



Schweizerische Eidgenossenschaft
Confédération suisse
Confederazione Svizzera
Confederaziun svizra

Praxisentwicklungen zu «Marktmacht»

Dr. Olivier Schaller

Vizedirektor Sekretariat WEKO

25 Jahre KG – XXXVII. Atelier de la concurrence

Diese Präsentation bindet die WEKO und ihr Sekretariat nicht.



Agenda

Einführung

1. Rahmenbedingungen
2. Praxisentwicklungen zur Feststellung von Marktbeherrschung
 - a) Rückblick
 - b) Ausblick
3. Einvernehmliche Streitbeilegung zu Art. 7 KG
 - a) EVR nach Art. 29 KG
 - b) Anregungen nach Art. 26 II KG

Schlusswort



1. Rahmenbedingungen

Gesetzlichen Grundlagen

- **Derzeit:** Art. 2 I KG - Art. 4 II KG - Art. 7 I & II KG.
- **Neu 2022:** Relative Marktmacht (Art. 4 II^{bis} KG, Art. 7 I & II lit. g KG sowie Art. 49a I erster Satz KG).

Formen von Marktbeherrschung (MB)

- Einzel- und Kollektive Marktbeherrschung
- Relative Marktmacht (ab 2022).

Ausgangspunkt: Marktabgrenzung

- i.S. *Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich* (BGer 2C_113/2017 vom 12.02.2020):
 - WEKO hat eine weite Marktabgrenzung gewählt ...
 - ... BVGer und BGer wählten eine engere Marktabgrenzung.



2. Praxisentwicklung zur Feststellung von MB

Aktueller Wettbewerb: **Marktanteil** als Hauptkriterium

- Das BVGer äussert sich i.S. *Zugang zur Dienstleistung der dynamischen Währungsumrechnung (DCC)* folgendermassen: «Marktanteile ab 50% begründen nach der Wettbewerbspraxis zumindest eine **Vermutung** für das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung, die nur bei Vorliegen von entgegenstehenden Faktoren widerlegt wird. Diese Vermutung wird bei Marktanteilen über 60% oder 70% weiter verstärkt, weshalb bei derartigen Marktkonstellationen die Anforderungen an eine Widerlegung der Vermutung durch gegenteilige Faktoren entsprechend höher sind.» (B-831/2011 vom 18.12.2018, Rz. 442).
- Marktanteil von 50 % als «**kritische Schwelle**» allgemein anerkannt...
- ... bestätigt durch das BGer zuletzt i.S. *Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich* (2C_113/2017 vom 12.02.2020, E. 5.5.2).



2. Praxisentwicklung zur Feststellung von MB

Weitere Kriterien:

- Potentieller Wettbewerb.
 - Stellung der Marktgegenseite.
- BGer i.S. *Hallenstadion Zürich* (2C_113/2017 vom 12.02.2020, E. 5.5.3) / BVGer i.S. *DCC* (B-831/2011 vom 18.12.2018, Rz 459 ff. und 479 ff.):
- Prüfung dieser Kriterien auch bei hohen Marktanteilen.



2. Praxisentwicklung zur Feststellung von MB

NEU: Digitale Märkte - Online-Plattformen

- Fall i.S. *Online-Buchungsplattformen für Hotels (RPW 2016/1, 67 ff.)*:
 - Übliche Kriterien zur Beurteilung einer möglichen Marktbeherrschung.
 - Berücksichtigung zweiseitiger Märkte, tipping, Netzwerkeffekten.
- «Kostenlose» Dienstleistungen bei der «Messung von Marktmacht»:
 - Daten als Währung (WhatsApp - Facebook)?



2. Praxisentwicklung zur Feststellung von MB

Ausblick

2 gegensätzliche Themenbereiche führen zu neuen Herausforderungen:

- «**Technologieriesen**» (GAFAM etc.)
 - Gatekeeper-Rolle grosser Plattformen.
 - Aktivitäten auf verschiedensten Märkten.
 - Regulierung in der EU mit dem Digital Markets Act.
 - Notwendigkeit einer **gesamtheitlichen Analyse** von Aktivitäten der Online-Plattformen auf verschiedensten Märkten.
 - Regulierung in der Schweiz analog zum Digital Markets Act?
- **Relative Marktmacht**
 - Inwiefern müssen die bisherigen Konzepte zur MB in Fällen relativer Marktmacht überdacht werden?

3.a) EVR nach 29 KG in 7 KG-Fälle

Praxis der WEKO

- Es gibt weniger einvernehmliche Regelungen (EVR) in 7-ner Fällen als in 5-er Fälle

Seit 2004:

- Bei 5-er Fällen: EVR in ungefähr der Hälfte aller Fälle.
 - 26 von 56 Fälle mit EVR.
- Bei 7-ner Fällen: EVR in ungefähr einem Drittel aller Fälle.
 - 5 von 15 Fälle mit EVR.



3.a) EVR nach 29 KG in 7 KG-Fälle

Praxis der WEKO

➤ Erklärung für das Ergebnis?

- Komplexe Fälle (schwierige Lösungsfindung für zukünftiges Verhalten).
- Weniger Praxis (Entscheide der WEKO noch vor den Beschwerdeinstanzen).
- Teilweise unbestimmte Rechtsbegriffe in den Tatbestände in Art. 7 Abs. 2 KG (bspw. «unangemessen»).
- Möglicherweise geringere Sensibilität und Anreize für EVR/Bonusmeldung.



3.a) EVR nach 29 KG in 7 KG-Fälle

Was sind die Vorteile/Nachteile von EVR in 7-ner Fällen?

- Für die *Wettbewerbsbehörden* sind die Vorteile und Nachteile gleich wie bei EVR in 5-er Fällen. Allenfalls zusätzlicher Vorteil, wenn mit EVR ein Markt rasch geöffnet werden kann
- Für die *Parteien* sind...
 - die Vorteile:
 - Reduktion Sanktion - Verfahrenskosten
 - Rasche Rechtssicherheit (auch für künftiges Verhalten)
 - die Nachteile:
 - Antizipierte Langzeitfolgen (Art. 9 Abs. 4 KG)
 - Zivilrechtliche Klagen



3.a) EVR nach 29 KG in 7 KG-Fälle

Praxis der WEKO, bzw. Sekretariat

- Was müsste man allenfalls anpassen?
 - Regelmässiges Anbieten von EVR und Bonusmeldung.
 - Sensibilisierung (Urteil des BVGer B-831/2011 vom 18.12.2018 i.S. *DCC*).
 - Erfolgt eine natürliche Zunahme infolge Urteil i.S. *DCC* und zunehmender Praxis bei Bestätigung durch BGer?
 - Abschaffung oder Beschränkung von Art. 9 Abs. 4 KG?
 - Kürzere Verfügungen?



3.a) EVR nach 29 KG in 7 KG-Fälle

Ausblick

- Erwartungen an EVR in Fällen relativer Marktmacht?
 - Weniger Anreize eine EVR abzuschliessen?
 - Keine Sanktionen.
 - (Fast) Keine Praxis.
 - Unbestimmter Begriff.

- ➡ Nein, im Gegenteil:
 - Keine Feststellung einer Marktbeherrschung.
 - Art. 9 Abs. 4 KG nicht anwendbar.



3.b) Anregungen nach 26 II KG in 7 KG-Fälle

Praxis des Sekretariats der WEKO

- **Begriff : Anregungen**

- Einvernehmliche Streitbeilegung im Rahmen einer Vorabklärung.
- Abgrenzung von der EVR nach Art. 29 KG.
- Anregung vs. einseitige Verhaltensanpassung.

- **Bedeutung** der einvernehmlichen Streitbeilegung

- Schon vor der KG-Revision 2003 ein effizientes Mittel.
- Hat sich dies mit der Einführung der direkten Sanktionen verändert?
 - insbesondere mit Blick auf den Verfolgungszwang i.S.v. Art. 49a KG.



3.b) Anregungen nach 26 II KG in 7 KG-Fälle

Praxis des Sekretariats der WEKO

- **Ausblick**

- Anregungen nach Art. 26 Abs. 2 KG werden:
 - ein wichtiges und effizientes Mittel bleiben, um in Fällen von Anhaltspunkten für **Marktmissbrauch** rasch wirksamen Wettbewerb wiederherzustellen (z.B. TWINT/Apple, RPW 2019/3a, 574 ff.).
 - auch in Fällen von **relativer Marktmacht** eine spezifische, nützliche und lösungsorientierte Rolle spielen.



Schlusswort

Gesetzgebung:

- Nach 25 Jahren die **erste Änderung** mit der Einführung der relativen Marktmacht per 1.1.2022 – vielleicht nicht die letzte?

Neue Herausforderungen für die Wettbewerbsbehörden:

- Digitale Märkte.
- Umsetzung der Bestimmungen zur relativen Marktmacht.

Entscheide:

- Leitentscheide: wichtiges aber nicht ausreichendes Mittel.
- Streitbeilegung: EVR und Anregungen sind gute Instrumente um:
 - (a) auf den dynamischen digitalen Märkten und
 - (b) in Fällen des Missbrauchs relativer Marktmacht **rasch Lösungen herbeizuführen.**



**Besten Dank für
Ihre Aufmerksamkeit!**