

Dr. Michael Tschudin

Diskriminierung als kartellrechtlicher Aufgreiftatbestand

Die Umsetzung der kartellrechtlichen Missbrauchskontrolle marktbeherrschender Unternehmen verlangt Aufgreif- und Entscheidkriterien. Im Beitrag wird das Aufgreifkriterium der Diskriminierung von Handelspartnern (Art. 7 Abs. 2 lit. b KG) als ein mögliches Instrument des Behinderungsmissbrauchs thematisiert. Zudem wird die gerichtliche sowie behördliche Praxis dargestellt und diskutiert. Im Ergebnis wird vorgeschlagen, eine Ungleichbehandlung an sich (also die Form der Verhaltensweise) nicht bereits als Missbrauch zu verstehen, sondern vielmehr die Unzulässigkeit mittels einschlägiger Tests nach ihrem Effekt zu beurteilen.

Rechtsgebiet(e): Kartellrecht; Beiträge

Zitiervorschlag: Michael Tschudin, Diskriminierung als kartellrechtlicher Aufgreiftatbestand, in: Jusletter 25. März 2013

Inhaltsübersicht

- I. Diskriminierung im System der Missbrauchsaufsicht
- II. Praxis
 1. Praxis der Wettbewerbsbehörden
 - 1.1 Publikation von Arzneimittelinformationen
 - 1.2 ADSL-II
 - 1.3 SIX/Terminals
 - 1.4 Switch/Switchplus
 - 1.5 Erdgas Zentralschweiz AG
 2. Rechtsprechung der Gerichte
 - 2.1 Terminierungspreise im Mobilfunk
 - 2.2 Publigroupe
 3. Zusammenfassung
- III. Diskriminierung und Wettbewerber
 1. Verschiedene Arten von Diskriminierung
 2. Behinderung von Wettbewerbern
 3. Vertikal integrierte Unternehmen
- IV. Diskriminierung und Handelspartner
 1. Gleichbehandlungsgebot lässt sich kaum umsetzen
 2. Fehlende ökonomische Grundlagen
 3. Rechtsdogmatische Bedenken
- V. Fazit

I. Diskriminierung im System der Missbrauchsaufsicht

[Rz 1] Die Diskriminierung von Handelspartnern bei Preisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen ist in Art. 7 Abs. 2 lit. b KG als ein Beispiel für eine möglicherweise unzulässige Verhaltensweise eines marktbeherrschenden Unternehmens genannt. Dieses Beispiel ist Teil der nicht abschliessenden Aufzählung möglicher Formen kartellrechtlich heikler Verhaltensweisen eines Marktbeherrschers, durch die die Generalklausel des Art. 7 Abs. 1 KG konkretisiert werden soll. Gemäss Art. 7 Abs. 1 KG verhalten sich marktbeherrschende Unternehmen unzulässig, wenn sie durch den Missbrauch ebendieser Stellung auf dem Markt andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindern oder die Marktgegenseite benachteiligen. In der kartellrechtlichen Missbrauchskontrolle kann somit zwischen zwei strukturell unterschiedlichen Kategorien unterschieden werden: Behinderungsmisbräuche gegenüber Wettbewerbern und Ausbeutungsmisbräuche gegenüber der Marktgegenseite bzw. Lieferanten oder Abnehmern.¹

[Rz 2] *Behinderungsmisbräuche* zeichnen sich dadurch aus, dass sie sich ambivalent auf die volkswirtschaftliche Wohlfahrt auswirken. Eine Preissenkung kann beispielsweise einerseits positive Effekte erzeugen, indem die Gesamtwohlfahrt kurzfristig erhöht wird. Andererseits kann eine Preissenkung in bestimmten Marktsituationen als Preiskampf zur Verdrängung von Konkurrenten und damit zur Monopolisierung eines Marktes missbraucht werden. Behinderungsmisbräuche

werden daher folgerichtig einer Einzelfallprüfung unterzogen und nicht per se verboten. Umstritten ist dabei die Frage, anhand welcher Kriterien diese Einzelfallprüfung durchzuführen ist. Diese ist vor allem deshalb nicht leicht zu beantworten, weil Art. 7 KG «kein eigentliches analytisches Konzept enthält, um die zulässigen von den missbräuchlichen Verhaltensweisen zu trennen».² Die Ausgestaltung konkreter Kriterien bzw. Tests ist Gegenstand der schweizerischen und ausländischen Rechtsentwicklung, welche sich in der Tendenz in Richtung ökonomisch besser fundierter Kriterien und Tests bewegt («more economic approach»). In der Schweiz ist diese Entwicklung schon aus verfassungsrechtlicher Sicht begrüssenswert. Gemäss Art. 96 Abs. 1 BV erlässt der Bund Vorschriften gegen volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen. Die Bundesverfassung enthält demzufolge ein Missbrauchsprinzip: Nur wenn schädliche ökonomische Effekte nachgewiesen werden bzw. wahrscheinlich zu erwarten sind und keine Rechtfertigungsgründe vorliegen, können Wettbewerbsbeschränkungen verboten werden. Wettbewerbsbeschränkungen, die sich nicht ökonomisch schädlich auswirken, sind demnach wettbewerbsrechtlich zulässig.

[Rz 3] *Ausbeutungsmisbräuche* sind auf denjenigen Märkten möglich, auf denen es keinen wirksamen Wettbewerb gibt. Dies ist beispielsweise der Fall, wenn ein Angebotsmonopolist seine Stellung dazu missbraucht, gegenüber der Nachfrage stark überhöhte Preise durchzusetzen.³ Voraussetzung der Qualifikation als sogenannte missbräuchliche Ausbeutung ist, dass ein zulässiger Preis bestimmt wird. Damit wird das Marktergebnis direkt festgesetzt, was dem Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit nach Art. 94 Abs. 1 BV zuwiderläuft.⁴ Daher ist bei der kartellrechtlichen Preismissbrauchsaufsicht im Zusammenhang mit Ausbeutungsmisbräuchen im Vergleich zur Bekämpfung von Behinderungsmisbräuchen Zurückhaltung geboten. Das Bundesgericht hat mit dem Entscheid in Sachen «Terminierung im Mobilfunk» die Schwelle für das Vorliegen einer solchen Ausbeutung deutlich erhöht. Neu muss die «Erzwingung» neben den unangemessenen Preisen separat nachgewiesen werden, was in regulierten Märkten wie im Fernmeldebereich regelmässig nicht einfach zu bewerkstelligen sein wird.⁵

[Rz 4] Die Merkmale der Behinderung oder Ausbeutung in Art. 7 Abs. 1 KG sowie die differenzierte Beschreibung möglicherweise heikler Formen von Verhaltensweisen gemäss

¹ RPW 2010/2, S. 329 ff., BVGer Publigroupe, E. 7.1.1; RPW 2010/1, S. 116 ff., Weko ADSL-II, Rz. 322; RPW 2011/1, S. 96 ff., SIX Terminals, Rz. 299.

² MARKUS RUFFNER, Unzulässige Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen, in: AJP 7/96, S. 834 ff., S. 838.

³ RPW 2010/2, 329 ff., BVGer Publigroupe, E. 7.1.3.

⁴ Abweichungen zu diesem Grundsatz sind gemäss Art. 94 Abs. 4 BV möglich.

⁵ Vgl. BGE 137 II 199, E. 4.3; Im Rahmen der aktuellen Revision des Kartellgesetzes will der Ständerat den Begriff des «Erzwingens» mit dem Begriff der «Festlegung» ersetzen, um somit die Eingriffsschwelle etwas herabzusetzen (Sitzung vom 21. März 2013).

Art. 7 Abs. 2 KG sollten grundsätzlich als Aufgreifkriterien dienen. Die Diskriminierung von Handelspartnern stellt einen solchen Aufgreifstatbestand dar, wobei für die Frage der Unzulässigkeit einer solchen Diskriminierung darauf abzustellen ist, ob sie auch ökonomisch schädliche Effekte hat.⁶ Demgemäss kann die Form einer Verhaltensweise allein – abgesehen von offensichtlichen und klaren Fällen – nicht als Grundlage für den Entscheid über die Unzulässigkeit dienen.

[Rz 5] Nachfolgend wird aufgezeigt, welche Art von Diskriminierung welchem Typus von Entscheidungskriterien zugeordnet werden soll. Anhand der aktuellen Behörden- und Gerichts-Praxis wird ausgeführt, dass eine Diskriminierung für sich alleine – also ohne ökonomisch schädlichen Effekt – nicht als unzulässig angesehen werden kann, und dass eine Ungleichbehandlung im Rahmen des Behinderungsmissbrauchs zu prüfen ist (**Ziff. II.**). Anschliessend wird mittels der Besprechung der aktuellen Lehre aufgezeigt, warum eine Diskriminierung gemäss Art. 7 Abs. 2 lit. b KG – wenn überhaupt – nur die Behinderung von Handelspartnern (also z.B. Abnehmern), nicht aber von Wettbewerbern beinhaltet (**Ziff. III.**). Schliesslich werden Argumente gegen ein Verbot der sog. «reinen Diskriminierung» aufgeführt. Daraus lässt sich das Fazit ziehen, dass Art. 7 Abs. 2 lit. b KG im Beispielkatalog von Art. 7 Abs. 2 KG eben nur als ein Beispiel für einen Missbrauch genannt wird. Daher lässt sich eine Ungleichbehandlung von Handelspartnern wohl nur im Ausnahmefall als Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung gestützt auf diese litera b begründen (**Ziff. IV.**).

II. Praxis

[Rz 6] Nachfolgend werden die wichtigsten Fälle der Wettbewerbsbehörden und Gerichte aus den vergangenen Jahren im Bereich der kartellrechtlichen Diskriminierung dargestellt und kritisch gewürdigt. Auf das Tatbestandsmerkmal der marktbeherrschenden Stellung wird hierbei nicht eingegangen werden.

[Rz 7] Bei der Analyse der Praxis von Behörden und Gerichten wird deutlich, dass keine einheitlichen Begründungslinien existieren, sondern jeweils eine Einzelfallprüfung anhand individuell zugeschnittener Kriterien vorgenommen wird. Deshalb ist die nachfolgende Darstellung als Erfahrungsschatz für die Formulierung der zentralen Rechtsprobleme zu verstehen. Die Praxis ist dagegen nicht soweit gefestigt, dass eine Abgrenzung von Positionen verschiedener Instanzen sinnvoll erscheint.

1. Praxis der Wettbewerbsbehörden

1.1 Publikation von Arzneimittelinformationen

[Rz 8] Die Documed AG gibt das Arzneimittel-Kompendium der Schweiz («Kompendium») heraus, in welchem pharmazeutische Unternehmen die gesetzlich vorgeschriebene Publikation der Fachinformation ihrer Arzneimittel vornehmen können.⁷ Documed erbrachte ihre Dienstleistungen für die Publikation im Kompendium anhand eines zweistufigen Tarifs (Basispreis und Volumenpreis), wobei der Basisbetrag für diejenigen Kunden, die mehr als 90 Texte publizieren «nach Absprache» festgelegt wurde. Die Weko qualifizierte diese Preispolitik von Documed als missbräuchliche Diskriminierung, weil (i) der Volumenpreis für alle Kunden gleich war, obwohl der Bearbeitungsaufwand für neue und bisherige Einträge unterschiedlich gross war und (ii) der Basispreis zu grosse Unterschiede zwischen kleinen und grossen Kundenvolumen im Bereich von mehr als 90 Texten bewirke, was nach Ansicht der Behörde durch die Kosten nicht gerechtfertigt werden konnte. Die Weko erklärte die Ungleichbehandlung gleicher Sachverhalte und die Gleichbehandlung ungleicher Sachverhalte als diskriminierend. Zudem könne sich eine Diskriminierung sowohl gegen Handelspartner als auch gegen Wettbewerber richten.⁸ Nicht geprüft wurde durch die Weko, ob die festgestellte Diskriminierung auch einen Wettbewerbsnachteil für einzelne Handelspartner zur Folge hatte. Geprüft und im Ergebnis verneint wurden dagegen eine Erzwingung unangemessener Preise, ein Koppelungsgeschäft und eine Verweigerung von Geschäftsbeziehungen.⁹

[Rz 9] Zu diesem Fall ist zunächst festzuhalten, dass die Weko die Diskriminierung nicht in den Kontext von Art. 7 Abs. 1 KG stellte. Dies ist deshalb problematisch, weil die Weko keinen Vorwurf hinsichtlich Behinderung von Wettbewerbern erhob und die Ausbeutung der Marktgegenseite explizit ausschloss. Es scheint vielmehr, dass die Weko die Diskriminierung von Handelspartnern – unabhängig von der Generalklausel des Art. 7 Abs. 1 KG – als Missbrauch ansieht. Da seitens der Weko die Effekte der Diskriminierung auf den Wettbewerb nicht überprüft wurden, indiziert offenbar allein die Diskriminierung schon deren Missbräuchlichkeit. Eine sachliche Rechtfertigung wurde seitens der Weko nicht anerkannt. Schliesslich wurde direkt und sehr spezifisch in die Preispolitik von Documed eingegriffen, was in der Folge Unternehmen nach strenger Lesart dazu verpflichtet, sich in ihrer Preispolitik minutiös an ihren Kosten zu orientieren. Wie diese Kostenorientierung im Allgemeinen

⁶ Dies steht einer ex ante Betrachtung (ohne nachweisbare effektiv eingetretene negative Effekte) grundsätzlich nicht im Weg, sofern wahrscheinlich ist, dass sich aufgrund der konkreten Marktsituation ein Verhalten negativ auswirken wird.

⁷ RPW 2008/3, S. 385 ff., Weko, Documed, Rz. 1 ff.

⁸ RPW 2008/3, S. 385 ff., Weko, Documed, Rz. 139 ff.

⁹ U.a. gegenüber Documed wurde am 6. Dezember 2012 erneut eine Untersuchung eröffnet. Thema der neuen Untersuchung ist die Kommerzialisierung von elektronischen Medikamenteninformationen (vgl. Pressemitteilung der Weko vom 12. Dezember 2012).

ausgestaltet werden muss, blieb jedoch in der Verfügung für andere marktbeherrschende Unternehmen offen.¹⁰

1.2 ADSL-II

[Rz 10] Im Fall «ADSL-II»¹¹ beschäftigte sich die Weko, wie bereits im «ADSL-I Fall»¹², mit der Preispolitik der Swisscom AG bzw. der Swisscom Fixnet AG (zusammen «Swisscom»). In «ADSL-I» wurde seitens der Weko eine diskriminierende Rabattgestaltung, durch welche die Swisscom Tochter Bluewin bevorzugt wurde, als missbräuchliche Wettbewerbsbehinderung qualifiziert. In «ADSL-II» wandte die Weko einen Kosten-Preis-Schere-Test an und bejahte ebenfalls eine Diskriminierung, weil es den Konkurrenten der Swisscom Tochter Bluewin verunmöglicht würde, profitable DSL-Breitbandinternet-Dienstleistungen gegenüber Endkonsumenten anzubieten. Die gezielte Besser- oder Schlechterstellung bestimmter Geschäftspartner sei grundsätzlich unzulässig, sofern sich diese spürbar auswirke.¹³ Ein solcher Effekt wurde von der Weko unter dem Titel «Behinderung von Wettbewerbern» als nachgewiesen angesehen.¹⁴

[Rz 11] Der Vergleich zum Fall «Publikation von Arzneimittelinformationen» zeigt, dass die Diskriminierung ebenfalls als Behinderungsmissbrauch qualifiziert wurde, jedoch im Gegensatz zum Fall «Publikation von Arzneimittelinformationen» eine Behinderungswirkung vorausgesetzt wurde. Ausserdem waren ökonomisch fundierte Tests im Zentrum der Prüfung betreffend dieser Behinderungswirkung, wobei sich über die Einzelheiten dieses Falles trefflich streiten lässt.¹⁵ Für die vorliegende Problemstellung wäre indes interessant, wie zu entscheiden gewesen wäre, wenn die Kosten-Preis-Schere nicht vorgelegen hätte, Bluewin und ihren Wettbewerbern von Swisscom aber dennoch ungleiche Konditionen angeboten worden wären. Nach der Rechtsprechung im Fall «Publikation von Arzneimittelinformationen» würde allenfalls bereits dies eine unzulässige Ungleichbehandlung darstellen.¹⁶ Ein Kosten-Preis-Schere-Test wäre nach dieser Lesart somit nicht erforderlich, um den Missbrauch nachzuweisen. Nach neuer Auffassung der Weko muss dagegen immerhin eine Behinderungswirkung vorliegen.

1.3 SIX/Terminals

[Rz 12] In einem weiteren Fall befasst sich die Weko mit dem Vorwurf gegen die SIX Multipay AG (Teil der SIX Gruppe), diese habe ihre marktbeherrschende Stellung auf verschiedenen Acquiring-Märkten dazu benutzt, die Marktstellung der Schwestergesellschaft SIX Card Solutions AG («Card Solutions») auf dem Markt für Point-of-Sale-Kartenterminals zu stärken. Dies sei gemäss Weko dadurch erfolgt, dass Händler, welche einen Akzeptanzvertrag mit Multipay abgeschlossen hätten, eine Währungsumrechnungsfunktion nur dann benutzen konnten, wenn sie über ein Kartenterminal der Card Solutions verfügten. Durch die Weigerung seitens der SIX Multipay, IT-Schnittstelleninformationen an andere Kartenterminalhersteller weiterzugeben, wurde es Wettbewerbern von Card Solutions verunmöglicht, entsprechende Terminals herzustellen.¹⁷ Die Weko erläuterte in Bezug auf Art. 7 KG, dass missbräuchlich behinderndes Verhalten aktuelle Wettbewerber schwächen würde, diese verdränge oder der Markteintritt potentieller Wettbewerber be- bzw. verhindert werde. Gemäss Art. 7 Abs. 2 lit. b KG seien marktbeherrschende Unternehmen an das Gleichbehandlungsgebot gebunden, welches verletzt sei, wenn kumulativ (i) eine Diskriminierung vorliege, welche (ii) Handelspartner betreffe und (iii) gegen Wettbewerber (Behinderung) oder die Marktgegenseite (Ausbeutung) (iv) ohne sachliche Rechtfertigung gerichtet sei.¹⁸

[Rz 13] Die Diskriminierung, bei der (ähnlich wie im ADSL-II Fall) nur die Behinderung, nicht aber eine etwaige Ausbeutung geprüft wurde, bejahte die Weko neben einigen anderen Missbrauchsarten, insbesondere der Verweigerung von Geschäftsbeziehungen gemäss Art. 7 Abs. 2 lit. a KG. Die Argumentation hinsichtlich der Diskriminierung und der Verweigerung von Geschäftsbeziehungen war hierbei im Wesentlichen dieselbe. Wie im Fall ADSL-II war bei SIX/Terminals ein vertikal integriertes Unternehmen betroffen, welches auf den vor- bzw. nachgelagerten oder benachbarten Märkten marktbeherrschend war und seinen konzernverbundenen Geschäftsbetrieb gegenüber konzernfremden Unternehmen bevorzugt behandelte. Aus diesem Umstand wird ersichtlich, dass es in beiden Fällen im Grunde um Behinderungen von Wettbewerbern ging. Bei einer ausnahmsweise vorhandenen Kontrahierungspflicht nach Art. 7 Abs. 2 lit. a KG müssen zwar auch zumindest teilweise die essentialia negotii geregelt werden, um die Kontrahierungspflicht um- bzw. durchsetzen zu können. Diesbezüglich kann sich die konzerninterne Geschäftsbeziehung bei vertikal integrierten Unternehmen als Benchmark anbieten.¹⁹ Daraus folgt jedoch

¹⁰ Vgl. die Besprechung dieses Falles von VALÉRIE JUNOD, *Abus de position dominante et abus de position étatique*, in: Trigo Trinade/Peter/Bovet [Hrsg.], *Economie, environnement, éthique: de la responsabilité social et sociétale: liber amicorum Anne Petitpierre-Sauvain*, Zürich 2009, S. 209 ff.

¹¹ RPW 2010/1, S. 166 ff., Weko ADSL-II.

¹² RPW 2004/2, S. 407 ff., Weko ADSL-I.

¹³ RPW 2004/2, S. 407 ff., Weko ADSL-I, Rz. 201.

¹⁴ RPW 2004/2, S. 407 ff., Weko ADSL-I, Rz. 322 f.

¹⁵ Dieser Fall ist nicht rechtskräftig; zur Kritik beispielsweise MARC AMSTUTZ, *Wirtschaftsregulierung durch Kartellrecht?*, in: Amstutz/Hochreutener/Stoffel [Hrsg.], *Die Praxis des Kartellgesetzes im Spannungsfeld von Recht und Ökonomie*, Zürich 2011, S. 151 ff.

¹⁶ Vgl. Fn 7.

¹⁷ RPW 2011/1, S. 96 ff., Weko SIX Terminals.

¹⁸ RPW 2011/1, S. 96 ff., SIX Terminals, Rz. 300 und 484 f.; dieser Fall ist nicht rechtskräftig.

¹⁹ Vgl. auch RPW 2011/1, S. 87 ff., Switch, Rz. 55. Dabei stellt sich jedoch die Frage, ob eine Preiskontrolle im Rahmen Missbrauchsaufsicht zur Behinderung erstrebenswert ist; vgl. dazu AMSTUTZ, *Wirtschaftsregulierung*

nicht, dass jedes marktbeherrschende Unternehmen, insbesondere jene, die keiner Kontrahierungspflicht unterstehen und nicht vertikal integriert sind, die jeweiligen Handelspartner schematisch gleich behandeln muss.²⁰

1.4 Switch/Switchplus

[Rz 14] Das Sekretariat der Weko hat sich zum Thema Diskriminierung in zwei aktuellen Schlussberichten geäußert. Davon beschäftigte sich einer mit Switch. Die Switch ist u.a. für die Zuteilung und Verwaltung der Domain «.ch» untergeordneten Domain-Namen zuständig.²¹ Ihre Tochtergesellschaft Switchplus bietet Hosting-Dienstleistungen und Domain-Namen-Registrierung an. Gegenstand der Vorabklärung durch das Sekretariat der Weko war eine angebliche Bevorzugung der Tochtergesellschaft durch die Muttergesellschaft im Vergleich zu anderen Marktteilnehmern. Dieser Vorwurf hielt der anschliessenden Prüfung des Sekretariats nicht stand; eine Ungleichbehandlung konnte nicht festgestellt werden. Im Bezug auf Art. 7 Abs. 2 lit. b KG hielt das Sekretariat fest, marktbeherrschende Unternehmen seien gemäss dieser Bestimmung an das Gleichbehandlungsgebot gebunden. Hieraus folge, dass ein marktbeherrschendes Unternehmen seine Wettbewerber zu Bedingungen beliefern müsse, die nicht ungünstiger seien als diejenigen für eigene Wirtschaftseinheiten (z.B. ein Tochterunternehmen).²²

[Rz 15] Der Schlussbericht in Sachen Switch/Switchplus hat in Bezug auf diese allgemeinen Erwägungen keine allzu hohe Relevanz, da im Ergebnis kein Missbrauch festgestellt wurde. Jedoch ist bemerkenswert, dass das Sekretariat das Merkmal der Diskriminierung weit auslegt und insbesondere bei vertikal integrierten Strukturen wohl nahezu schematisch von einer Gleichbehandlungspflicht marktbeherrschender Unternehmen ausgeht.

1.5 Erdgas Zentralschweiz AG

[Rz 16] Der Schlussbericht «Erdgas Zentralschweiz AG» beinhaltet die Prüfung eines gemäss Art. 49a Abs. 3 lit. a KG gemeldeten Sachverhalts. Im Wesentlichen ging es darum, ob eine unterschiedliche Berechnung des Gasnetznutzungsentgeltes hinsichtlich eines konkreten Handelspartners gegenüber den Aktionären der Erdgas Zentralschweiz AG missbräuchlich war.²³ Nach Ansicht des Sekretariats setzte sich die kartellrechtlich relevante Diskriminierung aus folgenden Voraussetzungen zusammen: Ungleichbehandlung, Betroffenheit des Handelspartners, Behinderung, keine sachliche Rechtfertigung.²⁴ Beim Prüfungspunkt

Wettbewerbsbehinderung wurde festgehalten, ein Kunde mit gleichbleibendem Bedarf sei nach der neuen Berechnungsmethode zum Netznutzungsentgelt schlechter gestellt als vorher.²⁵ Daher führe das gemeldete Verhalten zu einer Behinderung. Obwohl ein Diskriminierungsvorwurf gemacht wurde, verglich das Sekretariat die unterschiedlichen Preise offenbar nicht mit einander, sondern nahm direkt eine Preissteigerung an – ohne Referenz auf die Preisentwicklung gegenüber den Aktionären der Erdgas Zentralschweiz AG. Da die Erdgas Zentralschweiz AG das gemeldete Verhalten rückwirkend wieder aufhob, verzichtete das Sekretariat auf eine weitere Verfolgung des Falles.

[Rz 17] Das Sekretariat vermischte in dieser Sache den Behinderungsmissbrauch gegenüber Wettbewerbern mit der Diskriminierung von Handelspartnern. Zwar spricht das Sekretariat von einer Ungleichbehandlung von Handelspartnern, jedoch stellt der Sachverhalt eher einen Anwendungsfall für eine Behinderung von Wettbewerbern dar. Daher sollten auch die entsprechenden Kriterien für den Entscheid über die Unzulässigkeit herangezogen werden (insbesondere sog. raising rivals' cost). Diesbezüglich machte das Sekretariat einen Schritt in die richtige Richtung, indem die einen einzelnen Kunden betreffende Preissteigerung thematisiert wurde. Jedoch folgt aus dieser Preissteigerung nicht zwingend eine Behinderung gegenüber Aktionären der untersuchten Erdgas Zentralschweiz AG. Dazu müssten wohl die Kosten und auch das Preisberechnungsmodell in Bezug auf alle Handelspartner genauer beleuchtet und verglichen werden.

2. Rechtsprechung der Gerichte

2.1 Terminierungspreise im Mobilfunk

[Rz 18] Das Bundesverwaltungsgericht hob die Rekordsanktion von CHF 333'365'685.–, welche die Weko der Swisscom Mobile AG im Fall «Terminierungspreise im Mobilfunk» auferlegt hatte, auf die Beschwerde der Swisscom hin auf. Die Begründung für diese Aufhebung fusste im Kern darauf, dass die Terminierungspreise nicht missbräuchlich ausbeuterisch waren. Das Bundesverwaltungsgericht kam zu dieser Überzeugung, da für die allenfalls ausgebeuteten Unternehmen die Möglichkeit bestanden habe, beim zuständigen Sektorregulator ein Gesuch um Preisfestsetzung einzureichen, wodurch es nach Ansicht des Bundesverwaltungsgerichts am Element der Erzwingung des unangemessenen Preises fehlte.²⁶ Obwohl dieser Fall von einem Ausbeutungs- und nicht von einem Behinderungsmissbrauch handelte, ist er trotzdem für das vorliegende Thema bedeutend: Das Bundesverwaltungsgericht stellte fest, die Generalklausel des Art. 7 Abs. 1 KG vermöge angesichts ihrer inhaltlichen Offenheit

durch Kartellrecht?, a.a.O., S. 167 ff.

²⁰ Vgl. unten Rz. 35/37.

²¹ RPW 2011/1, S. 87 ff., Sekretariat Switch/Switchplus.

²² RPW 2011/1, S. 87 ff., Sekretariat Switch/Switchplus, Rz. 49–50.

²³ RPW 2012/3, S. 459 ff., Sekretariat Erdgas Zentralschweiz AG.

²⁴ RPW 2012/3, S. 459 ff., Sekretariat Erdgas Zentralschweiz AG, Rz. 73.

²⁵ Diese Berechnung wird im Schlussbericht nicht transparent gemacht.

²⁶ RPW 2010/2, S. 242 ff., BVGer Terminierung.

für sich alleine betrachtet nicht den rechtsstaatlichen Minimalanforderungen des in Art. 7 Abs. 1 1. Satz EMRK verankerten Legalitätsprinzips zu entsprechen. Dagegen sei die Auslegung von Art. 7 Abs. 1 KG i.V.m. mit der Ausbeutung gemäss Art. 7 Abs. 2 lit. c KG mit den Vorgaben der EMRK vereinbar.²⁷

[Rz 19] Das Bundesverwaltungsgericht erkannte das Spannungsverhältnis zwischen Art. 7 KG und dem Legalitätsprinzip und hielt fest, es könnten nur die in Art. 7 Abs. 2 KG explizit aufgelisteten Beispiele von missbräuchlichen Verhaltensweisen direkt sanktioniert werden.²⁸ Diese Einschränkung ist grundsätzlich begrüssenswert. Jedoch sind zwei Hinweise anzufügen: Erstens zeigt die Einschränkung faktisch wohl nur geringe Wirkung, weil bisher äusserst selten Verbote bzw. Sanktionen lediglich aufgrund von Art. 7 Abs. 1 KG ausgesprochen wurden. Zweitens konkretisiert Art. 7 Abs. 2 lit. c KG die Generalklausel des Art. 7 KG lediglich hinsichtlich des Begriffs der Erzwingung. Was eine Ausbeutung genau ist und vor allem, welche Intensität sie erreichen muss, um als missbräuchlich zu gelten, ist weder aus dem Wortlaut des Art. 7 Abs. 2 lit. c KG noch aus der Generalklausel ableitbar. Daher ist von Fall zu Fall zu prüfen, ob dem Legalitätsprinzip bei einer direkten Sanktionierung auch durch die einheitliche Auslegung der beiden Absätze des Art. 7 KG genügend Rechnung getragen wird.

[Rz 20] Das Bundesgericht wies die gegen den Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts erhobene Beschwerde ab.²⁹ Da es den Fokus aber auf die Voraussetzung der Erzwingung gemäss Art. 7 Abs. 2 lit. c KG legte und eine solche ebenfalls verneinte, hat dieser Fall für die vorliegende Fragestellung der Diskriminierung als Behinderungsmissbrauch geringe Bedeutung.³⁰

2.2 Publigroupe

[Rz 21] Im Fall «Publigroupe» wurde die Behinderung von Inseratevermittlern im Printbereich durch die Publigroupe SA untersucht.³¹ Das Bundesverwaltungsgericht bestätigte im Wesentlichen die Begründung der Weko zur Diskriminierung von Inseratevermittlern. Es wurde festgestellt, dass Publigroupe über den von ihr beherrschten Verband Schweizerischer Werbegesellschaften VSW den Zugang von unabhängigen Inseratevermittlern zum von ihr beherrschten

Markt für die Vermittlung und den Verkauf von Inserate- und Werberaum in Printmedien erschwert habe. Publigroupe ist selber bzw. über ihre Tochtergesellschaften auf derselben Marktebene tätig. In den allgemeinen Ausführungen der Entscheidung zu Art. 7 Abs. 2 lit. b KG wurde die Diskriminierung von Handelspartnern durch unangemessene Preise als Zugangsverweigerung oder Zugangerschwerung interpretiert.³² Das Bundesverwaltungsgericht prüfte die einzelnen umstrittenen Punkte der Richtlinien für die Kommissionierung von Berufsmittlern (Unabhängigkeit, Universalvermittlung, Umsatzschwelle) jeweils auf deren zugangsbeschränkende Wirkung und auf allfällige Rechtfertigungen. Im Ergebnis bejahte das Bundesverwaltungsgericht die missbräuchliche Diskriminierung.³³ Schliesslich wiederholte das Gericht seine Erwägungen aus dem Fall «Terminierungspreise im Mobilfunk» hinsichtlich des Legalitätsprinzips und wandte diese Erwägungen auf die Diskriminierung gemäss Art. 7 Abs. 2 lit. b KG an.³⁴

[Rz 22] Hinsichtlich der verallgemeinernden Erwägung zum Legalitätsprinzip vermag das Bundesverwaltungsgericht nicht zu überzeugen. Auch wenn die Unzulässigkeit des Verhaltens von Publigroupe im konkreten Fall aufgrund der Verfahrensgeschichte voraussehbar gewesen wäre³⁵, gilt dies im Normalfall einer Ungleichbehandlung gerade nicht.³⁶ Allenfalls ist diese Erwägung des Bundesverwaltungsgerichts auch vor dem Hintergrund zu sehen, dass der Fall in Bezug auf die Behinderung relativ klar erschien. Die Berufsmittler bzw. Inseratevermittler wurden nicht nur ein wenig behindert, sondern ihnen wurde aufgrund der Richtlinien teilweise anscheinend schlichtweg der Marktzutritt verweigert.

[Rz 23] Das Bundesgericht hielt fest, dass die Diskriminierung gemäss Art. 7 Abs. 2 lit. b KG dann missbräuchlich sei, wenn sie eine Ausbeutung bzw. Behinderung i.S. der Generalklausel von Art. 7 Abs. 1 KG darstelle und keine sachlichen Gründe zur Rechtfertigung vorlägen. Diskriminiert würden Handelspartner, die im Verhältnis zum Marktbeherrscher auf einer vor- oder nachgelagerten Wirtschaftsstufe stünden und mit diesem im geschäftlichen Kontakt seien. Ferner wird

²⁷ RPW 2010/2, S. 242 ff., BVGer Terminierung, E. 4.5.1 und 4.5.2.

²⁸ Obwohl sich das Bundesverwaltungsgericht nur hinsichtlich Art. 7 Abs. 2 lit. c KG äusserte, gilt dies wohl auch für die anderen Tatbestände des Beispielkatalogs von Art. 7 Abs. 2 KG; vgl. auch den Fall Publigroupe, Fn 7.

²⁹ BGE 137 II 199.

³⁰ Zur Kritik vgl. ROLF H. WEBER, «Erzwingung unangemessener Preise» – Wohin geht der Weg?, in: Jusletter 1. November 2010; OLIVER VAHRENHOLT, Das Tatbestandsmerkmal des «Erzwingens» in EVD/Swisscom (Schweiz) AG, in: SZW 5/2011, S. 497 ff.; MARC AMSTUTZ, «Terminierungspreise im Mobilfunk» Bundesgericht vom 11. April 2011, in: sic! 9/2011, S. 530 ff.

³¹ RPW 2010/2, 329 ff., BVGer Publigroup.

³² RPW 2010/2, S. 329 ff., BVGer Publigroupe, E. 7.1.2.

³³ RPW 2010/2, S. 329 ff., BVGer Publigroupe, E. 7.3.

³⁴ RPW 2010/2, S. 329 ff., BVGer Publigroupe, E. 8.1.

³⁵ RPW 2010/2, S. 329 ff., BVGer Publigroupe, E. 8.1.6.4.

³⁶ Der vom Bundesgericht in diesem Zusammenhang herangezogenen Analogie zu unscharfen Begriffen im Kernstrafrecht (vgl. BGE 2C_484/2010 vom 29. Juni 2012, E. 8.2.3) ist entgegen zu halten, dass für ein Unternehmen kaum bedeutende schädliche Effekte denkbar sind, wenn es sich bei Unsicherheiten von Normen im Kernstrafrecht zurückhaltend gibt. Dagegen können marktbeherrschende Unternehmen auf wettbewerbliche Verhaltensweise nicht immer rundweg verzichten. Marktbeherrschende Unternehmen müssen ihre Preise gestalten und haben bei strikter Handhabung des Diskriminierungstatbestands keine Möglichkeit dies mit Sicherheit in zulässiger Weise zu tun. Ausserdem birgt Rechtsunsicherheit den sog. chilling effect, wodurch auch wettbewerblich erwünschte Verhaltensweisen aus Furcht vor Sanktionen unterbleiben.

sinngemäss ausgeführt, negative Effekte einer Diskriminierung könnten einerseits auf der vor- oder nachgelagerten Wirtschaftsstufe des Handelspartners und andererseits indirekt auch auf der Ebene des marktbeherrschenden Unternehmens selbst auftreten. Insofern sei eine Beeinträchtigung der Handelspartner nicht unbedingt erforderlich, um diskriminierende Preise und Geschäftsbedingungen als missbräuchlich erscheinen zu lassen.³⁷

[Rz 24] Zunächst ist zu unterstreichen, dass das Bundesgericht die Diskriminierung im Zusammenhang mit dem Behinderungs- bzw. Ausbeutungsmissbrauch sieht. Eine Diskriminierung eigener Art und losgelöst von den allgemeinen Missbrauchskriterien des Art. 7 Abs. 1 KG wird in der Entscheidung nicht einmal diskutiert. Ausserdem erkennt das Bundesgericht an, die Beeinträchtigung auf der vor- oder nachgelagerten Wirtschaftsstufe werde als hauptsächlicher Anwendungsfall von Art. 7 Abs. 2 lit. b KG gesehen.³⁸ Trotzdem will das höchste Gericht eine solch enge Auslegung nicht ganz gelten lassen. Denkbar wäre, dass damit das Risiko einer Lücke vermieden werden soll. Wie noch aufzuzeigen sein wird, wären solche Bedenken jedoch unbegründet: Horizontale Behinderungseffekte von Verhaltensweisen eines marktbeherrschenden Unternehmens können selbstverständlich immer innerhalb von Art. 7 KG geprüft werden. Die zentrale Frage ist jedoch, an welchen Kriterien bzw. mittels welcher Tests der Missbrauch zu messen ist.

4. Zusammenfassung

[Rz 25] Die Darstellung der Fälle aus der Praxis zeigt eine grosse Vielfalt verschiedener Begründungslinien für den (vermeintlich) selben Tatbestand. Voraussetzungen der Diskriminierung als Missbrauchstatbestand werden nicht einheitlich, sondern auf den jeweiligen Fall zugeschnitten definiert. Dies ist vor dem Hintergrund der vielfältigen wirtschaftlichen Effekte von Ungleichbehandlungen auf den verschiedenen Märkten zu verstehen. Mit ein und derselben Verhaltensweise können je nach Fall ganz unterschiedliche Effekte erzielt werden. Zum Beispiel ist es theoretisch möglich, dass mit einer Ungleichbehandlung einige Handelspartner ausgebeutet und gleichzeitig Wettbewerber behindert werden. Dahingehend ist wohl die Erwägung des Bundesgerichts zu verstehen, eine Diskriminierung könne als Behinderung oder auch als Ausbeutung angesehen werden.³⁹ Dabei wird indessen übersehen, dass der Ausbeutungsmissbrauch auf eine starke Abweichung der Preise gegenüber den Kosten abzielt. Ob diesbezüglich Handelspartner ungleichbehandelt werden, ist unter dem Aspekt der Ausbeutung irrelevant.⁴⁰

Dementsprechend legt das Bundesverwaltungsgericht hinsichtlich Art. 7 Abs. 2 lit. b KG zutreffend den Fokus auf den Behinderungsmissbrauch.⁴¹

[Rz 26] Da die in Art. 7 Abs. 2 KG ausgeführten Beispiele ohnehin nicht losgelöst von der Generalklausel dessen Absatz 1 ausgelegt werden sollten⁴², ist die Einordnung auf Ebene der Aufgreifkriterien (welche Verhaltensweisen werden auf einen möglichen kartellrechtlichen Missbrauch geprüft) zweitrangig. Entscheidend ist hingegen, an welchem Massstab ein aufgegriffenes Verhalten zu messen ist. In Bezug auf die Ausbeutung – auch im Rahmen einer preislichen Differenzierung – ist jedenfalls nicht die allfällige Ungleichbehandlung ausschlaggebend, sondern, ob das marktbeherrschende Unternehmen durch überhöhte Preise eine Monopolrente abschöpfen kann bzw. die Marktgegenseite missbräuchlich schröpft.⁴³

[Rz 27] Als zweites dogmatisches Problem wird in der Rechtsprechung die Behinderungswirkung auf verschiedenen Marktebenen thematisiert. In diesem Zusammenhang ist zunächst festzuhalten, dass nach aktueller Rechtsprechung Behinderungswirkungen nachgewiesen werden müssen, um eine differenzierte Behandlung von Handelspartnern als missbräuchliche Diskriminierung zu qualifizieren. Dies wird auch von den Gerichten gefordert, wobei im Falle offensichtlicher Behinderungen hinsichtlich des Marktzutritts wie im Fall «Publigroupe» keine eingehende Prüfung der negativen Effekte erforderlich erscheint. Der Fall «Publikation von Arzneimittelinformationen», in welchem Behinderungswirkungen überhaupt nicht geprüft wurden, dürfte diesbezüglich eine singuläre Erscheinung darstellen. In Bezug auf die Ebene der Behinderungswirkungen sind aus der Rechtsprechung keine einheitlichen Aussagen ableitbar. Dies hängt wohl auch damit zusammen, dass praktisch alle oben besprochenen Fälle Verhaltensweisen vertikal integrierter Unternehmen betreffen. Es wurden also Behinderungen von Wettbewerbern solcher Unternehmen angeprangert, welche mit einem marktbeherrschenden Unternehmen verbunden waren.⁴⁴

[Rz 28] Zusammenfassend folgt aus der aktuellen Rechtsprechung, dass die gesetzlich verpönte Diskriminierung nicht isoliert angewandt werden darf, sondern als ein mögliches Instrument für eine missbräuchliche Behinderung in Betracht kommt. Der Missbrauch wird dabei anhand von

vgl. auch MARK ARMSTRONG, Price Discrimination, in: Paolo Buccirossi, Handbook of Antitrust Economics, Cambridge 2008, S. 433.

⁴¹ Siehe oben Rz. 21.

⁴² RPW 2010/2, 242 ff., BVGer Terminierung, E. 4.5.2.

⁴³ Vgl. PETER REINERT, in: Stämpfli Handkommentar Kartellgesetz, Bern 2007, N 26 zu Art. 7; ROBERTO DALLAFIORI, in: Eric Homburger et al. (Hrsg.), Kommentar Kartellgesetz, Zürich 1997, N 113 ff. zu Art. 7 Abs. 2; vgl. auch PHILIPP ASBACH, Treuerabatte und Rabatte mit Treuwirkung als Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung gemäss Art. 102 AEUV, Diss. Kiel, Hamburg 2011, S. 230

⁴⁴ Ein Ausnahme stellt dabei wiederum der Fall Documed dar (Fn 7).

³⁷ BGE 2C_484/2010 vom 29. Juni 2012, E. 10.2.2.

³⁸ BGE 2C_484/2010 vom 29. Juni 2012, E. 10.2.2, 2. Absatz.

³⁹ BGE 2C_484/2010 vom 29. Juni 2012, E. 10.2.2, 1. Absatz.

⁴⁰ Dies wurde u.a. im Fall Documed verdeutlicht, weil auch insgesamt höhere, aber diskriminierungsfreie Preise mit der einvernehmlichen Regelung im Einklang stünden. RPW 2008/3, 385 ff., Weko, Documed, Dispositiv;

Behinderungseffekten analysiert. Wie bei allen nach Art. 7 KG überprüften Verhaltensweisen sind auch sachliche Gründe gegenüber der Ungleichbehandlung abzuwägen.

[Rz 29] Zu klären ist im Folgenden, ob Art. 7 Abs. 2 lit. b KG überhaupt auf Behinderungen infolge von Ungleichbehandlungen zugeschnitten ist (**Ziff. III.**). Im Anschluss soll der Frage nachgegangen werden, worin die Bedenken bei einer «reinen» Diskriminierung von Handelspartnern bestehen und, ob ein entsprechendes kartellrechtliches Verbot sachgerecht erscheint (**Ziff. IV.**).

III. Diskriminierung und Wettbewerber

1. Verschiedene Arten von Diskriminierung

[Rz 30] Das Bundesgericht unterscheidet im Fall «Publigroupe» zwei Ebenen, auf welchen eine Diskriminierung ihre Wirkungen entfalten kann. Daher drängt es sich auf, diese beiden Ebenen genauer zu untersuchen. Der Wortlaut des Art. 7 Abs. 2 lit. b KG zielt auf die direkte Diskriminierung von Handelspartnern. Wenn Behinderungswirkungen auf dem Markt der Handelspartner untersucht werden, sind Effekte auf der zweiten Marktstufe beachtlich (sog. secondary-line competition).⁴⁵ Mit anderen Worten ist nicht der beherrschte Markt hinsichtlich der Behinderungswirkung relevant, sondern ein dem Marktbeherrscher vor- oder nachgelagerter Markt. Eine solche Behinderungswirkung bringt für den Marktbeherrscher grundsätzlich keinen wettbewerblichen Vorteil, weil er von einer Verdrängung oder vom Ausschluss von Handelspartnern auf dem vor- oder nachgelagerten Markt nicht profitiert. Immerhin kann er beispielsweise mit einer Preisdifferenzierung seinen Gewinn optimieren; ansonsten wäre sein Verhalten ökonomisch nicht rational. Eine solche gewinnorientierte Preisgestaltung ist jedoch im Vergleich zu seinen Wettbewerbern als normales Wettbewerbsverhalten (competition on the merits) zu verstehen. In Bezug auf Handelspartner der zweiten Marktstufe sind dagegen negative Effekte denkbar. Zum Beispiel könnte ein Wettbewerber auf der zweiten Marktstufe aus einer Preisdifferenzierung einen Vorteil ziehen und somit im Extremfall den Preis gegenüber einem ebenso effizienten Mitbewerber unter dessen Kosten senken.

[Rz 31] In der oben dargestellten Fallpraxis sind Diskriminierungsfälle auf der Ebene des sog. «secondary-line competition» rar. Einzig der Fall «Publikation von Arzneimittelinformationen» beschäftigt sich mit dieser Marktebene, wobei Behinderungswirkungen gerade nicht geprüft wurden. Der beschriebene Extremfall einer Preissenkung unter die Kosten eines ebenso effizienten Mitbewerbers wäre in diesem Fall auch nicht möglich: Die Kosten für die Publikation der Fachinformationen über Arzneimittel machen zweifellos

nur einen sehr geringen Anteil der Produktionskosten von Arzneimittelherstellern aus. Die Fallpraxis zeigt, dass viel häufiger horizontale Effekte geprüft wurden. Dies liegt daran, dass die marktbeherrschenden Unternehmen in den dargestellten Fällen meist vertikal integriert waren. Bei der Bevorzugung eines mit dem Marktbeherrscher verbundenen Unternehmens wird die wettbewerbsrelevante Strategie einer Diskriminierung sofort klar: Ein solch bevorzugtes Unternehmen verfügt über einen Vorteil, der indirekt auch dem marktbeherrschenden Unternehmen selbst zugutekommt. Dieses kann somit – ähnlich wie beim Koppelungsmissbrauch gemäss Art. 7 Abs. 2 lit. f KG – seine beherrschende Stellung von «seinem» Markt auf einen vor- oder nachgelagerten Markt ausweiten. Anders formuliert kann ein marktbeherrschendes Unternehmen demnach seine Marktmacht dazu missbrauchen, einen weiteren (noch) funktionierenden Markt zu monopolisieren. Da Wettbewerber auf dem funktionierenden vor- oder nachgelagerten Markt unabhängig von ihrer Effizienz nicht über dieselben Mittel verfügen und daher verdrängt oder ausgeschlossen werden können, sind volkswirtschaftlich erhebliche schädliche Effekte zu befürchten. Aus diesen Überlegungen wird deutlich, dass das Motiv für eine Ungleichbehandlung von Handelspartnern je nachdem variiert, ob diese Handelspartner mit dem Marktbeherrscher bzw. einem diesem verbundenen Unternehmen im Wettbewerb stehen oder nicht.

[Rz 32] Neben den erwähnten Arten der Diskriminierung ist eine weitere Gruppe zu nennen, für welche folgende Annahme getroffen wird: Ein marktbeherrschendes Unternehmen gewährt seinen Handelspartnern einen Treuerabatt für exklusiven Bezug bei ihm. Ein Treuerabatt stellt eine Preisdifferenzierung hinsichtlich unterschiedlicher Handelspartner dar. Wenn ein Handelspartner seinen Bedarf nicht exklusiv über ein einziges Unternehmen decken will, entgeht ihm im gebildeten Fall der Treuerabatt, und er ist gegenüber denjenigen Handelspartnern, die vom Treuerabatt profitieren, allenfalls benachteiligt. Typischerweise ist diese direkte Benachteiligung jedoch von untergeordneter Bedeutung. Viel gewichtiger sind die indirekten Effekte auf die Wettbewerber des Marktbeherrschers. Diese können nicht mit dem preislichen Angebot des marktbeherrschenden Unternehmens mithalten, wenn der Treuerabatt wie eine Alleinbezugs Klausel wirkt.⁴⁶ Ist also zum einen eine preisliche Differenzierung auf Ebene der Handelspartner nicht geeignet, den Wettbewerb zu beschränken oder wäre sie sogar im Verhältnis zu den Handelspartnern sachlich gerechtfertigt. Wird mit einer solchen Differenzierung zum anderen gleichzeitig eine Wettbewerbsbeschränkung von Wettbewerbern des marktbeherrschenden Unternehmens erzeugt, sind die Effekte auf der

⁴⁵ RUFFNER, a.a.O., S. 842.

⁴⁶ Zum Treuerabatt vgl. MICHAEL TSCHUDIN, Rabatte als Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung gemäss Art. 7, Diss. Fribourg, Basel 2011, S. 226 f.

Marktebene des Marktbeherrschers zu prüfen (primary-line competition).⁴⁷

[Rz 33] Zusammenfassend sind demnach drei Arten von Diskriminierungen zu unterscheiden: Erstens, indirekte Behinderung von Wettbewerbern des Marktbeherrschers mittels differenzierter Behandlung von Handelspartnern (z.B. Treuerabatt ohne vertikale Integration des Marktbeherrschers, nachfolgend **Ziff. III. 2**). Zweitens, direkte Benachteiligung von Wettbewerbern eines mit dem Marktbeherrscher verbundenen (bevorzugten) Unternehmens, die gleichzeitig Handelspartner des marktbeherrschenden Unternehmens sind (horizontale Effekte hinsichtlich eines vertikal integrierten Marktbeherrschers; nachfolgend **Ziff. III. 3**). Drittens, die sog. «reine» Diskriminierung von Handelspartnern, welche in keinerlei Wettbewerbsverhältnis mit dem konzernverbundenen (bevorzugten) Unternehmen des Marktbeherrschers stehen (Effekte auf dem vor- oder nachgelagerten Markt ohne vertikale Integration des Marktbeherrschers; nachfolgend **Ziff. IV**).

2. Behinderung von Wettbewerbern

[Rz 34] Wie bereits angedeutet, ist die Zuordnung von verschiedenen missbräuchlichen Verhaltensweisen zu den in Art. 7 Abs. 2 KG genannten Beispiele weniger bedeutend als die Frage, an welchem Massstab die Frage der Unzulässigkeit zu messen ist. Eine Grundlage für die Bejahung des Vorliegens volkswirtschaftlich schädlicher Effekte ist im Wortlaut der in Art. 7 Abs. 2 KG aufgeführten Beispiele gerade nicht enthalten.⁴⁸ Dies ist auch deshalb der Fall, weil der Katalog des Art. 7 Abs. 2 KG nicht unabhängig von der Generalklausel in Art. 7 Abs. 1 KG betrachtet werden kann. Allerdings kann mit der Wahl eines ungeeigneten Aufgreifkriteriums die Prüfung eines Missbrauchs erschwert werden. Aus diesem Grund und für ein besseres Verständnis der Unterschiede von Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen rechtfertigt sich eine gewisse Abgrenzung innerhalb der Missbrauchskontrolle.

[Rz 35] Bei der Betrachtung von Effekten auf der von einem Unternehmen beherrschten Marktstufe sind negative Auswirkungen auf die Handelspartner (auf der zweiten Marktstufe) irrelevant. Die Ungleichbehandlung von Handelspartnern an sich wird nicht angeprangert, sondern deren indirekte Auswirkungen auf Wettbewerber des Marktbeherrschers.⁴⁹ Daher wird in der Lehre vorgebracht, diese Art von Ungleichbehandlungen oder Diskriminierungen sollte nicht aufgrund Art. 7 Abs. 2 lit. b KG beurteilt werden, sondern gemäss den für die behindernde oder ausschliessende Strategie

einschlägigen Regeln.⁵⁰ Dies kann anhand des folgenden Beispiels verdeutlicht werden: Wenn ein marktbeherrschendes Unternehmen einen einzelnen Handelspartner nicht beliefert, ist dieses Verhalten nach den Regeln über die Verweigerung von Geschäftsbeziehungen gemäss Art. 7 Abs. 2 lit. a KG (Stichwort essential facility Doktrin⁵¹) zu prüfen. Die Frage der entsprechenden Kontrahierungspflicht ist dabei unabhängig von der Frage der gleichen- oder ungleichen Behandlung von Handelspartnern zu beantworten. Wollte man hierzu die Gegenposition einnehmen, müsste eine Kollisionsregel zwischen dem Test «Ungleichbehandlung» und dem Test «essential facility» formuliert werden, denn eine Verweigerung von Geschäftsbeziehungen ist praktisch immer mit einer ungleichen Behandlung verbunden. Eine ungleiche Behandlung hingegen ist nicht immer zwingend mit einer Verweigerung von Geschäftsbeziehungen gleichzusetzen. Würde man also auf die Ungleichbehandlung abstellen, wäre die Frage nach der Kontrahierungspflicht obsolet: Das marktbeherrschende Unternehmen müsste einfach alle Handelspartner gleich behandeln und somit auch nach den gleichen Bedingungen beliefern. Daher sagt die Ungleichbehandlung für sich alleine über die Zulässigkeit einer Verweigerung von Geschäftsbeziehungen kaum etwas aus.⁵² Hieraus folgt, dass bei einer Behinderung von Wettbewerbern immer die einschlägigen Tests im Bezug auf die Behinderungswirkung herangezogen werden müssen. Dies gilt auch für den Fall, dass eine Behinderung mittels einer Ungleichbehandlung von Handelspartnern erreicht wird.

3. Vertikal integrierte Unternehmen

[Rz 36] Wie aufgezeigt, können vertikal integrierte Unternehmen im Rahmen von Geschäftsbeziehungen mit Handelspartnern direkt Behinderungseffekte erzeugen, indem sie diese Handelspartner gegenüber ihnen verbundenen Unternehmen benachteiligen. In Bezug auf die Einordnung in den Beispielkatalog des Art. 7 Abs. 2 KG gelten hier die Überlegungen in Bezug auf die dargestellte indirekte Behinderung von Wettbewerbern analog.⁵³ Auch die Ungleichbehandlung von Handelspartnern vertikal integrierter Unternehmen zielt nicht auf eine Diskriminierung an sich ab. Vielmehr geht es in dieser Fallkategorie um eine direkte Behinderung von Wettbewerbern. Diese Behinderung erzeugt ebenfalls horizontale Effekte, jedoch auf dem vor- oder nachgelagerten

⁴⁷ RUFFNER, a.a.O., S. 842.

⁴⁸ Vgl. oben Rz. 2.

⁴⁹ GUNNAR NIELS/HELEN JENKINS/JAMES KAVANAGH, *Economics for Competition Lawyers*, Oxford 2011, S. 219.

⁵⁰ M. AMSTUTZ/B. CARRON, *Basler Kommentar Kartellgesetz*, Basel 2010, N 200-204 zu Art. 7; MANI REINERT, *Preisgestaltung*, in: Thomas Geiser et al. (Hrsg.), *Schweizerisches und europäisches Wettbewerbsrecht*, S. 162; a.M. EVELYNE CLERC/PRANVERA KÉLLEZI, in: Martenet/Bovet/Tercier (Hrsg.), *Commentaire Romand, Droit de la concurrence*, 2. Aufl., Basel 2013, N 95 zu Art. 7 Abs. 2.

⁵¹ Zur essential facility Doktrin vgl. SALIM RIZVI, *The Essential-Facilities-Doktrine in the USA, EU and Switzerland*, in: Jusletter 1. November 2010.

⁵² Vgl. auch AMSTUTZ, *Wirtschaftsregulierung durch Kartellrecht?*, a.a.O., S. 162.

⁵³ Vgl. oben Rz. 35.

Markt. Da das marktbeherrschende Unternehmen (mittels dem ihm konzernverbundenen Unternehmen) auch auf dieser zweiten Marktstufe tätig ist, profitiert es direkt von einer bevorzugten Behandlung. So wird beispielsweise aus den Fällen «Publigroupe»⁵⁴ oder «SIX Terminals»⁵⁵ ersichtlich, dass mit der ungleichen Behandlung nicht der Gewinn des marktbeherrschenden Unternehmens optimiert werden sollte, sondern auf eine Marktbeschränkung abgezielt wurde. Somit konnte ein mit dem Marktbeherrscher verbundenes Unternehmen vom Marktausschluss seiner Wettbewerber direkt profitieren.

[Rz 37] Auch hier geht die Lehre davon aus, ein Gleichbehandlungsgebot gelte nicht uneingeschränkt. Es könne beispielsweise einem marktbeherrschenden Unternehmen nur verboten werden, eigene Wirtschaftseinheiten besser zu behandeln, wenn aufgrund von Art. 7 Abs. 2 lit. a KG überhaupt eine Kontrahierungspflicht des betreffenden Unternehmens gegenüber Drittunternehmen bestehe.⁵⁶ Wiederum gilt das Gleichbehandlungsgebot nicht für sich alleine, sondern erst als Folge eines festgestellten missbräuchlichen Verhaltens. Folgte man der gegenteiligen Auffassung, welche in einigen Fällen der Wettbewerbsbehörden zu Tage tritt, weitete man den Diskriminierungsstatbestand unzulässig aus. Dies hätte zur Folge, dass sich ein marktbeherrschendes Unternehmen vom Wettbewerbsgedanken verabschieden müsste und seine Preise nicht anhand der Nachfrage, sondern einzig aufgrund des Gleichbehandlungsgebots festsetzen müsste.

IV. Diskriminierung und Handelspartner

[Rz 38] Die Diskriminierung von Handelspartnern, welche in keinerlei Wettbewerbsverhältnis zum konzernverbundenen Unternehmen des Marktbeherrschers stehen, kann auch als sog. «reine» Diskriminierung bezeichnet werden.⁵⁷ Dieser Typus von Diskriminierung ist insofern «rein» als er regelmässig nicht als Mittel für einen eigennützigen Behinderungs- oder Ausbeutungszweck dient. Vielmehr geht es hierbei um die Ungleichbehandlung an sich. In dieser Art der Diskriminierung wird nach der Lesart des Bundesgerichts der hauptsächliche Schutzzweck des Art. 7 Abs. 2 lit. b KG gesehen.⁵⁸ Dieser Schutzzweck ist intuitiv nachvollziehbar, weil von marktbeherrschenden Unternehmen ausgehende Ungleichbehandlungen und daraus folgende Marktverzerrungen grundsätzlich als unerwünscht erscheinen können.

Trotzdem ist auch die reine Diskriminierung in der Lehre nicht unumstritten.⁵⁹

[Rz 39] Gegen die wettbewerbsrechtliche Verfolgung einer reinen Diskriminierung sprechen vielerlei Gründe. Nachfolgend werden zunächst praktische Argumente aufgezeigt, welche sich gegen ein Gleichbehandlungsgebot richten (**Ziff. IV. 1**). Zudem stützt sich die reine Diskriminierung als allgemeiner Missbrauchstypus nicht auf fundierte ökonomische Grundlagen (**Ziff. IV. 2**). Schliesslich werden rechtsdogmatische Bedenken gegen ein breites Verbot von reiner Diskriminierung dargelegt (**Ziff. IV. 3**).

1. Gleichbehandlungsgebot lässt sich kaum umsetzen

[Rz 40] Ein schematisches Gleichbehandlungsgebot für marktbeherrschende Unternehmen lässt sich praktisch nur anhand von Informationen über die eigenen Stückkosten und über das konkrete Nachfrageverhalten der einzelnen Handelspartner umsetzen. Anbietern mehrerer Produkte ist es aber praktisch unmöglich, die Kosten exakt auf einzelne Produkte aufzuteilen. Eine Aufschlüsselung der Kosten bleibt folglich aus betriebswirtschaftlicher Sicht letztlich beliebig.⁶⁰ Ausserdem ist fraglich, ob ein marktbeherrschendes Unternehmen über genügend Informationen zu sämtlichen Handelspartnern verfügt, um gleiche bzw. ungleiche Situationen der Kunden überhaupt identifizieren zu können. Dies gilt insbesondere für marktbeherrschende Unternehmen, die nicht vertikal integriert sind und somit keinen direkten Bezug zum jeweiligen vor- oder nachgelagerten Markt haben.

[Rz 41] Ferner wäre ein allgemeines Gleichbehandlungsgebot wie im öffentlichen Recht für die meisten privaten Unternehmen nur mit unverhältnismässig hohem Aufwand umsetzbar. Insbesondere bei Marktbeherrschern mit vielen Handelspartnern wäre der Compliance-Aufwand beträchtlich. Dies gilt auch deshalb, weil exakt gleiche Konditionen für sämtliche Handelspartner einem strengen Gleichbehandlungsgebot nicht genügen dürften. Vielmehr müssten Handelspartner in unterschiedlichen Situationen auch unterschiedlich behandelt werden. Eine Preisgestaltung nach diesen Massstäben scheint höchstens bei sehr übersichtlichen Verhältnissen denkbar. Schliesslich würde ein Gleichbehandlungsgebot bedeuten, dass ein marktbeherrschendes Unternehmen keine Verhandlungen mit Handelspartnern führen könnte: Würde es nämlich bei einem Handelspartner nachgeben, müssten auch sämtliche andere Verträge entsprechend angepasst werden.⁶¹

⁵⁴ Vgl. oben Rz. 21.

⁵⁵ Vgl. oben Rz. 18.

⁵⁶ PETER REINERT, a.a.O., Rz. 17 zu Art. 7 KG

⁵⁷ AMSTUTZ/CARRON, a.a.O., N 202 zu Art. 7.

⁵⁸ BGE 2C_484/2010 vom 29. Juni 2012, E. 10.2.2., 2. Absatz; AMSTUTZ/CARRON, a.a.O., N 204 zu Art. 7; vgl. auch JÜRGEN BORER, Wettbewerbsrecht I, 3. Aufl., Zürich 2011, N 16 zu Art. 7, welcher auch strategische und betriebliche Gründe als Rechtfertigung gelten lassen will, weshalb eine reine Diskriminierung wohl immer zu begründen wäre.

⁵⁹ Vgl. M. REINERT, a.a.O., S. 161 f., welcher reine Diskriminierungen unter Art. 7 KG für zulässig hält; a.M. CLERC/KELLEZI, a.a.O., Basel 2013, N 90 zu Art. 7.

⁶⁰ Zum ganzen unter Berücksichtigung der betriebswirtschaftlichen Lehre vgl. TSCHUDIN, a.a.O., S. 196–200.

⁶¹ ROBERT O'DONOGHUE/JORGE PADILLA, The Law and Economics of Article 82 EC,

2. Fehlende ökonomische Grundlagen

[Rz 42] Eine Diskriminierung ist wie jede Verhaltensweise eines marktbeherrschenden Unternehmens grundsätzlich ambivalent.⁶² Demgemäss sind auch für die sog. reine Diskriminierung sowohl pro- als auch anti-kompetitive Szenarien denkbar. Im Unterschied zu anderen Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen geht die reine Diskriminierung jedoch nicht mit einer wettbewerbsbeschränkenden Strategie einher. Zumal nicht ersichtlich ist, wie ein diskriminierendes Unternehmen von einer allfälligen Wettbewerbsbeschränkung profitieren soll. Wie jedes Unternehmen ist auch ein marktbeherrschendes Unternehmen grundsätzlich kaum am Marktaustritt einzelner Nachfrager und somit der Gefahr einer zunehmenden Verhandlungsmacht der verbleibenden Nachfrager interessiert. Daraus wird ersichtlich, dass die schädlichen Effekte bei diesem Typus zumindest nicht auf der Hand liegen.

[Rz 43] Schädliche Effekte sind vor allem dann denkbar, wenn ein wesentlicher Aspekt für die Produktion oder die Dienstleistung des Handelspartners betroffen ist, wie etwa Infrastruktur oder Energie.⁶³ In einem solchen Fall kann eine reine, signifikante Diskriminierung zu Wettbewerbsverzerrungen auf dem nachgelagerten Markt führen. Dieser Extremfall kann jedoch wohl bereits durch die essential facility Doktrin oder allenfalls auch durch spezifische Sektorregulierungen abgedeckt werden. Auch die bisherige Fallpraxis zeigt kaum klare Fälle von schädlichen Effekten im Rahmen eines reinen Diskriminierungsmissbrauchs auf. In der Schweiz wurden bisher Behinderungseffekte in einer entsprechenden Konstellation schlicht nicht geprüft.⁶⁴ In der EU-Rechtsprechung wird der Diskriminierungstatbestand oft als zusätzliches Argument für ein missbräuchliches Verhalten vorgebracht. Zudem wird es auch als Instrument gegen die Ungleichbehandlung von ausländischen Handelspartnern verwendet, um den gemeinsamen Markt zu stärken.⁶⁵

[Rz 44] Den demnach nur in Ausnahmefällen in Betracht kommenden schädlichen Effekten sog. reiner Diskriminierung stehen viel häufiger erwünschte Effekte entgegen. Reine Diskriminierung ist gemeinhin unter volkswirtschaftlichen Gesichtspunkten förderlich, wenn durch sie insbesondere die abgesetzte Menge vergrössert wird. Beispielsweise kann mittels Preisdifferenzierung auch die Auslastung von Flügen oder Hotels optimiert werden.⁶⁶ Zu denken ist aber auch an

differenzierte Strompreise für eine optimale zeitliche Nutzung (niedrige Tarife in der Nacht; höhere Tarife während der Spitzenzeiten). Daher sollte die reine Preisdifferenzierung nicht unter einen kartellrechtlichen Generalverdacht gestellt werden.

3. Rechtsdogmatische Bedenken

[Rz 45] Selbst wenn in Ausnahmefällen schädliche Effekte reiner Diskriminierung nicht ausgeschlossen werden können, ist bei der kartellrechtlichen Überprüfung dieser Art von Diskriminierung Zurückhaltung geboten. Zunächst ist diesbezüglich der Zweck des schweizerischen Kartellrechts in Erinnerung zu rufen. Das Gesetz bezweckt volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen zu verhindern (Art. 1. Teilsatz KG). Bekämpft werden sollen Auswüchse privater Planung (Wettbewerbsabreden, Fusionen und Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung). Für marktbeherrschende Unternehmen heisst das, sie sollen grundsätzlich mit aller Kraft aktiv am Wettbewerb teilnehmen. So profitieren auch marktbeherrschende Unternehmen von der Vertragsfreiheit; nur in Ausnahmefällen wird Ihnen beispielsweise eine Kontrahierungspflicht auferlegt. Würde die Überprüfung der sog. reinen Diskriminierung konsequent umgesetzt, müssten sich marktbeherrschende Unternehmen in erster Linie um den Wettbewerb auf der vor- oder nachgelagerten Marktstufe sorgen und dabei grundsätzlich kompetitive Verhaltensweisen gegenüber Handelspartnern unterlassen. Ein solcher Eingriff erscheint m.E. nur bei solchen Missbrauchstypen sachgerecht, die ein bedeutendes Schädigungspotenzial aufweisen. Ansonsten ist zu erwarten, dass ein bedeutender Anteil von pro-kompetitiven Verhaltensweisen unterlassen wird, um einen unbedeutenden Anteil von wettbewerbsschädlichen Effekten zu verhindern.⁶⁷ Somit ist die Missbrauchskontrolle bei reiner Diskriminierung zum einen nicht geeignet, schädliche Effekte zu verhindern. Vielmehr hat das staatliche Verbot selbst wieder wettbewerbsbeschränkenden Charakter. Zum anderen steht der beträchtliche Eingriff in die Handlungsfreiheit des marktbeherrschenden Unternehmens regelmässig in einem Missverhältnis zum Ziel des Schutzes einzelner Handelspartner.

[Rz 46] Bei der Umsetzung der Missbrauchskontrolle müssen eine ganze Reihe von unbestimmten Rechtsbegriffen ausgelegt werden. Mit dieser herausfordernden Situation ist ein Umgang zu finden, der sowohl den Zweck des KG als auch die praktische Umsetzung berücksichtigt. Bei der sog. reinen Diskriminierung kommt zusätzlich der dogmatisch kaum fassbare Begriff der Ungleichbehandlung hinzu. Im

Oxford 2006, S. 575.

⁶² Statt aller RUFFNER, a.a.O., S. 835.

⁶³ NIELS/JENKINS/KAVANAGH, a.a.O., S. 219; Massimo Motta, *Competition Policy*, New York 2004, S. 498 f.

⁶⁴ Vgl. oben [Ziff. II. 1.1], Publikation von Arzneimittelinformationen.

⁶⁵ O'DONOGHUE/PADILLA, S. 577 f.; MOTTA, S. 498; RHODRI THOMPSON QC/JOHN O'FLAHERTY, in: Bellamy&Child, *European Community Law of Competition*, Oxford 2008, Rz. 10.084; ASBACH, a.a.O., S. 85.

⁶⁶ O'DONOGHUE/PADILLA, S. 574; vgl. auch M. REINERT, a.a.O., S. 158 ff.; RICHARD WISH/DAVID BAILEY, *Competition Law*, 7. Aufl., Oxford 2012, S. 759 f.; CLERC/

KELLEZI, a.a.O., N 114 zu Art. 7 Abs. 2.

⁶⁷ Die Norm wäre «over inclusive»; zu Regulierungsfehlern im Allgemeinen ADRIAN RAASS, «Direkte» Sanktionen im Kartellgesetz: über Kosten und Nutzen, in: sic! 2009, S. 475 ff., S. 479 f.

Unterschied zu anderen Missbrauchstypen stellt die Ökonomie für den Diskriminierungstatbestand kaum Theorien bereit, aus welchen Anhaltspunkte für die Unterscheidung gleich/ungleich abgeleitet werden können. Für diese Unterscheidungen sind Wertungen erforderlich, welche kaum verallgemeinert werden können. Somit birgt die Kontrolle der reinen Diskriminierung für die Unternehmen eine unzumutbare Rechtsunsicherheit. Dies gilt umso mehr hinsichtlich der direkten Sanktionierung.

[Rz 47] Aus volkswirtschaftlicher Sicht lässt sich eine Missbrauchsaufsicht über reine Diskriminierung kaum rechtfertigen. Die allenfalls intuitive Abneigung gegen reine Diskriminierungen liegt daher wohl auch eher in einer individualistischen Sichtweise begründet. Ob das Kartellrecht unabhängig vom Institutionenschutz auch einen Anspruch auf Schutz eines einzelnen Wettbewerbers gewährt, ist in der Lehre umstritten.⁶⁸ Es wird teilweise vorgebracht, der Individualschutz widerspreche dem Schutz der Institution Wettbewerb grundsätzlich nicht.⁶⁹ Gerade anhand des Beispiels der reinen Diskriminierung zeigt sich jedoch, dass der Institutionenschutz mit dem Individualschutz in einem Spannungsverhältnis stehen kann. Wenn ein einzelner Handelspartner auf der zweiten Marktstufe geschützt wird, reduziert dies den Wettbewerb auf der ersten Marktstufe infolge eines grundsätzlich wettbewerbsfremden Gleichbehandlungsgebots. Zumindest im Fall eines solchen Widerspruchs ist dem Institutionenschutz den Vorrang zu geben.

V. Fazit

[Rz 48] Die kartellrechtliche Missbrauchsaufsicht stellt uns vor die Herausforderung, komplexe wirtschaftliche Zusammenhänge anhand von relativ einfach gehaltenen Normen zu prüfen. Die Auslegung von Art. 7 KG sollte ökonomisch fundiert, nachvollziehbar, praktikabel und mit Blick auf eine grösstmögliche Rechtssicherheit erfolgen. Vor diesem Hintergrund gleicht die Anwendung des Diskriminierungsmissbrauches derzeit noch einer Grossbaustelle. Bei einer weiten Auslegung kann der Diskriminierungstatbestand als Leerformel weitreichende staatliche Eingriffe ermöglichen. Nicht zuletzt aufgrund der im Einzelfall schwierigen Frage, ob überhaupt eine marktbeherrschende Stellung vorliegt, müssen verschiedenste Unternehmen solche Eingriffe fürchten.

[Rz 49] Die Diskriminierung von Handelspartnern gemäss Art. 7 Abs. 2 lit. b KG hat im Beispielskatalog von Art. 7 Abs. 2 KG nur, aber immerhin, die Rolle eines Aufgreifattbestandes. Für die Begründung des Missbrauchs genügt

eine Ungleichbehandlung allein nicht. Diskriminierung ist in der Privatwirtschaft – im Gegensatz zu hoheitlicher Tätigkeit – gerade ein Merkmal von Wettbewerb. Daher darf gegen Diskriminierung nur vorgegangen werden, wenn klare Behinderungswirkungen bei Wettbewerbern anhand einschlägiger Tests aufgezeigt werden können. Diese Tests sind auf die anderen Beispiele von Art. 7 Abs. 2 KG entsprechend anzuwenden. Dies gilt für direkte Behinderungen, welche von vertikal integrierten Unternehmen ausgehen (horizontale Effekte auf dem Markt des Handelspartners; z.B. Verweigerung von Geschäftsbeziehungen gemäss Art. 7 Abs. 2 lit. a KG) und auch für indirekte Behinderungen, welche gegen Wettbewerber des marktbeherrschenden Unternehmens gerichtet sind (horizontale Effekte auf dem beherrschten Markt; z.B. Preiskampf gemäss Art. 7 Abs. 2 lit. d KG).

[Rz 50] Die Kontrolle der sog. reinen Diskriminierung von Handelspartnern sollte aufgegeben oder zumindest nur mit höchster Zurückhaltung angewandt werden. Ein allgemeines Gleichbehandlungsgebot ist kaum mit dem Wettbewerbsgedanken vereinbar und im Normalfall auch von marktbeherrschenden Unternehmen praktisch kaum umzusetzen. Weder das Kartellgesetz noch die Ökonomie stellt Kriterien bereit, an welchen eine Gleich- oder Ungleichbehandlung gemessen werden könnte. Somit stellt Art. 7 Abs. 2 lit. b KG auch im Fall von reiner Diskriminierung keine konkreten Kriterien für die Begründung eines unzulässigen Missbrauchs zur Verfügung. Schliesslich dürften im Einzelfall beim Verbot einer reinen Diskriminierung Vorbehalte betreffend dessen Verhältnismässigkeit bestehen. Aus alledem folgt, dass auf der Basis von Art. 7 Abs. 2 lit. b KG alleine kaum je eine missbräuchliche Verhaltensweise begründet werden kann.

Dr. iur. Michael Tschudin, Rechtsanwalt.

* * *

⁶⁸ Vgl. den kürzlich erschienenen Aussatz zum verwandten Thema der relativen Marktmacht ROGER THOMI/HERBERT WOHLMANN, Must-inStock-Produkte – Die Erweiterung des Begriffs der Marktbeherrschung, in: SZW 2012, S. 299 ff., S. 305 f.

⁶⁹ Vgl. beispielsweise VINCENT MARTENET, Les autorités de la concurrence et la liberté économique, in: AJP 2008, S. 963 ff., S. 966.