von Betroffenen ein Indiz darstellen können. Sodann ist zu klären, ob die betreffenden Unternehmen dazu bereit sind, die Ergebnisse von Verfahren in der EU oder in EU-Mitgliedstaaten auch auf die Schweiz zu übertragen. Dies erübrigt ein eigenes WEKO-Verfahren (2.). Andernfalls stellt sich die Frage nach einem eigenen WEKO-Verfahren (3.).

1. Inländische Digitalfälle

Die Schätzungen variieren, wie viele Unternehmen schlussendlich die Gatekeeper-Voraussetzungen in Art. 3 DMA erfüllen werden.⁹⁾ Zweifellos stehen Wettbewerbsprobleme der großen Plattformunternehmen im Zentrum der öffentlichen Aufmerksamkeit. Die Aufgabe einer Wettbewerbsbehörde besteht aber darin, den Wettbewerb auf allen Märkten, und damit auch für die Gesamtheit der digitalen Wirtschaft zu sichern. Die rein inländischen Fälle sind von besonderer Bedeutung, da hier keine Hilfe von außen kommt, sondern sich ein Tätigwerden der nationalen Wettbewerbsbehörde aufdrängt. Aus der WEKO-Praxis seien die beiden folgenden Fälle herausgegriffen.

1.1 Glasfaserausbau

Mit Wettbewerbsproblemen der Glasfaserinfrastruktur ist die WEKO seit dem erstmaligen Ausrollen der Glasfaser gegen Ende der 2000er Jahre befasst. Anfangs stand die Frage im Vordergrund, wie Wettbewerbsbeschränkungen in den Kooperationsverträgen zwischen *Swisscom* und den Elektrizitätswerken der großen Schweizer Städte zu beurteilen seien. Die Behörde hatte keine Einwände gegen die Zusammenarbeit, sorgte aber dafür, dass bestimmte problematische Klauseln aus den Verträgen entfernt wurden. So hätte beispielsweise die „Layer 1-Exklusivität“ den Elektrizitätswerken das ausschließliche Recht eingeräumt, anderen Fernmeldedienstanbieterinnen Zugang zur unbeleuchteten Glasfaser, der untersten Übertragungsschicht, zu gewähren. Dies hätte zu einem Mo-

8) Das Auswirkungsprinzip ist in Art. 2 Abs. 2 KG ausdrücklich verankert. Hervorzuheben ist, dass nach Auffassung der Gerichte in der Schweiz ein nicht-qualifiziertes Auswirkungsprinzip gilt, Unmittelbarkeit, Wesentlichkeit und Vorhersehbarkeit der Auswirkungen also nicht verlangt werden, s. BGE 143 II 297, 310 f.; kritisch hierzu *Heinemann*, in: Festschrift Anton K. Schnyder, 2018, S. 1135, 1151 ff.

9) Eine niedrige zweistellige Zahl prognostiziert *Geradin*, The Digital Markets Act: How should ex ante rules look like, 23. 10. 2020, www.theplatformlaw.blog/2020/10/23/the-digital-markets-act-how-should-ex-ante-rules-look-like (Abruf: 29. 8. 2022).

nopol der E-Werke geführt. Die Behörde stellte die Wettbewerbswidrigkeit dieser und anderer Klauseln fest.¹⁰⁾

Aktuell stehen wieder Fragen des Glasfaserausbaus im Mittelpunkt. In der Schweiz war der (de facto-) Standard für den Aufbau des Glasfasermodells das wettbewerbsfreundliche Vierfasermodell mit offenem Netzzugang. Nach den Feststellungen der WEKO ist *Swisscom* außerhalb der erwähnten Kooperationsgebiete von diesem Standard abgegangen, so dass andere Fernmeldedienstanbieterinnen keinen Netzzugang mehr zur unbeleuchteten Glasfaser erhalten. Sie können deshalb ihre Produkte nicht mehr selbst konfigurieren, sondern sind auf Vorleistungsprodukte von *Swisscom* angewiesen. Die WEKO hat eine Untersuchung wegen des Verdachts auf Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung eröffnet und vorläufige Maßnahmen angeordnet: Den anderen Fernmeldedienstanbieterinnen ist weiterhin Zugang zur physischen Netzwerkinfrastruktur zu gewähren.¹¹⁾ Das Bundesverwaltungsgericht, also die erste Instanz im schweizerischen Rechtszug, hat die vorläufigen Maßnahmen bestätigt. Die summarische Prüfung ergebe, dass eine Technologieeinschränkung i. S. v. Art. 7 Abs. 2 lit. e KG vorliege.¹²⁾ Eine Beschwerde gegen die vorsorglichen Maßnahmen ist beim Bundesgericht hängig.¹³⁾

Während also in der Frage der vorläufigen Maßnahmen baldige höchstrichterliche Klärung zu erwarten ist, befindet sich das Verfahren in der Hauptsache im Stadium der Untersuchung durch die Behörde. Für den vorliegenden Zusammenhang ist hervorzuheben, dass ein Fall, der die grundlegende digitale Infrastruktur des Landes betrifft, Priorität für die Wettbewerbsbehörde hat.

1.2 TWINT vs. Apple

Als „inländisch“ können auch Fälle zu qualifizieren sein, die zwar ein GAFAM-Unternehmen involvieren, aber ein Wettbewerbsproblem betreffen, das sich so nur im Inland stellt. Ein Beispiel stammt aus dem Bereich der mobilen Bezahlungslösungen. TWINT ist ein von schweizerischen Finanzinstituten getragenes mobiles Zahlungssystem, das mithilfe einer gleichnamigen App bargeldloses Zahlen an einem Terminal, im Internet und auch direkt zwischen Nutzern ermöglicht.¹⁴⁾ Für die Nutzung von TWINT auf einem Apple-Mobilgerät (wie z. B. dem iPhone) entstand folgendes Problem: Wählte man für die Zahlung mit TWINT die Möglichkeit, einen QR-Code auf dem Bildschirm des Bezahlerterminals zu scannen, öffnete sich in vielen Fällen das Apple-eigene Bezahlungssystem Apple Pay automatisch und unterbrach den Bezahlvorgang über TWINT. Das Sekretariat der Wettbewerbskommission führte eine Vorabklärung durch, verzichtete aber auf die Einleitung einer förmlichen Untersuchung, weil eine wettbewerbsfreundliche Lösung gefunden werden konnte: Apple verpflichtete sich dazu, TWINT einen iOS-Programmierbefehl zur Unterdrückung von Apple Pay während des TWINT-Bezahlvorgangs zur Verfügung zu stellen. Dieser „Unterdrückungsbefehl“ hat die genannte Störung wirksam beseitigt.¹⁵⁾

10) WEKO-Sekretariat v. 5. 9. 2011, RPW 2012/2, 209 – Glasfaser St. Gallen, Zürich, Bern, Luzern, Basel.

11) WEKO v. 14. 12. 2020, RPW 2021/1, 227 – Netzbastrategie Swisscom.

12) BVGer v. 30. 9. 2021, RPW 2021/4, 973 – Netzbastrategie Swisscom.

13) Ein Gesuch, der Beschwerde aufschiebende Wirkung zu erteilen, wies das Bundesgericht ab, BGer v. 6. 12. 2021 – 2C_876/2021.

14) TWINT entstand aus der Zusammenlegung zweier konkurrierender Zahlösungen, die von der WEKO 2016 im Rahmen der Zusammenschlusskontrolle freigegeben wurde; s. WEKO v. 9. 9. 2016, RPW 2016/4, 1062 – PostFinance AG/SIX Payment Services AG/TWINT AG.

15) S. WEKO-Sekretariat, Schlussbericht v. 12. 3. 2019, RPW 2019/3a, 574 – TWINT/Apple.

Das Beispiel zeigt, dass GAFAM-Fälle existieren, die nicht von internationaler Tragweite sind, sondern lediglich den Wettbewerb im Inland betreffen. Solche Fälle sind von der nationalen Wettbewerbsbehörde prioritär zu behandeln, da das Verfahren durch die eigene Wettbewerbsbehörde die einzige Möglichkeit ist, das wettbewerbswidrige Verhalten zu unterbinden. Was das Thema des Einsatzes knapper Ressourcen betrifft, lässt sich aus TWINT/Apple eine weitere Einsicht ableiten: Die Behörde hat sich in diesem Fall dafür entschieden, keine Untersuchung einzuleiten, sondern das Problem im Stadium der Vorabklärung zu lösen. Der Nachteil dieser Lösung besteht darin, dass keine definitive Klärung erfolgt ist, ob tatsächlich eine marktbeherrschende Stellung bestand, die missbraucht wurde. Es wurden lediglich Anhaltspunkte hierfür festgehalten. Die Verhängung einer Geldbuße mit dem hiermit verbundenen abschreckenden Effekt kam also nicht in Frage. Der Vorteil der Lösung besteht in der Geschwindigkeit, mit der eine wettbewerbsverträgliche Lösung erreicht wurde. Vom Eingang der Anzeige bis zur Festschreibung der Lösung im Schlussbericht vergingen weniger als zwei Jahre. Eine förmliche Untersuchung mit ungewissem Ausgang und gerichtlicher Überprüfung durch zwei Instanzen hätte sehr viel mehr Zeit in Anspruch genommen. Die Gefahr einer Verschlechterung der Wettbewerbsverhältnisse in diesem Zeitraum hätte nur gebannt werden können, wenn vorsorgliche Maßnahmen ergriffen worden wären und diese auch der gerichtlichen Kontrolle standgehalten hätten. Aus den Prioritäten, die in diesem Fall gesetzt wurden, lässt sich jedoch keine allgemeine Präferenz für schnelle, informelle Lösungen ableiten. Entscheidend ist die Abwägung der widerstreitenden Argumente im Einzelfall. Das Bedürfnis nach Beschleunigung der kartellrechtlichen Verfahren gehört aber zweifellos in diese Abwägung hinein.

1.3 Weitere Fälle

Weitere inländische Digitalverfahren laufen, so z. B. in Bezug auf Online-Verzeichnisdienste, die WAN-Anbindung von Unternehmensstandorten oder die Vergabe von Softwarelizenzen an Universitätsspitaler.¹⁶⁾ Diese Fälle zeichnen sich dadurch aus, dass sich jeweils gesonderte Wettbewerbsprobleme für das Inland stellen.

2. Internationale Digitalfälle mit Übernahme der ausländischen Lösung

Dem stehen Situationen gegenüber, in denen das Verhalten eines Unternehmens europaweit relativ gleichförmig ist, die schweizerischen Märkte also auf ähnliche Weise wie das Ausland betroffen werden. Stehen hier Wettbewerbsverstöße in Frage, und wird das betreffende Verhalten bereits durch die Europäische Kommission untersucht, hält sich die schweizerische Wettbewerbsbehörde aus Ressourcengründen zurück. Hiermit ist allerdings die klare Erwartung verbunden, dass der Ausgang des Verfahrens in der EU auch auf die Schweiz angewandt wird. Dies ist in erster Linie für Abhilfemaßnahmen verhaltensorientierter Art relevant. Die WEKO wirkt auch gerade außerhalb formeller Verfahren daraufhin, dass die Lösung für die EU auch in der Schweiz umgesetzt wird.¹⁷⁾

16) S. den Überblick in WEKO, Jahresbericht 2021, RPW 2022/1, 1, 16 ff.

17) S. den Überblick in WEKO, Jahresbericht 2021, RPW 2022/1, 1, 17.

2.1 Google Shopping

Ein Beispiel hierfür ist der Google-Shopping-Fall. Die Europäische Kommission verhängte eine Geldbuße i. H. v. 2,42 Mrd. € gegen das Unternehmen wegen Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung aufgrund des Einsatzes der Google-Suchmaschine zur Vorzugsbehandlung des eigenen Preisvergleichsdienstes Google Shopping und verpflichtete das Unternehmen zur Abstellung des kartellrechtswidrigen Verhaltens. Das Gericht der Europäischen Union bestätigte diesen Entscheid im Wesentlichen.¹⁸⁾ Der Fall ist beim Gerichtshof hängig.¹⁹⁾ Google erklärte sich dazu bereit, die von der Europäischen Kommission verlangten Maßnahmen auch auf die Schweiz zu erstrecken.²⁰⁾

2.2 Google Android

Ebenfalls um den Vorwurf des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung geht es im Fall Google Android. Die Europäische Kommission verhängte eine Geldbuße gegen den Suchmaschinenbetreiber i. H. v. 4,34 Mrd. € wegen wettbewerbswidriger Praktiken im Zusammenhang mit dem Android-Betriebssystem für Mobiltelefone. Die Behörde stellte beherrschende Stellungen auf drei Märkten fest, nämlich für allgemeine Internet-Suchdienste (Google Search), für lizenzpflichtige Smartphone-Betriebssysteme (Android) sowie für Android-App-Stores (Play Store). Als missbräuchlich identifizierte die Europäische Kommission u. a. bestimmte Kopplungsgeschäfte, nämlich die Verpflichtung der Hersteller von Mobilgeräten, die Google-Suche und den Google-Browser Chrome vorzuinstallieren, um die Lizenz für den unverzichtbaren Play Store zu erhalten.²¹⁾ Die von der Europäischen Kommission verlangten Verhaltensanpassungen werden auch in diesem Fall für die Schweiz übernommen. So werden also auch die in der Schweiz verkauften Geräte konform mit den Abhilfemaßnahmen in der EU sein.

2.3 Google Ad Manager (Frankreich)

Die französische Autorité de la concurrence hat 2021 gegenüber Google den Missbrauch einer beherrschenden Stellung auf dem Markt für Online-Anzeigen-Server festgestellt und eine Sanktion von ca. 220 Mio. € ausgesprochen. Im Zentrum des Falls steht der Vorwurf, dass Google den eigenen Diensten für Werbe-Server und Auktions-Plattformen eine Vorzugsbehandlung gegenüber Wettbewerbern eingeräumt habe. So hatten Medienunternehmen Nachteile in Bezug auf die Vermarktung ihrer Werbeinventare. Der Fall wurde mit einem Vergleich und Verpflichtungszusagen der Marktbeherrscherin abgeschlossen.²²⁾ Das Unternehmen hat sich bereit erklärt, die mit der französischen Wettbewerbsbehörde vereinbarten Verpflichtungszusagen auch auf die Schweiz anzuwenden.²³⁾

18) EuG v. 10. 11. 2021 – Rs T-612/17, ECLI:EU:T:2021:763 – Google und Alphabet/Kommission (Google Shopping).

19) Die Rechtssachennummer ist C-48/22 P.

20) S. WEKO, Jahresbericht 2021, RPW 2022/1, 1 (17).

21) Europäische Kommission v. 18. 7. 2018 – Case AT40099 – Google Android. Die Entscheidung ist nicht rechtskräftig: Die Klage von Google ist beim Gericht unter der Rechtssachennummer T-604/18 hängig.

22) Autorité de la concurrence v. 7. 6. 2021 – 21-D-11.

23) S. WEKO, Jahresbericht 2021, RPW 2022/1, 1, 17.

2.4 Einsichten

Die Kapazitäten einer mittelgroßen Kartellbehörde wie der WEKO lassen es nicht zu, Verfahren in allen Angelegenheiten zu führen, die Wettbewerbswirkungen im Inland erzeugen. Das Ziel ist der effiziente Einsatz knapper Ressourcen. Der Wettbewerb im Inland wird ausreichend gesichert, wenn die Unternehmen sich dazu bereit erklären, ausländische Falllösungen auch auf die Schweiz anzuwenden. Dies betrifft nicht nur Entscheide der Europäischen Kommission und der EU-Gerichte, sondern auch den Ausgang von Kartellverfahren in den EU-Mitgliedstaaten, zuvörderst in den Nachbarländern. Die genannten Beispiele belegen, dass die betreffenden Unternehmen durchaus ein Interesse daran haben, die wettbewerbsrechtlichen Probleme für die Schweiz auf eine solche informelle Weise zu lösen.

3. Internationale Digitalfälle mit eigenem Verfahren

Aus dem Gesagten folgt auch, dass die WEKO bereit ist, einen internationalen Digitalfall selbst zu führen, wenn es nicht zur Erstreckung der ausländischen Lösung auf die Schweiz kommt. Außerdem kommt es zu eigenen Verfahren dann, wenn ein internationaler Fall einen besonderen Schweizbezug hat, der durch ausländische Verfahren nicht hinreichend abgedeckt ist. Im Bereich der Finanzmärkte hat sich die WEKO beispielsweise zur Durchführung eigener Verfahren von hoher Komplexität entschieden, weil auch die LIBOR-Referenzzinssätze in Schweizer Franken oder Devisenkurse (Foreign Exchange Trading, kurz FOREX) unter Einschluss des Schweizer Francs betroffen waren.²⁴⁾ Entscheidend für das Aufgreifen solcher Fälle ist eine Gesamtabwägung unter Berücksichtigung des besonderen Interesses der Schweiz an einem eigenen Kartellverfahren einerseits und der effizienten Nutzung knapper Verwaltungskapazitäten andererseits.

4. Fazit

Es gibt Strategien, mit denen auch eine mittelgroße Kartellbehörde, deren Land nicht in ein kartellrechtliches Mehrebenensystem eingebunden ist, einen Weg durch die Herausforderungen der globalisierten Wirtschaft findet. Schon aus Kapazitätsgründen dupliziert die WEKO nicht die Verfahren der Europäischen Kommission, jedenfalls dann nicht, wenn die involvierten Unternehmen dazu bereit sind, die in der EU erzielte Lösung auch auf die Schweiz anzuwenden. Das gleiche gilt für Fälle, die von Wettbewerbsbehörden der EU-Mitgliedstaaten entschieden werden. Hierin liegt nicht etwa eine Übertragung von Souveränität an andere Jurisdiktionen, sondern es geht um den klugen Einsatz knapper Ressourcen. Die Tatsache, dass ein Fall bereits durch eine ausländische Behörde behandelt wird, ist ein legitimer Grund, um auf ein eigenes Verfahren zu verzichten, jedenfalls wenn die Interessen des Landes durch Spill-over-Wirkungen der ausländischen Verfahren ausreichend gesichert werden. Unabdingbar ist ein Handeln der WEKO, soweit ein besonderer Inlandsbezug besteht oder besondere Wirkungen im Inland erzeugt werden. Diese Grundsätze gelten auch im Hinblick auf Gatekeeper-Plattformen.

24) Zum sehr umfangreichen LIBOR-Fallpaket s. beispielsweise WEKO, Schweizer Franken LIBOR, Medienmitteilung und Presserohstoff v. 21. 12. 2016, www.weko.admin.ch/weko/de/home/medien/medieninformationen/nsb-news.msg-id-65050.html; zu FOREX s. WEKO, Medienmitteilung und Presserohstoff v. 6. 6. 2019, www.weko.admin.ch/weko/de/home/medien/medieninformationen/nsb-news.msg-id-75321.html (beide Links Abruf: 29. 8. 2022)

III. Digitalanpassung des schweizerischen Kartellgesetzes?

Wie die soeben referierten Fälle zeigen, war es bisher durchaus möglich, mit den existierenden allgemeinen Regeln auch Wettbewerbsprobleme in der digitalen Wirtschaft zufriedenstellend zu lösen. Es stellt sich die Frage, ob dies auch in Zukunft der Fall sein wird, oder ob es einer Digitalrevision des schweizerischen Kartellgesetzes bedarf, zumal – wie eingangs aufgezeigt²⁵⁾ – in absehbarer Zeit nicht mit einer separaten Plattformregulierung zu rechnen ist. Deutschland und Österreich haben ihre Kartellgesetze bekanntlich bereits um digitale Spezialregeln angereichert.²⁶⁾

1. Handlungsmöglichkeiten des Gesetzgebers

Der schweizerische Gesetzgeber ist zurückhaltend, was die Verabschiedung eigener Digitalgesetze betrifft. Wenn Spezialregeln unumgänglich sind, werden sie gerne als Beispielstatbestand in das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb eingefügt.²⁷⁾ Was das Kartellgesetz betrifft, so hat die Regierung zwar einen Vorschlag zu einer Teilrevision vorgelegt.²⁸⁾ Dieser beinhaltet wichtige Änderungen auf dem Gebiet der Zusammenschlusskontrolle (Übergang von einem qualifizierten Marktbeherrschungstest zum SIEC-Test) und des Kartellzivilrechts, aber hat keine digitale Komponente. Stattdessen wird in Umsetzung der vom Parlament angenommenen Motion *Français*²⁹⁾ vorgeschlagen, bei der Beurteilung von wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarungen stets auch eine quantitative Prüfung zu verlangen, was im Gegensatz zur international etablierten Praxis steht, für Hardcore-Kartelle auf eine Wirkungsanalyse zu verzichten.³⁰⁾ In der sich anschließenden Vernehmlassung wurde von einigen Seiten auch verlangt, die institutionelle Ausgestaltung der schweizerischen Kartellrechtsanwendung einzubeziehen. Es ist deshalb absehbar, dass sich das Gesetzgebungsverfahren in die Länge ziehen wird.

Diese Zeit sollte genutzt werden, um über die Notwendigkeit einer digitalen Anreicherung des schweizerischen Kartellgesetzes nachzudenken. Dabei ist der Geist des schweizerischen Rechts zu berücksichtigen: Die Gesetze werden möglichst knappgehalten, und nicht jede Eventualität findet einen Niederschlag im Gesetzestext. Deshalb drängt es sich nicht unbedingt auf, besondere Regeln für die Definition relevanter Märkte oder über die Bestimmung von Marktbeherrschung oder relativer Marktmacht in der digitalen Wirtschaft aufzunehmen. Die Industrieökonomik hat die Bedeutung von Netzwerk-, Skalen- und Verbundeffekten sowie von Datenherrschaft hinreichend

25) Oben I.

26) Für Deutschland s. die 10 GWB-Novelle, nämlich das Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen für ein fokussiertes, proaktives und digitales Wettbewerbsrecht 4.0 und anderer Bestimmungen (GWG-Digitalisierungsgesetz) v. 18. 1. 2021, BGBl I 2021, 2; schon die 9. GWB-Novelle hatte besondere Digitalregeln eingefügt. Für Österreich s. das Kartell- und Wettbewerbsrechts-Änderungsgesetz v. 9. 9. 2021 (BGBl I Nr. 176/2021).

27) S. z. B. die Verankerung des Geoblockingverbots in Art. 3a UWG-CH oder das Verbot von Paritätsklauseln gegenüber Beherbergungsbetrieben in Art. 8a UWG-CH (eingefügt durch Gesetz v. 17. 6. 2022; nach Ablauf der Referendumsfrist wird der Bundesrat, also die Schweizer Regierung, das Inkrafttreten bestimmen).

28) S. den Vorschlag des Bundesrats v. 24. 11. 2021: Gesetzesentwurf und Erläuternder Bericht sind abrufbar unter www.seco.admin.ch/seco/de/home/wirtschaftslage--wirtschaftspolitik/wirtschaftspolitik/Wettbewerbspolitik/kartellgesetz.html (Abruf: 29. 8. 2022).

29) Motion 18.4282 („Kartellgesetzrevision muss sowohl qualitative als auch quantitative Kriterien berücksichtigen, um die Unzulässigkeit einer Wettbewerbsabrede zu beurteilen“), eingereicht am 13. 12. 2018 von Ständerat *Olivier Français*.

30) S. OECD, Recommendation of the Council concerning Effective Action against Hard Core Cartels, OECD/LEGAL/0452, 2. 7. 2019, N. II: The Council „Recommends that Adherents make hard core cartels illegal regardless of the existence of proof of actual adverse effects on markets [...]“. Kritisch zu einem solchen Alleingang beispielsweise *Baudenbacher*, Schweizer KG-Reform als europapolitischer Slalomlauf?, in: Jusletter 30. 5. 2022, insbesondere N. 55 ff.; *Heinemann*, ius.full 2021, 166, 174 f.

herausgearbeitet. Die schweizerischen Rechtsanwendungsinstanzen kamen auch nicht auf die Idee, die Definition eines relevanten Marktes daran scheitern zu lassen, dass keine pekuniäre Gegenleistung verlangt wird. Auch die Bestimmung von Abhängigkeit in digitalen Kontexten erscheint machbar: Das Angewiesensein auf Daten oder auf die Vermittlungsleistungen einer mehrseitigen Plattform lässt sich leicht unter die allgemeinen Regeln subsumieren. Hiermit soll nicht behauptet werden, dass die Definition der relevanten Märkte oder die Bestimmung von Marktbeherrschung oder relativer Marktmacht in der digitalen Wirtschaft einfach sei. Das Gegenteil ist der Fall. Gemeint ist lediglich, dass die Ergänzung des Gesetzes um digitale Spezialbestimmungen diese schwierige Aufgabe nicht unbedingt erleichtert.

Anders verhält es sich bei der Bestimmung der verbotenen Verhaltensweisen im Zusammenhang mit dem Missbrauch von Marktbeherrschung oder relativer Marktmacht.³¹⁾ Die Gerichte lehnen sich zwar für die Fälle des Behinderungsmissbrauchs eng an die Praxis in der EU an.³²⁾ Für den Ausbeutungsmissbrauch sind sie aber bewusst von den europäischen Vorgaben abgewichen und stellen hohe Anforderungen an den Begriff der „Erzwingung“ unangemessener Preise oder Geschäftsbedingungen, nämlich eine Ausübung von Druck, dem die Marktgegenseite nichts entgegenzusetzen hat.³³⁾ Diese Vorgaben sind eine Hypothek für die Anwendung des Missbrauchsverbots in der digitalen Wirtschaft. Zunächst besteht die allgemeine Schwierigkeit, die Unangemessenheit von Preisen oder Geschäftsbedingungen nachzuweisen. Auch wenn dieser Nachweis gelingt, ist nach der Praxis in der Schweiz die Prüfung noch nicht zu Ende. Aufgrund der eigenständigen Bedeutung des Merkmals der „Erzwingung“ ist zusätzlich aufzuzeigen, dass Druck ausgeübt wurde, und dass die Marktgegenseite dem nichts entgegenzusetzen hatte. Um die hiermit verbundenen Anwendungsunsicherheiten zu vermeiden, sollten für die wichtigsten Ausbeutungsformen in der digitalen Wirtschaft eigene Regelbeispiele gebildet werden, die in die Liste der Missbräuche in Art. 7 Abs. 2 KG einzufügen wären. Vom Merkmal der „Erzwingung“ ist hierbei abzusehen. Hilfreich erscheint es, die Verbotslisten in Art. 5 und 6 DMA als Inspirationsquelle zu verwenden. Dies ist keine banale Aufgabe, da viele Vorgaben zugleich die Behinderung von Wettbewerbern und die Ausbeutung der Marktgegenseite unterbinden möchten. Es sollten deshalb vorrangig diejenigen Verhaltensweisen herangezogen werden, die im Schwerpunkt als Ausbeutung zu qualifizieren sind. Das gilt beispielsweise für das Verbot der Zusammenführung von Daten (Art. 5 lit. a DMA) und das Verbot der Kopplung mit weiteren zentralen Plattformdiensten (Art. 5 lit. f DMA).

2. Auslegungsmaximen

Was die Fälle des Behinderungsmissbrauchs betrifft, so hängt der gesetzgeberische Handlungsbedarf in erster Linie davon ab, wie die Rechtsanwendungsinstanzen bei der Anwendung des geltenden Rechts vorgehen werden. Im Prinzip ist das Verbot des Missbrauchs marktbeherrschender Stellungen in Art. 7 KG hinreichend weit gefasst, um die ganze Bandbreite möglicher Behinderungspraktiken in der digitalen Wirtschaft abzudecken. Beispielsweise lassen sich zahlreiche der im DMA

31) Im Gegensatz zu anderen Rechtsordnungen sind nach schweizerischem Recht (Art. 7 Abs. 1 KG) die relativ marktmächtigen Unternehmen denselben Verhaltensanforderungen wie die marktbeherrschenden Unternehmen unterworfen. Das Verbot des Missbrauchs gilt also gleichermaßen für beide Konstellationen. Einen Unterschied gibt es nur auf Rechtsfolgenseite: Der Missbrauch relativer Marktmacht kann nicht mit einer direkten Sanktion belegt werden (Art. 49a Abs. 1 KG).

32) S. beispielsweise für die Kosten-Preis-Schere BGE 146 II 217.

33) BGE 137 II 199, 211 f.; s. hierzu die umfassende Analyse und Kritik von *Vlcek*, Die Erzwingung unangemessener Preise im Kartell- und Fernmelderecht – Eine rechtsvergleichende Untersuchung, 2013.

aufgelisteten Verhaltensanforderungen den Kategorien „Verweigerung von Geschäftsbeziehungen“ (Art. 7 Abs. 2 lit. a KG), „Diskriminierung“ (lit. b), „Leistungseinschränkung“ (lit. e) und „Kopplung“ (lit. f) zuweisen. Eine Erweiterung der Liste um digitalbezogene Verhaltensweisen, z. B. das „self-preferencing“, die Herstellung von Interoperabilität und Fragen des Datenzugangs, wäre also entbehrlich, wenn die Rechtsanwendungsinstanzen die existierenden Regelbeispiele und den allgemeinen Missbrauchs begriff im Hinblick auf die digitale Wirtschaft fortentwickeln. Hierzu wäre es allerdings erforderlich, dass der auch für das Missbrauchsverbot geltende Grundsatz der europarechtsfreundlichen Auslegung³⁴⁾ nicht lediglich auf das europäische Kartellrecht bezogen, sondern auch auf die kartellrechtsnahe Regulierung wie z. B. den DMA erstreckt würde. Hierfür spricht, dass die Ge- und Verbote des DMA durch Kartellrechtsfälle inspiriert wurden,³⁵⁾ also einen kartellrechtlichen Kern aufweisen, auch wenn der DMA bewusst nicht als Kartellrecht (Art. 103 AEUV), sondern als Binnenmarktrecht (Art. 114 AEUV) konzipiert ist. Die WEKO hat diesen Weg übrigens bereits beschritten, z. B. wenn sie in den Verfahren zu Interchange Fees auf Kredit- und Debitkartenmärkten auf einschlägige EU-Regulierung verweist und diese für die Anwendung des schweizerischen Kartellrechts fruchtbar macht.³⁶⁾

Bei der Inspiration durch Regulierungsvorgaben ist allerdings zu beachten, dass das herangezogene Normensubstrat in einen Kartellrechtsmodus zu überführen ist. Der Ex-Ante-Ansatz des DMA ist dadurch charakterisiert, dass relativ starre Regeln gesetzt werden, die keine Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls erlauben. Nach der Charakterisierung in Erwägungsgrund 9 des DMA zeichnet sich das Kartellrecht demgegenüber dadurch aus, dass „Marktstellungen und Verhaltensweisen einschließlich ihrer voraussichtlichen Auswirkungen und des genauen Gegenstands der verbotenen Verhaltensweisen im Einzelfall zu prüfen sind und [...] Unternehmen Effizienz und objektive Rechtsfertigungsgründe als Argumente für derartige Verhaltensweisen anführen können“. Bei der Heranziehung von Regulierungsregeln sind diese also zu individualisieren, nämlich auf die Umstände des Einzelfalls anzupassen, wozu beim Missbrauchsverbot auch die üblichen Prüfungsschritte gehören, nämlich beispielsweise, ob das betreffende Verhalten geeignet ist, den Wettbewerb zu beeinträchtigen, und ob *legitimate business reasons* das betreffende Verhalten im Einzelfall rechtfertigen können.

3. Fazit

Ob eine Digitalrevision des schweizerischen Kartellrechts erforderlich ist, hängt in erster Linie davon ab, in welchem Maß die Rechtsanwendungsinstanzen dazu bereit sind, die allgemeinen Regeln auf die digitale Wirtschaft zu erstrecken und hierbei auch Gebrauch von den Rechtsentwicklungen im Ausland, insbesondere dem DMA der EU, zu machen. Was die Fälle des Ausbeutungsmissbrauchs betrifft, so erscheint die Einfügung einschlägiger Missbrauchsbeispiele erforderlich, da die schweizerischen Gerichte in der Vergangenheit zu hohe Anforderungen an das Merkmal der „Erzwingung“ unangemessener Preise oder Geschäftsbedingungen gestellt haben.³⁷⁾ Bei Verhaltens-

34) BGE 139 I 72, 89; andere Akzente noch in BGE 137 II 199, 209 f.

35) S. den detaillierten Nachweis von *Caffarra/Scott Morton*, The European Commission Digital Markets Act: A Translation, 5. 1. 2021, www.voxeu.org/article/european-commission-digital-markets-act-translation (Abruf: 29. 8. 2022).

36) WEKO-Sekretariat v. 16. 8. 2017, RPW 2017/4, 542, 550 – Vorabklärung betreffend Mastercard Secure Digital Debit Interchange Fee (SDDIF).

37) Immerhin hat das schweizerische Bundesverwaltungsgericht jüngst festgehalten, dass die Möglichkeit, eine Meldung beim Preisüberwacher zu machen, das Vorliegen einer Erzwingung nicht ausschließt, BVGer RPW 2021/3, 718, 744 f. – Swisscom WAN-Anbindung.

weisen des Behinderungsmissbrauchs besteht nicht derselbe Handlungsbedarf. Da aber nur schwer abzuschätzen ist, zu welchen Ergebnissen die Rechtsanwendungsinstanzen im Einzelfall kommen werden, sollte auch hier die Einfügung digitaler Regelbeispiele ernsthaft in Erwägung gezogen werden. Dies würde auch der rechtspolitischen Diskussion neue Akzente verleihen. Die aktuell diskutierte Kartellgesetzrevision steht ganz im Zeichen rückwärtsgewandter Vorschläge,³⁸⁾ welche die inzwischen erreichte Angleichung an internationale Standards unterminieren möchten.³⁹⁾ Eine Digitaldiskussion könnte dazu beitragen, den Trend umzukehren und die entscheidende Frage in den Mittelpunkt zu stellen, nämlich wie man das Kartellrecht für die großen Zukunftsfragen wappnen kann.

IV. Ausblick

Die Schweiz wird die digitalen Herausforderungen an den Wettbewerb über das klassische Kartellrecht lösen müssen. Dem Verbot des Missbrauchs marktbeherrschender Stellungen kommt hierfür besondere Bedeutung zu. Kontraproduktiv sind die langen Verfahrensdauern.⁴⁰⁾ In der EU ist der *Intel*-Fall hervorzuheben: Er begann im Jahr 2000 mit der Beschwerde des Hauptwettbewerbers und ist auch nach einem langen Instanzenweg und dem zweiten Urteil des EU-Gerichts nicht beendet, sondern schreitet in seinem dritten Jahrzehnt weiter voran.⁴¹⁾ Ein wichtiger Grund für die langen Verfahrensdauern in Missbrauchsfällen besteht in der Unsicherheit bezüglich der Anforderungen an den Nachweis von Verdrängungswirkungen (*foreclosure effects*). Übertreibungen des *effects-based approach* sind also zumindest mitverantwortlich für Verfahrensdauern, die das Ziel der Herstellung wirksamen Wettbewerbs verfehlen. Die Langsamkeit des traditionellen Kartellrechts ist ein wichtiger Grund für die Schaffung des DMA, der mit seinem Ex-Ante-Ansatz und den Listen spezifischer Ge- und Verbote, die als rein *form-based* zu qualifizieren sind, für Beschleunigung sorgen soll. Allerdings kann er das zugrundeliegende Problem nur partiell lösen, nämlich nur für Gatekeeper und ihre gelisteten zentralen Plattformdienste. Länder wie die Schweiz, die nicht die Kapazität für eine Ex-Ante-Regulierung haben,⁴²⁾ sind gar vollends auf das gute und schnelle Funktionieren des traditionellen Kartellrechts angewiesen.

Es ist deshalb an der Zeit, bezüglich des Missbrauchs marktbeherrschender Stellungen zu einem neuen Gleichgewicht formorientierter und auswirkungsbezogener Elemente zu gelangen. Der auswirkungsbezogene Ansatz ist nicht etwa aufzugeben, sondern um Regelerorientierung zu ergänzen.⁴³⁾ Die Gerichte in der EU gehen zwar davon aus, dass es für den Nachweis eines Behinderungsmissbrauchs ausreicht, dass eine Eignung zur Beschränkung des Wettbewerbs und zur Erzeugung von Verdrängungswirkungen vorliegt, was für Verhaltensweisen wie Treuerabatte im Grundsatz bejaht wird.⁴⁴⁾ Der Europäische Gerichtshof hat aber gleichzeitig eine „Konkretisierung“ verlangt. Auf

38) Zur Motion Français s. o. III.1.

39) Erst 2003 wurden die direkten Sanktionen in das Kartellgesetz eingefügt, also die Möglichkeit, schon die Gesetzesverletzung selbst und nicht erst den Ungehorsam gegenüber einer rechtskräftigen Behördenverfügung mit einem Geldbetrag zu ahnden. Hiermit kam das Public Enforcement in der Schweiz auf den internationalen Stand, s. *Heinemann*, ius. full 2021, 166, 169. Eingehend zur Entwicklung des schweizerischen Kartellrechts s. *Ducrey/Stüssi*, sic! 2022, 198.

40) S. *Heinemann*, Competition Law in Need for Speed, Concurrences N°4-2021, Art. N°102810, 2.

41) S. zuletzt EuG v. 26. 1. 2022 – Rs T-286/09 RENV, ECLI:EU:T:2022:19 – Intel Corporation/Kommission; das Rechtsmittel der Europäischen Kommission gegen dieses Urteil ist unter der Rechtssachenummer C-240/22 beim Europäischen Gerichtshof hängig.

42) S. o. I.

43) In diesem Sinn *Heinemann*, ZSR I 2016, 431, 435 ff.

44) S. EuG ECLI:EU:T:2022:19, Rz. 117 f. – Intel Corporation/Kommission.

entsprechendes Vorbringen des betroffenen Unternehmens soll die Behörde verpflichtet sein, eine umfassende Wirkungsanalyse vorzunehmen.⁴⁵⁾ Dies erscheint widersprüchlich und ist ein wichtiger Grund für die langen Verfahrensdauern. Wenn man den Grundsatz der Missbräuchlichkeit bestimmter Verhaltensweisen (wie z. B. von Treuerabatten) aufstellt, sollte dieser nur unter besonderen Voraussetzungen durchbrochen werden. So sollte die rein theoretische Eignung zur Beschränkung des Wettbewerbs nicht ausreichen, sondern eine konkrete Eignung verlangt werden. In jedem Fall steht die Möglichkeit einer objektiven Rechtfertigung zur Verfügung. Die zentrale Aufgabe sollte darin bestehen, diejenigen Verhaltensweisen zu definieren, die als so schädlich anzusehen sind, dass der Grundsatz der Missbräuchlichkeit greift und eine Wirkungsanalyse im Grundsatz entbehrlich ist.

Kartellverwaltungsrechtliche Verfahrensdauern hängen von vielen Faktoren ab, z. B. der Behördenausstattung, der Ausgestaltung der Verfahrensschritte und der Geltendmachung der Verteidigungsrechte. Beschleunigung kann auch durch eine Aufwertung der einstweiligen bzw. vorsorglichen Maßnahmen erreicht werden. Die Schaffung vollendeter Tatsachen und das Kippen von Märkten kann hierdurch verhindert werden. Für die Schweiz kann beispielsweise auf die vorsorglichen Maßnahmen im Glasfaserfall verwiesen werden.⁴⁶⁾ In der EU veranschaulicht der *Broadcom*-Fall das Potential einstweiliger Maßnahmen: Ihr Erlass erlaubte eine rasche Lösung des Wettbewerbsproblems über Verpflichtungszusagen.⁴⁷⁾ Wichtig in diesem Zusammenhang ist, dass auch die Gerichte den Folgen für den Wettbewerb hohen Stellenwert zumessen: Bereits die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung eines Rechtsmittels gegen vorsorgliche Maßnahmen wird in der Regel deren Ziel zunichtemachen.

Gelingt es, dem traditionellen Kartellrecht durch eine adäquate Fassung des materiellen Rechts, der Beweisanforderungen und der Verfahrensregeln wieder mehr Schwung zu verschaffen, lässt sich in Ländern, in denen der Aufbau einer aufwändigen Ex-Ante-Regulierung nicht möglich ist, eine digitale Wettbewerbsordnung auch auf der Grundlage der herkömmlichen Regeln, insbesondere des Verbots des Missbrauchs marktbeherrschender Stellungen, erreichen.

Abstract

Platform Regulation and General Competition Law – From a Swiss Perspective

Competition proceedings in the digital economy are lengthy and their outcome is uncertain. The Digital Markets Act responds to this with a new type of ex ante regulation that relies on specific prohibitions and obligations that apply to previously designated gatekeepers or listed platform services. For a large jurisdiction like the EU, this is a practicable path. But how should countries outside the EU, whose capacities are not sufficient to build such an elaborate control mechanism, react? Here, it is essential that „classic“ competition law becomes more application-friendly and faster. It is therefore of central importance to strike the right balance between a form-based and an effects-based approach.

45) EuGH v. 6. 9. 2017 – Rs 413/14 P, ECLI:EU:C:2017:632, Rz. 138 ff. – Intel/Kommission.

46) S. o. II. 1.1.

47) Europäische Kommission v. 7. 10. 2020 – Case AT.40608, C(2020) 6765 final – Broadcom.