



Unzulässige Verhaltensweisen

§ 9 Unzulässige Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen

- I. Bedeutung der Marktumschreibung
- II. Relevanter Markt
- III. Methoden der Marktbestimmung
- IV. Marktbeherrschende Stellung
- V. Kollektive Marktbeherrschung
- VI. Begriff des Missbrauchs
- VII. Kriterien für die Einzelfallbeurteilung des Missbrauchs
- VIII. Fallgruppen unter der Generalklausel
- IX. Behinderungstatbestände
- X. The „Essential Facilities“-Doktrin
- XI. Ausbeutungstatbestände
- XII. Rechtsfolgen von Art. 7 KG



Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung

Grundtatbestand: Art. 7 KG

Wichtige Tatbestandsmerkmale:

1. Marktbeherrschung (Art. 4 Abs. 2 KG)
2. Missbrauch (Beispiele in Art. 7 Abs. 2 KG)



Unzulässige Verhaltensweisen

Unzulässige Verhaltensweise marktbeherrschender Unternehmen

Marktbeherrschendes
Unternehmen

Missbräuchliche
Verhaltensweise

Behinderung
oder
Benachteiligung



Marktbeherrschende Stellung

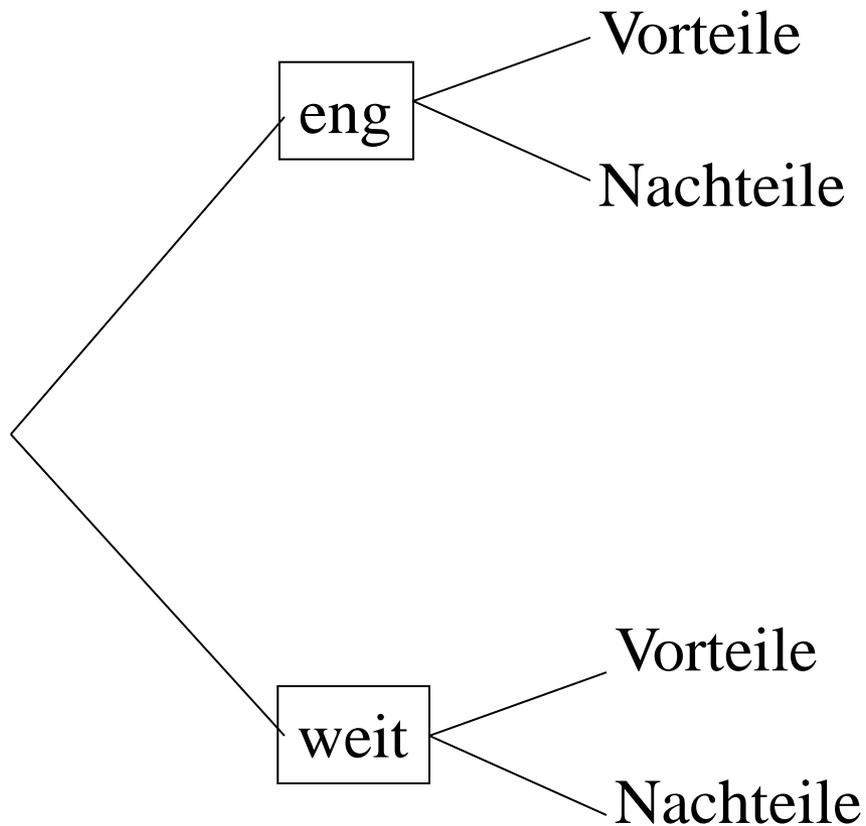
Die Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung erfolgt in zwei Schritten:

- a) Abgrenzung des relevanten Marktes**
- b) Beherrschung dieses Marktes**



Unzulässige Verhaltensweisen

I. Bedeutung der Marktumschreibung





Bedeutung der Marktabgrenzung

Je enger der relevante Markt abgegrenzt wird, desto wahrscheinlicher ist das Bestehen einer marktbeherrschenden Stellung.

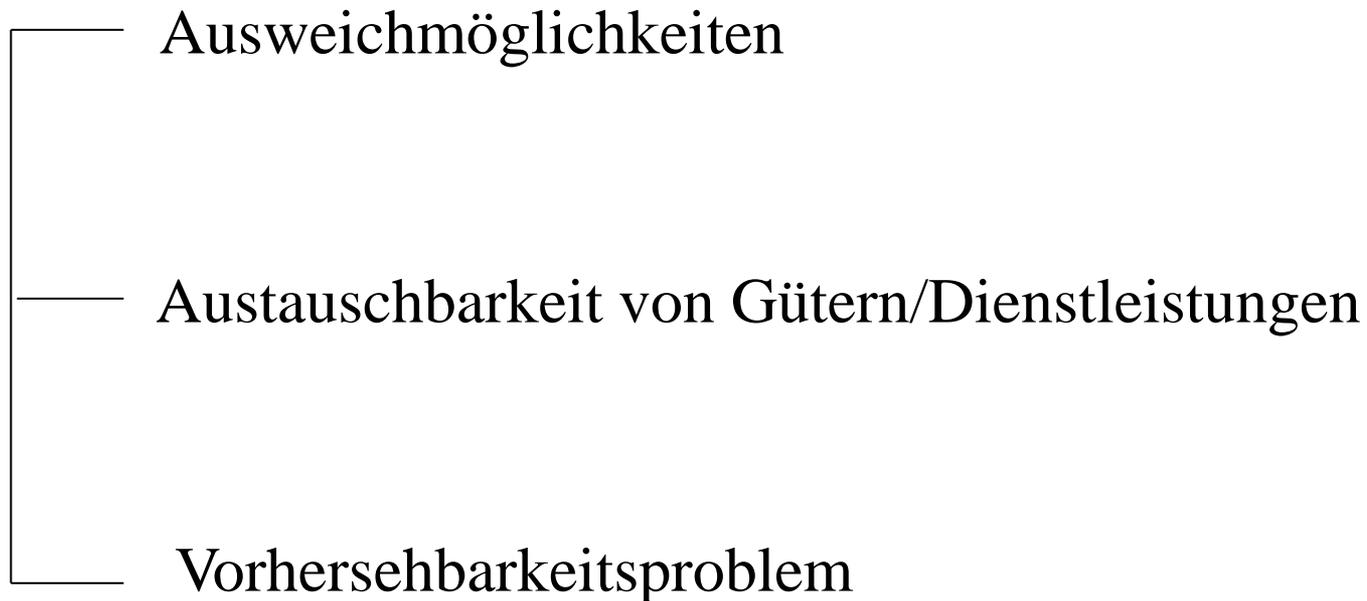
Und *vice versa*.



Unzulässige Verhaltensweisen

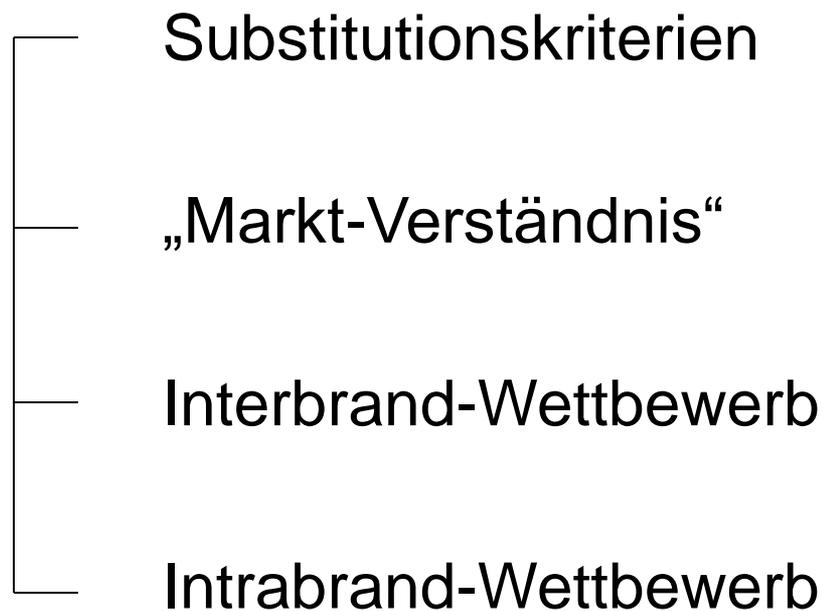


II. Relevanter Markt





1. Sachlich relevanter Markt





Sachlich relevanter Markt

- synonym: Abgrenzung des **Produktmarkts**
- Art. 11 Abs. 3 lit. a) der Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU):

„Der sachliche Markt umfasst alle Waren oder Leistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar angesehen werden.“



2. Räumlich relevanter Markt

Ausweichmöglichkeiten?

Anbieter oder Nachfrager?

Regionale Besonderheiten?

Sprachen?

Internationalisierung?



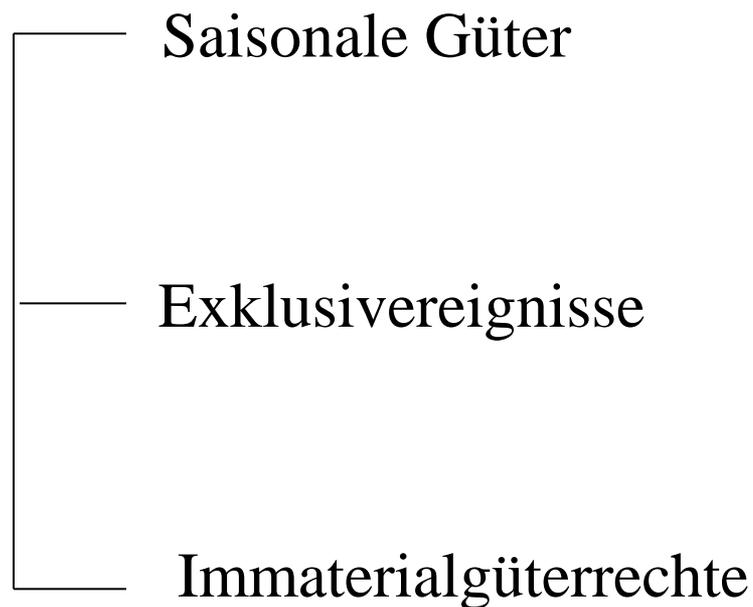
Räumlich relevanter Markt

- **Art. 11 Abs. 3 lit. b) der Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU):**

„Der räumliche Markt umfasst das Gebiet, in welchem die Marktgegenseite die den sachlichen Markt umfassenden Waren oder Leistungen nachfragt oder anbietet.“



3. Zeitlich relevanter Markt



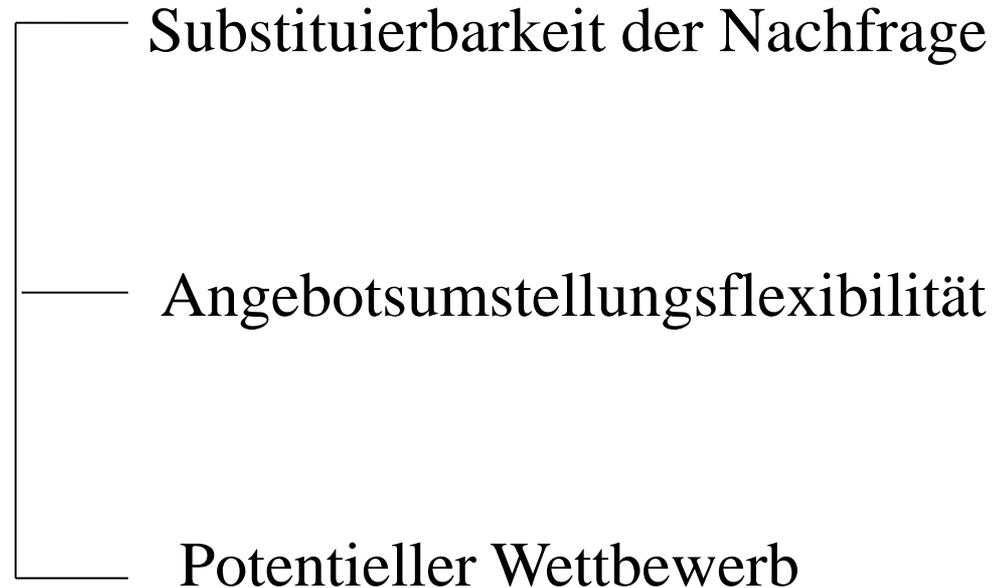


Marktabgrenzung

<u>sachlich</u>	<u>räumlich</u>	<u>zeitlich</u>
<p>Bestimmung des Produktmarkts. Es gilt das Bedarfsmarktkonzept: Entscheidend ist die funktionelle Austauschbarkeit der Produkte aus Sicht der Marktgegenseite.</p>	<p>Hauptabsatzgebiet Je höher die Transportkosten oder je geringer die Haltbarkeit, desto kleiner der räumlich relevante Markt.</p>	<p>In der Regel nur von untergeordneter Bedeutung, nämlich bei Märkten, die nur für eine begrenzte Zeit bestehen.</p>
<p>Beispiel: Getrennte Produktmärkte für</p> <ul style="list-style-type: none">-Kleinwagen, Mittelklassewagen, große Wagen, Lkw, Omnibusse-Mineralwasser, Brausegetränke, Bier, Wein, Spirituosen	<p>Beispiel: Der räumlich relevante Markt für Sand ist eher klein, der für Computersoftware weltweit.</p>	<p>Beispiel: Messen oder Ausstellungen</p>



III. Methoden der Marktbestimmung





Marktbeherrschung

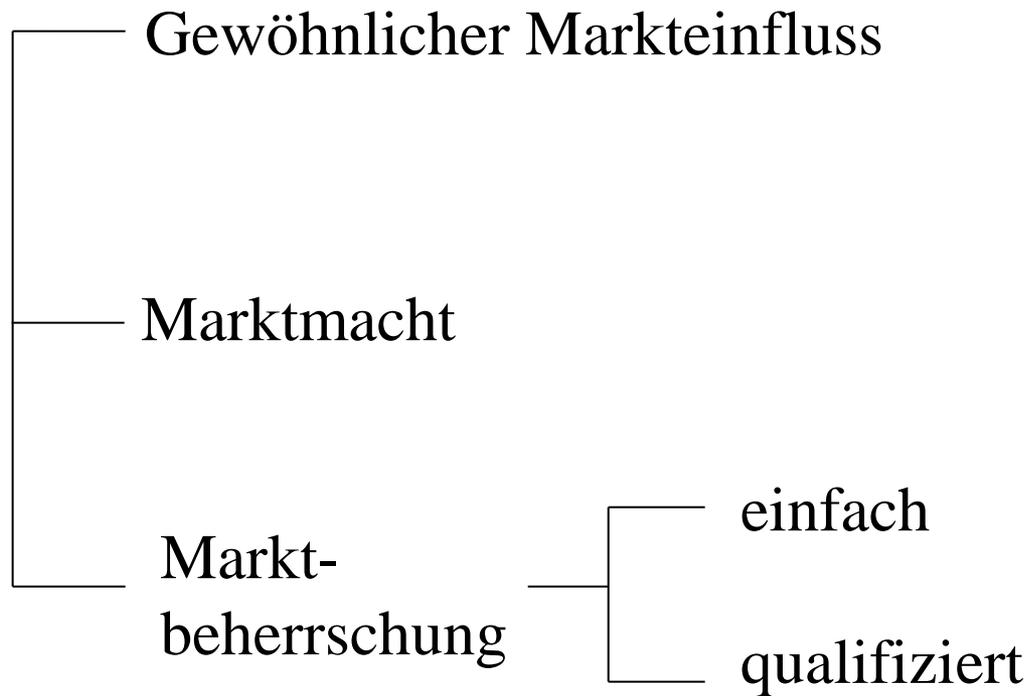
IV. Marktbeherrschende Stellung (Art. 4 Abs. 2 KG)

a) Abgrenzung des relevanten Marktes

b) Beherrschung dieses Marktes



Marktbeherrschung





Marktbeherrschung

Beurteilungskriterien

Marktstruktur

tatsächlicher Wettbewerb
(insbes. Marktanteil, absolut und
relativ)
Gegenmacht
potentieller Wettbewerb
(Marktzutrittsschranken)

Unternehmensstruktur

(Finanzkraft, technologischer
Vorsprung, Markenportfolio)

Historisches Marktverhalten

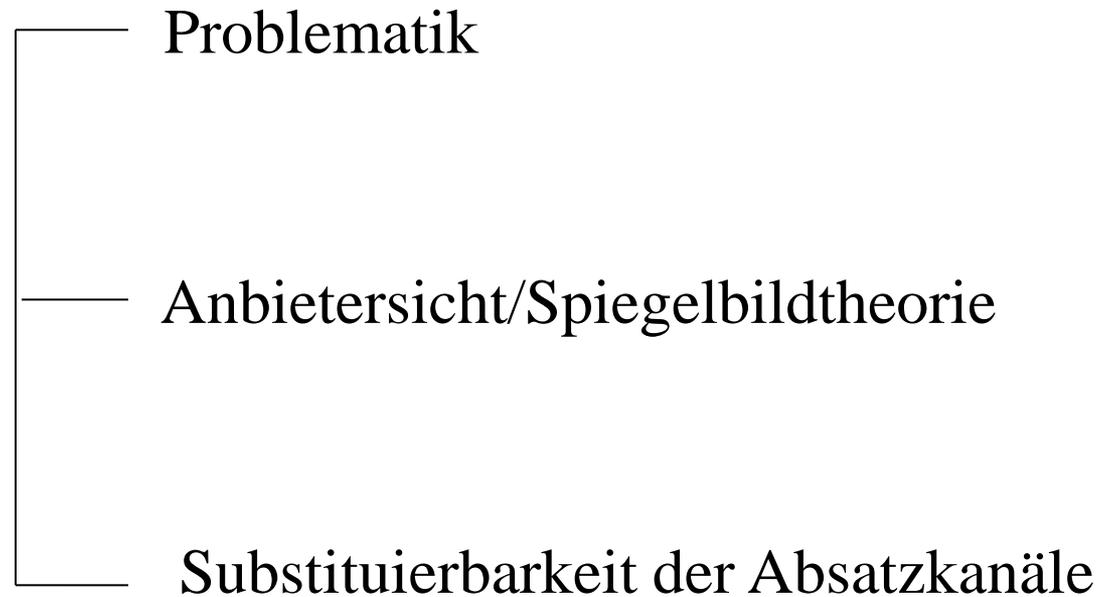
Durch „Ausweichen“ erhöhte
Transaktionskosten



Marktbeherrschung



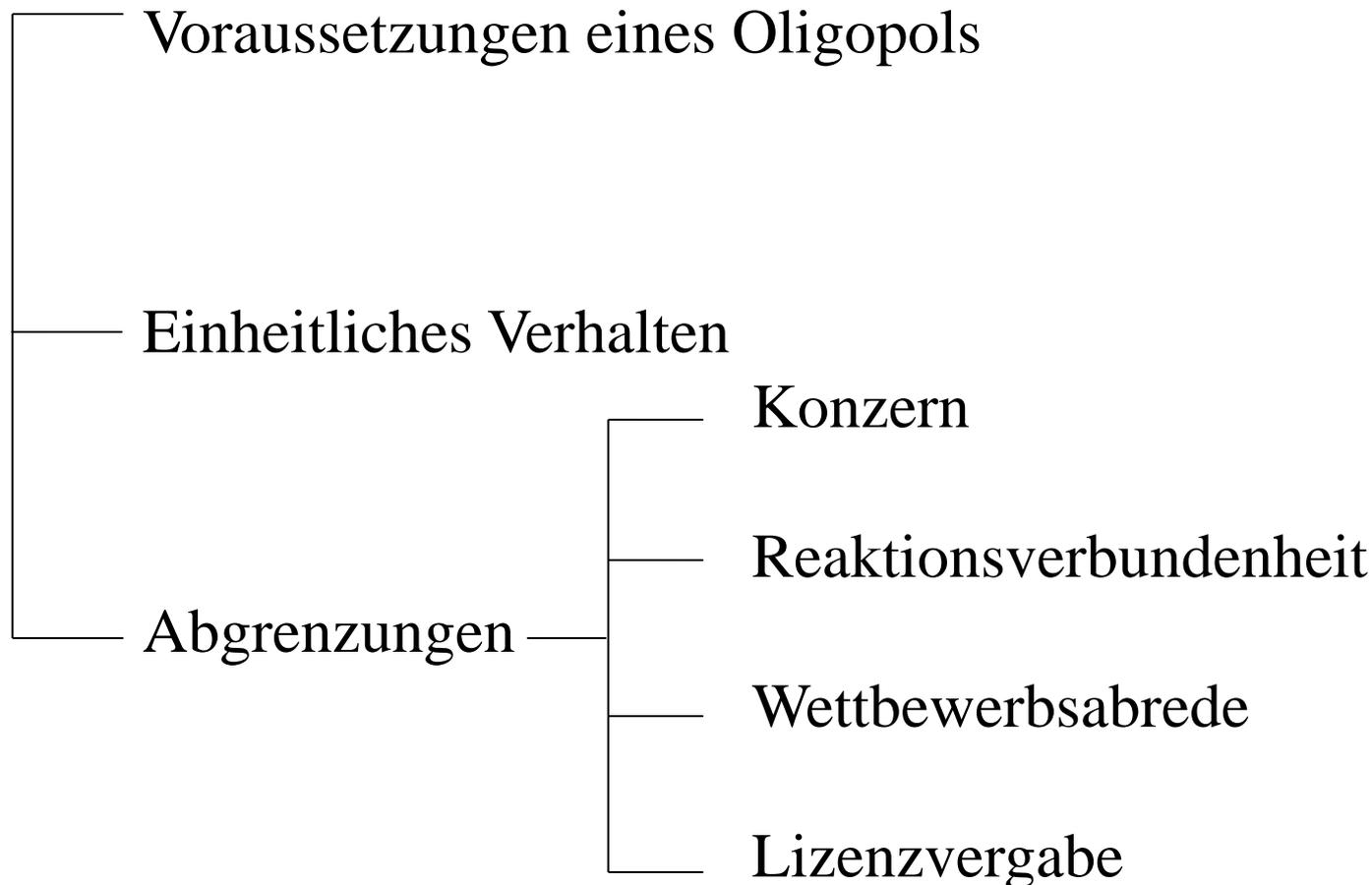
Nachfragemacht





Unzulässige Verhaltensweisen

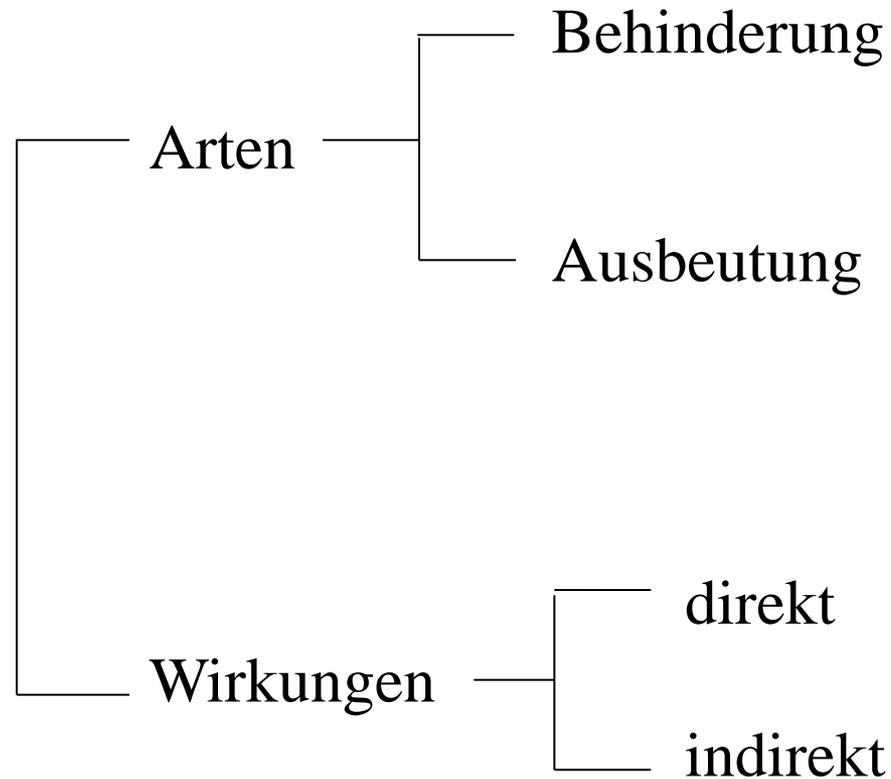
V. Kollektive Marktbeherrschung (Art. 4 Abs. 2 KG)



Unzulässige Verhaltensweisen



VI. Begriff des Missbrauchs





Missbrauchsformen

- Unterscheidung von **Ausbeutungsmissbrauch** und **Behinderungsmissbrauch**
 - **Ausbeutung:** Benachteiligung der Marktgegenseite (Abnehmer oder Lieferanten), z.B. durch missbräuchliche Preise oder Konditionen
 - **Behinderung:** Potentiellen oder aktuellen Wettbewerbern wird die Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs missbräuchlich erschwert.

Unzulässige Verhaltensweisen



VII. Kriterien für die Einzelfallbeurteilung des Missbrauchs

„legitimate business reasons“

Behinderungs- oder Verdrängungs-
absicht

Am KG orientierte
Interessenabwägung

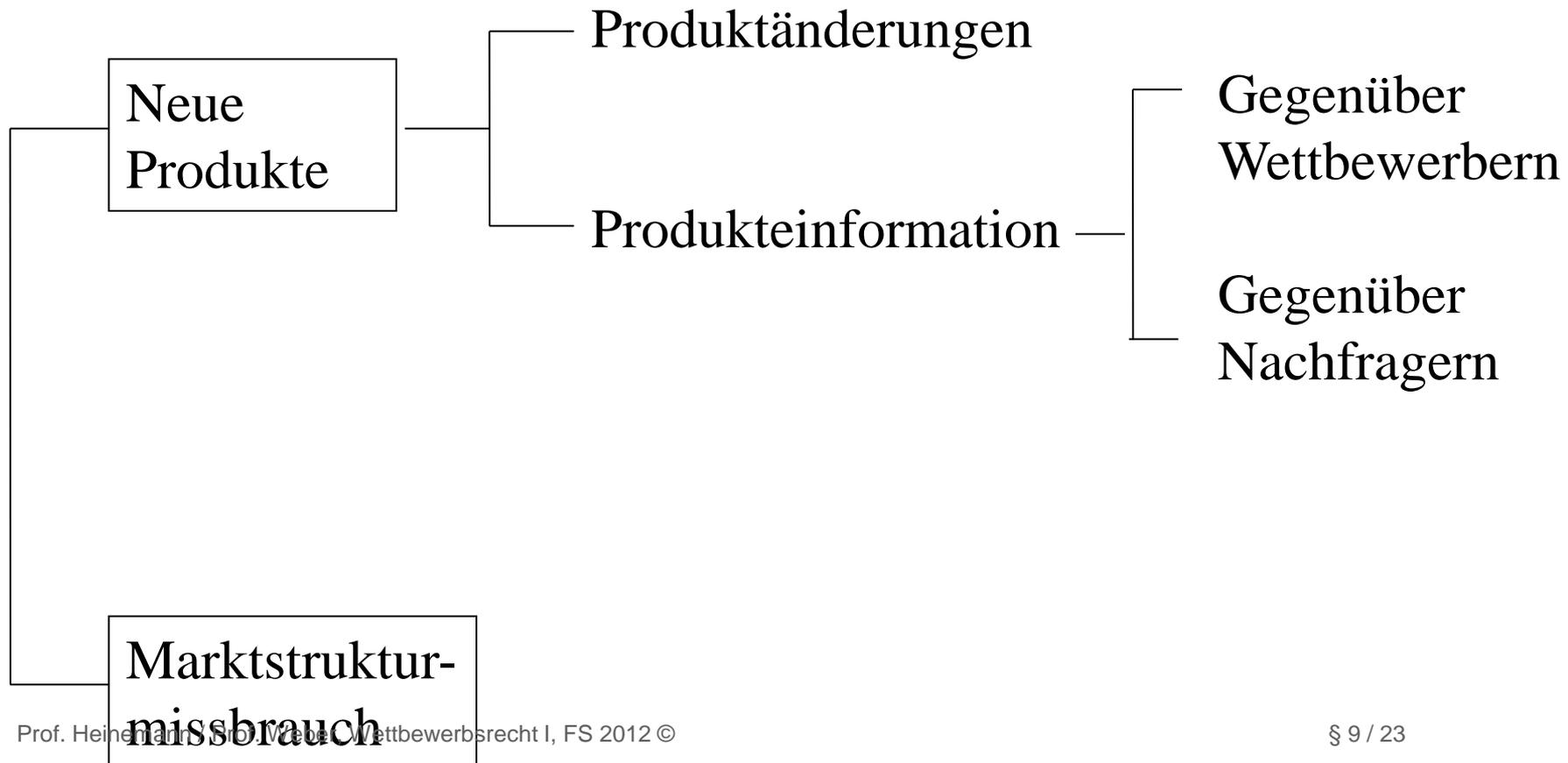
Gleichbehandlungsprinzip

Marktabschottung

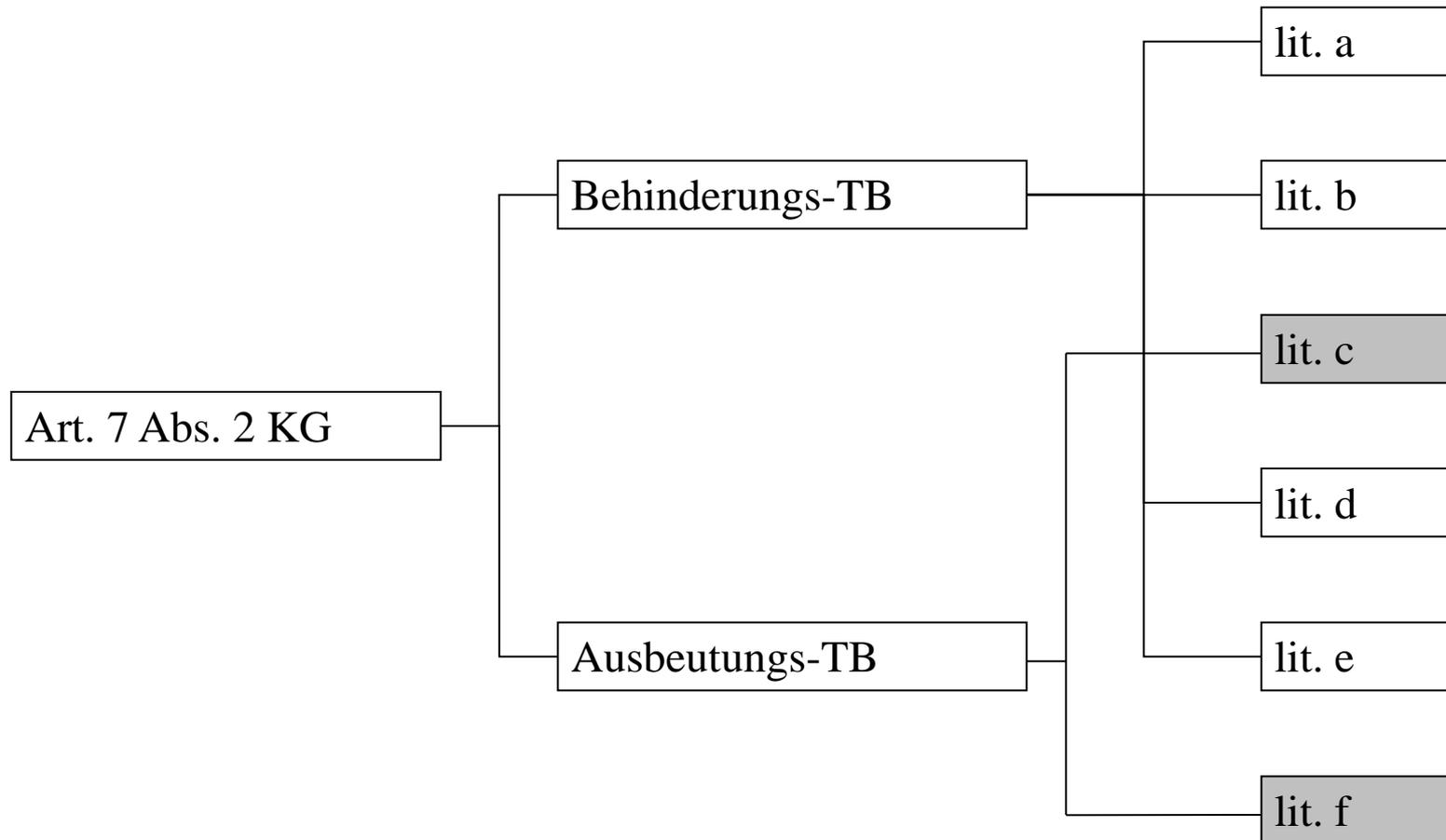
Nichtleistungswettbewerb



VIII. Fallgruppen unter der Generalklausel



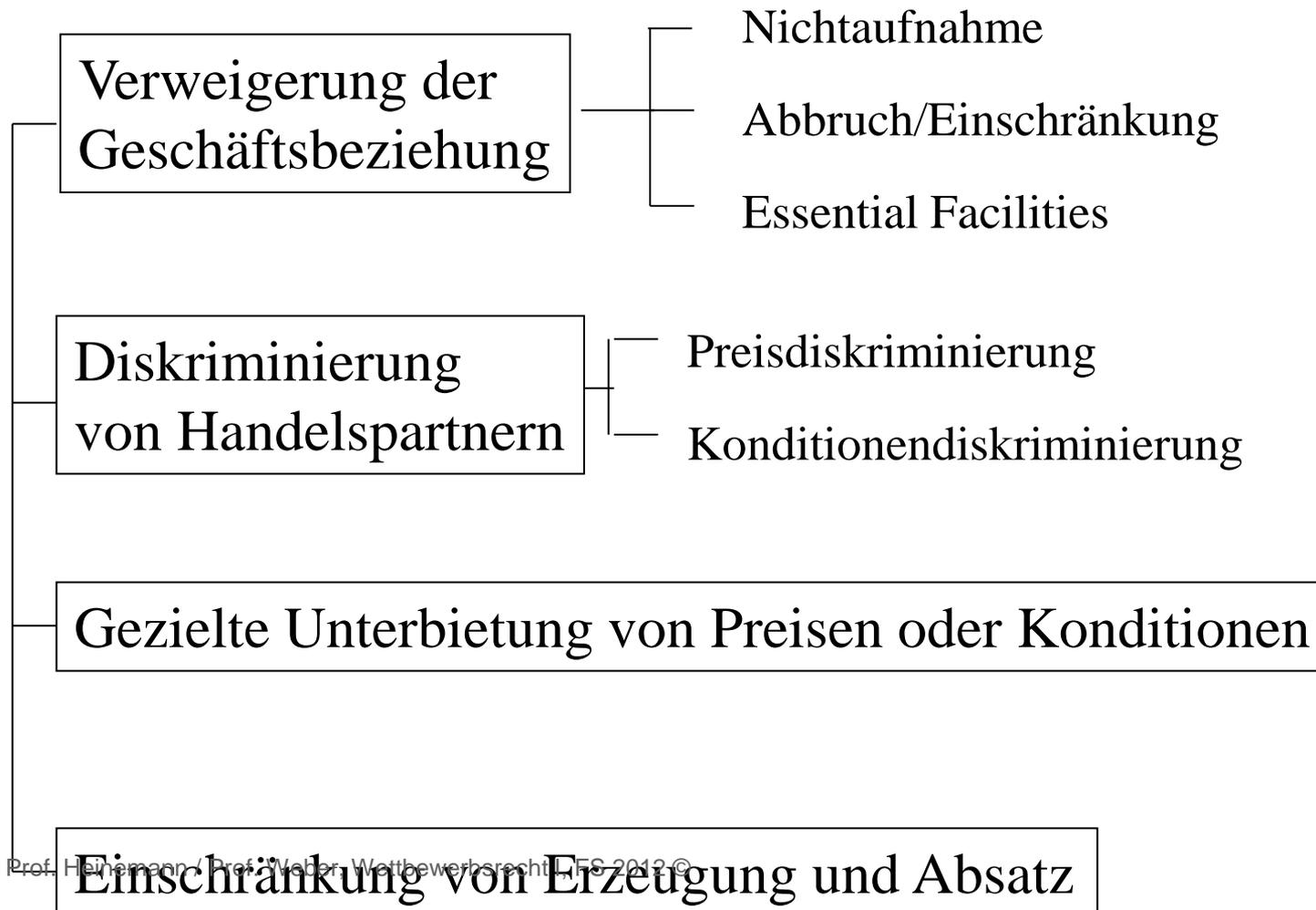
Unzulässige Verhaltensweisen





Unzulässige Verhaltensweisen

IX. Behinderungstatbestände





Behinderungsmissbrauch

➤ Beispiel

- **Weko, 5.11.2009 - Swisscom: margin squeeze** bei ADSL
(direkte Sanktion: 220 Mio. CHF)
- Den ISP (Sunrise u.a.) werden von Swisscom ca. 36 CHF für die Vorleistung (BBCS = Broadband Connectivity Service) in Rechnung gestellt (Zugangsgebühr 31 CHF plus nutzungsabhängige Connectivity-Gebühr i.H.v. 5 CHF).



Behinderungsmissbrauch

- **Weko, 5.11.2009 – Swisscom ADSL**

Retail-Preis	CHF 45.54
Wholesale-Kosten	CHF 36.68
Marge (in Franken)	CHF 8.86

- Die ISP müssen hiervon Marketing, Kundenbetreuung, Rechnungstellung, IT, Infrastrukturkosten etc. decken.
- Je niedriger diese Marge, desto schwieriger ist es, profitabel zu wirtschaften.
- Alle ISP (auch Swisscom/Bluewin) schrieben im Untersuchungszeitraum Verluste im Endkundengeschäft.
- Swisscom kompensierte diese Verluste auf dem Wholesale-Markt.



Unzulässige Verhaltensweisen

X. The „Essential Facilities“ - Doktrin

Kontrolle einer wesentlichen Einrichtung

Keine sinnvolle Möglichkeit der Duplizierung

Zugangsverweigerung

Zumutbarkeit der Bereitstellung der
Einrichtung



Unzulässige Verhaltensweisen

Weko, 29.11.2010 – *Dynamic Currency Conversion (DCC)*, RPW 2011, 96 (nicht rechtskräftig)

- DCC erlaubt Fremdwährungsumrechnung an Zahlkartenterminals von Händlern. Die DCC-Funktion wird von SIX Multipay in Zusammenarbeit mit DCC-Providern angeboten.
- SIX Multipay hat eine beherrschende Stellung auf dem Markt für Akzeptanzverträge von Kreditkarten (Visa und MasterCard) sowie Debitkarten (Maestro).
- Die DCC-Funktion war nur auf Zahlkartenterminals der Schwestergesellschaft SIX Card Solutions erhältlich.
- SIX Multipay verweigerte die Herausgabe von Schnittstelleninformationen an die Hersteller konkurrierender Zahlkartenterminals, so dass auf deren Terminals die DCC-Funktion nicht arbeitete.



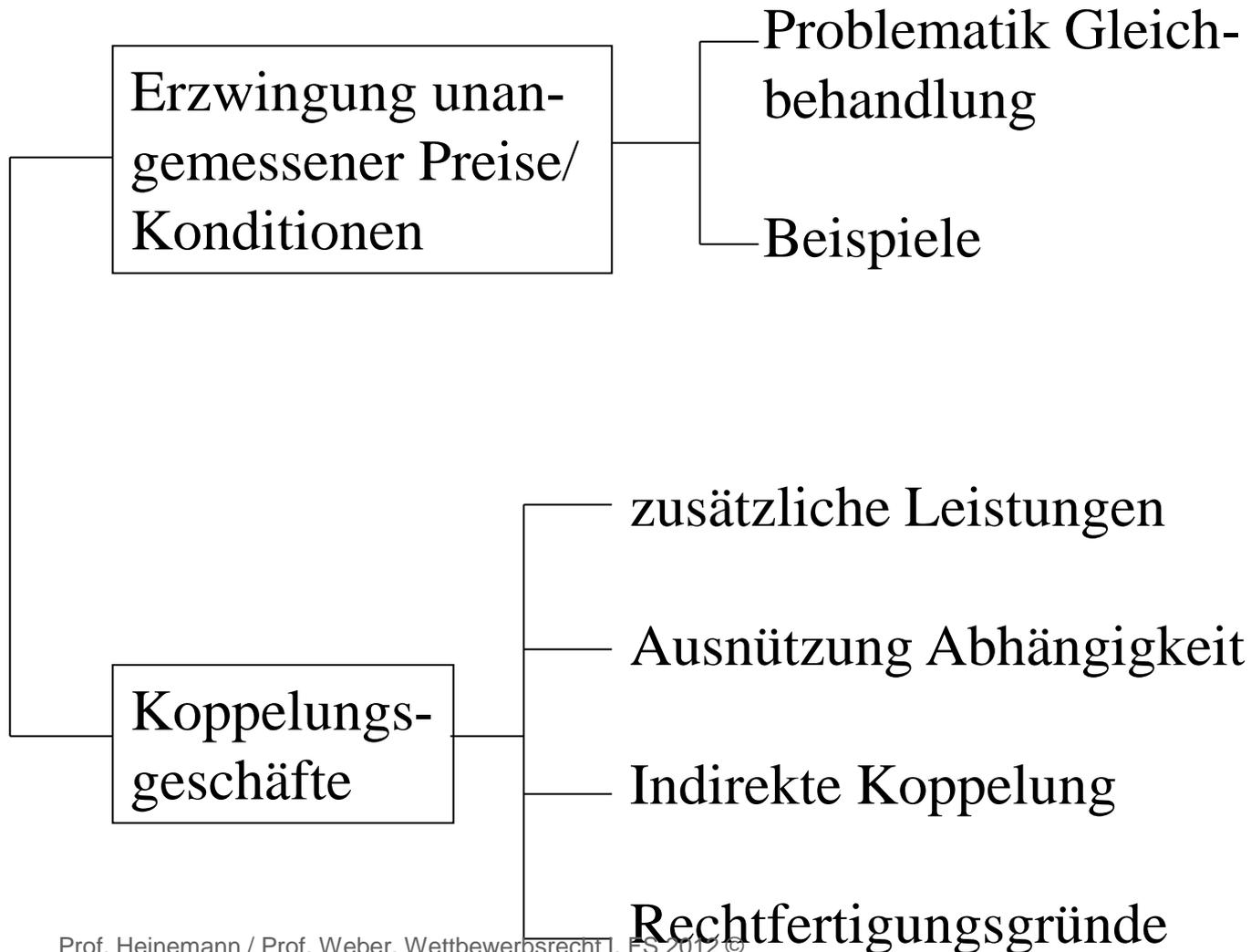
Unzulässige Verhaltensweisen

Weko, 29.11.2010 – *Dynamic Currency Conversion (DCC)*, RPW 2011, 96

- ➔ Weko: unzulässige Geschäftsverweigerung, Diskriminierung, Einschränkung der technischen Entwicklung und Kopplung (zwischen Acquiring und Verkauf des Terminals)
- ➔ Kontrahierungszwang (Offenlegung der Schnittstelleninformationen) und direkte Sanktion (CHF 7 Mio.)
- Beschwerde beim BVGer anhängig



XI. Ausbeutungstatbestände





Ausbeutungsmisbrauch

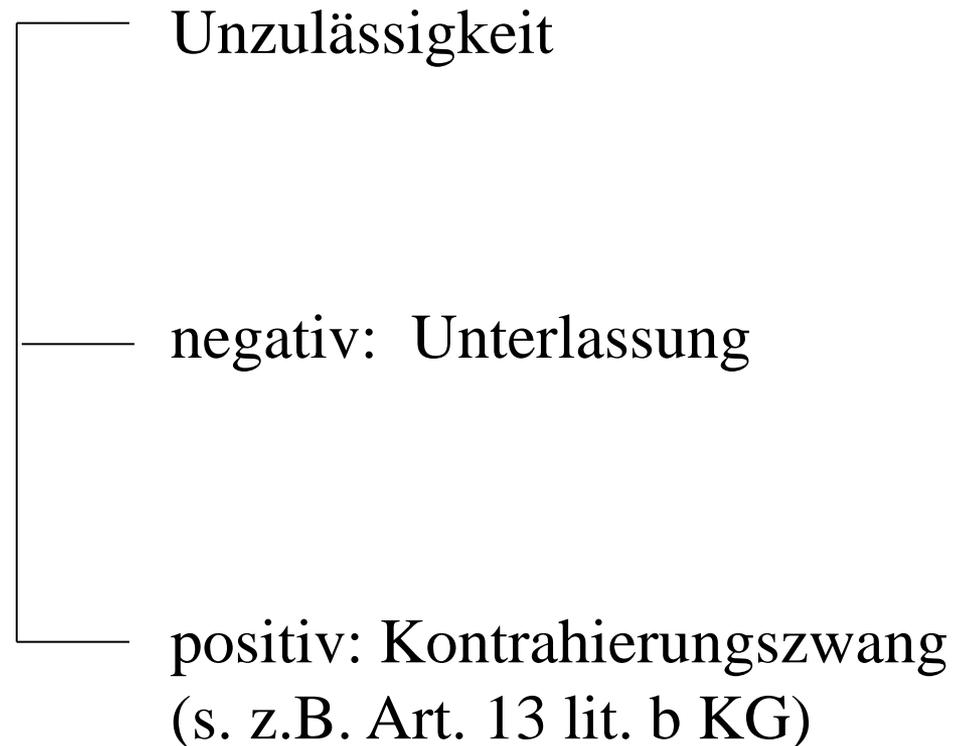
➤ Beispiel

- **Weko, 16.2.2007 – Swisscom Mobile:**
unangemessen hohe Terminierungsgebühren
(direkte Sanktion: 333 Mio. CHF)
- aufgehoben durch BVGer, 24.2.2010 –
Terminierungspreise im Mobilfunk, RPW 2010/2,
242; und BGE 137 II 199 (v. 11.4.2011)
- zum BVGer s. *Heinemann*, Direkte Sanktionen im Kartellrecht – Das Swisscom-Urteil des Bundesverwaltungsgerichts, Jusletter 21. Juni 2010; *Weber*, "Erzwingung unangemessener Preise" – Wohin geht der Weg?, Jusletter 1. November 2010
- zum BGer s. *Amstutz*, sic! 2011, 520; *Vahrenholt*, SZW 2011, 497



Unzulässige Verhaltensweisen

XII. Rechtsfolgen von Art. 7 KG





Fall

Die X-AG produziert Leergutautomaten, die im Einzelhandel installiert werden. Diese Automaten sind den Konkurrenzprodukten deutlich überlegen, was die Erkennungsgenauigkeit in Bezug auf die verschiedenen Flaschentypen und die Störungsanfälligkeit betrifft. Die Qualität ihrer Automaten hat der X-AG 61 % aller Verkäufe mit solchen Apparaten beschert. Um ihren Marktanteil weiter auszubauen, beschliesst die X-AG eine Niedrigpreispolitik. Sie verkauft ihre Automaten zu einem Preis unterhalb ihrer Kosten.

Ist dieses Verhalten mit dem Kartellrecht vereinbar?