



Universität  
Zürich <sup>UZH</sup>

# Nationale Plattformregulierung und DMA – aus Sicht der Schweiz

## 2. DACH-Kartellrechtsforum

Georg-August-Universität Göttingen

29. April 2022

**Andreas Heinemann**

Universität Zürich | Wettbewerbskommission (Schweiz)

# I. Ausgangspunkt

## ➤ Hintergrund des 2. DACH-Kartellrechtsforums

"Zum anderen ist der DMA ein wichtiger **Baustein im europäischen Mehrebenensystem des Wettbewerbsschutzes**, in dem **nationales und unionales Kartellrecht** sowie nun außerdem speziell auf **Gatekeeper zugeschnittene nationale (in Deutschland: § 19a GWB) und unionsrechtliche Vorgaben** zusammenwirken."

## ➤ Schweiz kennt nicht die Komplexität eines Mehrebenensystems.

Alle Probleme müssen selber gelöst werden; keine Unterstützung durch höhere Ebene.

## ➤ Es stellen sich im wesentlichen **drei Fragen**:

- Braucht die Schweiz eine **Ex-Ante-Regulierung** für *contrôleurs d'accès*?
- Sollte die Schweiz das **bestehende Kartellrecht** auf alle Wettbewerbsprobleme der digitalen Wirtschaft anwenden?
- Braucht die Schweiz eine **Digital-Revision** des Kartellrechts?



## II. Ex-Ante-Regulierung

### Braucht jedes Land spezielle Regeln für Gatekeeper-Plattformen?

- Für die Durchsetzung des DMA ist eine Einheit mit ca. **80 Vollzeitkräften** geplant
  - das übersteigt die Kapazitäten mittelgrosser Länder bei weitem
- Für globale (bzw. quasi-globale) Wettbewerbsprobleme erscheint eine **Zuständigkeitskonzentration** bei den grössten Binnenmärkten (USA, EU, China) indiziert

bisher eine Utopie geblieben: Eine **International Antitrust Authority**

- Die Einführung eines neuen Regulierungsrechts für Gatekeeper wird in der Schweiz nicht in Erwägung gezogen.



## III. Fallallokation

- Die Schweiz kann nicht alle GAFAM-Verfahren duplizieren.
- Die Wettbewerbskommission (WEKO) geht im Wesentlichen wie folgt vor:
  - **Inländische Digitalfälle** können nur von der WEKO behandelt werden
  - **Internationale Digitalfälle** werden auf ihren Inlandsbezug untersucht (Beschwerden von Betroffenen sind ein Indiz)
  - **Übernahme von Lösungen in EU und EU-Mitgliedstaaten** für die Schweiz
  - Keine Scheu vor grenzüberschreitenden Fällen, wenn Unternehmen nicht zur Erstreckung dieser Lösungen auf die Schweiz bereit sind



## Inländische Digitalfälle

### Netzbaustrategie Swisscom (laufendes Verfahren)

- **Glasfaserausbau** in den Agglomerationen im Vierfasermodell (Sternstruktur: P2P): Konkurrierende Anbieter haben Zugang zur unbeleuchteten Glasfaser (Layer 1)
- **Änderung der Strategie** in den **Alleinbaugebieten**: Übergang zu Baumstruktur (P2MP); Zugang zur Netzwerkinfrastruktur wird nicht mehr angeboten.
- **WEKO, 17.12.2020: Vorsorgliche Massnahmen**: Layer-1-Zugang muss weiter möglich sein.
- **BVGer, 30.9.2021**: VM werden bestätigt (Beschwerde beim BGer hängig)
- **Hauptsacheverfahren** läuft



## Inländischer GAFAM-Fall

### TWINT vs. Apple

- **Mobile Bezahlung TWINT** wird auf iPhones durch den automatischen Start von *Apple Pay* **gestört**
- Informelle (und schnelle) Lösung: Apple stellt Unterdrückungscode zur Verfügung, der eine störungsfreie Nutzung von TWINT ermöglicht
- keine Untersuchungseröffnung, sondern pragmatische Lösung



## Google Shopping (Europäische Kommission, 27.6.2017; EuG, 10.11.2021)

- WEKO, Vorabklärung ab 2015
- Kontakt mit *Google*
- Die von der Europäischen Kommission verlangten Massnahmen werden auf die Schweiz erstreckt.
- Einstellung der Vorabklärung 2022
- Vor- und Nachteile einer solchen Lösung

## Weitere Beispiele

- **Google Android** (Europäische Kommission 2018; Wahl zwischen verschiedenen Browsern)
- **Google Online-Werbung** (Autorité de la concurrence F): Interoperabilität des *Google Ad Manager* mit konkurrierenden Diensten (Werbevermittlung für Online-Werberäume und Versteigerungstechnologie)



## IV. Digital-Revision des schweizerischen Kartellgesetzes?

- **Deutschland:** GWB-Digitalisierungsgesetz vom 18.1.2021
- **Österreich:** Kartell- und Wettbewerbsrechts-Änderungsgesetz vom 9.9.2021
- In der Schweiz Präferenz für allgemeine und kurze Gesetzestexte
- Es ist **keine Digital-Revision** hängig; wie gross ist der Bedarf?
- **Neue Regelbeispiele in Art. 7 Abs. 2 KG (Missbrauchsbeispiele)?**

Zusammenführung von Daten, MFN, *self-preferencing*, Interoperabilität, Datenzugang etc.

- **Alternative:** Ausdehnung der **europarechtsfreundlichen Auslegung des Kartellrechts** auf kartellrechtsnahe Regulierung?
- Die Schweiz könnte die **Plattformprobleme** dann über **KG 7** lösen.



## Problem

- Das Kartellrecht ist **zu langsam** (geworden).
  - Übertreibung des ***effects-based approach***
    - *Beispiel: Intel-Fall* zu bedingten Rabatten.
      - 2000: Beschwerde des Wettbewerbers
      - 2009: Entscheidung der Europäischen Kommission
      - 2014: Urteil Gericht
      - 2017: Urteil Gerichtshof: Rückverweisung an EuG, *foreclosure effects* sind näher abzuklären
      - 2022: Urteil Gericht
    - Rechtsmittel der Europäischen Kommission*
  - Anzustreben ist die richtige **Mischung aus *form-based* und *effects-based***
  - Reaktion des Gesetzgebers: **Art. 5 und 6 DMA** sind **rein *form-based***
  - Selbst die **Effizienzrechtfertigung** wird **nicht zugelassen**.



## ➤ Schweiz: Grosse Bedeutung der Auslegung von AEUV 102 auf die Auslegung von KG 7

- Abkopplung von Entwicklungen in EU nicht möglich / nicht ratsam
- **Dilemma**: Was soll ein Land machen, das unter der Langsamkeit kartellrechtlicher Verfahren leidet, aber keine Kapazität für *ex ante*-Regulierung hat?

## ➤ Verschiedene Strategien

- **Auf keinen Fall Übertreibungen des wirkungsorientierten Ansatzes** noch forcieren
  - Die **Motion Français** erkennt grundlegende Probleme des Kartellrechts
  - In den USA und in der EU überwiegt bei harten Abreden die formbasierte Bewertung



- Aufwertung der **Vorsorglichen Massnahmen**
    - der Zurückhaltung in der EU muss nicht gefolgt werden  
2001: *IMS Health* (nach Rechtsmittel zurückgezogen)  
2019: *Broadcom*
    - **WEKO** hat in den letzten zwei Jahren dreimal **Vorsorgliche Massnahmen** angeordnet
    - Beschleunigungseffekt nur dann, wenn Beschwerden die **aufschiebende Wirkung entzogen** wird
- **Man sollte das allgemeine Kartellrecht nicht voreilig abschreiben.**