

Philipp Zurkinder | Robert Klotz

Die Berücksichtigung von Kausalitäten und kontrafaktischen Szenarien im Schweizer und EU-Kartellrecht

Der Beitrag befasst sich mit der Frage, inwiefern die Schweizer Wettbewerbskommission und die europäische Kommission in Verfahren der Wettbewerbsaufsicht Kausalitäten und kontrafaktische Szenarien berücksichtigt bzw. berücksichtigen muss. Beiden Rechtsordnungen ist gemeinsam, dass volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen verhindert werden sollen. Da sie einen wirkungsbasierten Ansatz verfolgen, stellt sich die Frage, welche Wirkungen im Markt zu beobachten wären, falls das fragliche Verhalten nicht stattgefunden hätte. In dem Beitrag wird anhand der Kartellrechtspraxis in der Schweiz und der EU untersucht, ob eine Kausalität zwischen Marktbeherrschung und angeblich unzulässigem Verhalten bzw. zwischen Missbrauch und Wettbewerbsverfälschung erforderlich ist und im Verfahren zur Anwendung von Artikel 7 KG bzw. Artikel 102 AEUV kontrafaktische Szenarien zu berücksichtigen sind. Dabei zeigt sich, dass die Praxis in der Schweiz und in der EU sich teilweise deckt, aber teilweise auch voneinander abweicht. Aufgrund der Bedeutung des EU-Rechts ist dieser Vergleich für die Schweizer Praxis von Relevanz.

Cet article aborde la question de savoir dans quelle mesure la Commission suisse de la concurrence et la Commission européenne tiennent compte, ou doivent tenir compte, des liens de causalité et des scénarios contrefactuels dans les procédures de surveillance de la concurrence. Les deux systèmes juridiques ont pour objectif de prévenir les effets économiquement ou socialement néfastes des cartels et autres restrictions de la concurrence. Avec leur approche fondée sur les effets, il se pose la question de savoir quels effets pourraient être observés sur le marché si le comportement discuté n'avait pas eu lieu. Sur la base de la pratique du droit de la concurrence en Suisse et dans l'UE, l'article s'interroge sur la nécessité d'établir un lien de causalité entre la position dominante sur le marché et le comportement présumé illicite, ainsi qu'entre l'abus de position dominante et la distorsion de la concurrence. Il examine également si des scénarios contrefactuels doivent être pris en compte dans la procédure d'application de l'art. 7 LCart ou de l'art. 102 TFUE. Dans ce contexte, il apparaît que les pratiques en Suisse et dans l'UE ne coïncident que partiellement. En raison du poids du droit européen, cette comparaison est importante pour la pratique suisse.

I. Ausgangslage und Fragestellung

II. Bewertung nach Schweizer Recht

1. Grundlagen
2. Jüngste Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts und des Bundesgerichts
3. Fazit aus der jüngsten Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts und des Bundesgerichts

III. Bewertung nach EU- Recht

1. Die Bedeutung des EU-Rechts für die schweizerische Kartellrechtspraxis
2. Berücksichtigung von kontrafaktischen Szenarien nach EU-Recht
3. Erfordernis einer Kausalbeziehung nach EU-Recht

IV. Schlussbetrachtung

PHILIPP ZURKINDER, Dr. iur., Titularprofessor für Kartellrecht an der Universität Basel und Partner bei Prager Dreifuss AG in Bern/Zürich/Brüssel.

ROBERT KLOTZ, Partner bei Sheppard Mullin Richter & Hampton LLP in Brüssel, Lehrbeauftragter für EU-Kartellrecht am Europainstitut des Saarlandes, an der FU Berlin und am ZEI Bonn.

Dieser Aufsatz beruht auf einem Gutachten, das die beiden Autoren für einen gemeinsamen Klienten verfasst haben. Dabei handelt es sich um Swisscom. Der Artikel gibt die persönliche Meinung der Autoren wieder.

I. Ausgangslage und Fragestellung

Der Beitrag befasst sich mit der Frage, inwiefern die Wettbewerbskommission (Weko) bei der Anwendung von Artikel 7 KG Kausalitäten und kontrafaktische Szenarien berücksichtigt bzw. berücksichtigen muss. Das Kartellgesetz bezweckt, volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen zu verhindern. Indem das Kartellgesetz einen wirkungsbasierten Ansatz verfolgt, stellt sich – nicht nur – bei Missbrauchsfällen die Frage, welche Wirkungen im Markt zu beobachten wären, falls das fragliche Verhalten nicht stattgefunden hätte.

Im Entscheid «Geschäftskunden Preissysteme für adressierte Briefsendungen» vom 30. Oktober 2017 sanktionierte die Weko die Schweizerische Post wegen unzulässiger Verhaltensweisen nach Artikel 7 KG. Sie qualifizierte dabei die uneinheitliche Anwendung des Preis- und Rabattsystems der Post gegenüber den Kunden der Post als Diskriminierung i.S.v. Artikel 7 Abs 2 Bst. b KG. In den rechtlichen Erwägungen betonte die Weko unter Bezugnahme auf die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts i.S. «Sanktionsverfügung – Preispolitik Swisscom ADSL»,¹ im Rahmen einer Prüfung von einzelnen Tatbeständen des Kartellgesetzes vielfach Einschätzungen miteinzubeziehen, die sich auf zukünftige oder alternativ denkbare Ereignisse oder Auswirkungen beziehen.² Diese Aussage wurde unter dem Titel «Beweismass» gemacht. Bestehen im Einzelfall «komplexe wirtschaftliche Sachverhalte mit multiplen Wirkungszusammenhängen», so soll der Nachweis des Wettbewerbsverstosses mittels eines Wahrscheinlichkeitsbeweises genügen.³ Wie nachstehend aufgezeigt wird, erscheint den Autoren diese auf das Beweismass beschränkte Sichtweise zu kurz gegriffen. Können alternative Kausalverläufe vernünftigerweise nicht ausgeschlossen werden, so müssen kontrafaktische Szenarien auch im Rahmen eines Wahrscheinlichkeitsbeweises geprüft werden, andernfalls Artikel 7 KG faktisch zur per se Verbotsnorm würde, was aus verfassungsrechtlicher Perspektive, aber auch aus rechtsvergleichender Sicht mit Hinblick auf die EU-Rechtsprechung und Anwendungspraxis, insbesondere zu Artikel 102 AEUV, abzulehnen ist.

Die Frage, ob und inwiefern bei der materiellrechtlichen Beurteilung von Artikel 7 KG kontrafaktische Szenarien berücksichtigt werden müssen, hängt im Wesentlichen davon ab, ob zwischen verschiedenen Tatbestandselementen Kausalitätserfordernisse bestehen, welche den Einbezug von kontrafaktischen Szenarien erfordern. Bei der Prüfung eines kontrafaktischen Szenarios wird die Situation, in der die (vermutete) Zuwiderhandlung begangen wurde, mit einer hypothetischen Situation verglichen, in der diese fragliche Handlung nicht oder unter anderen Umständen vorgenommen wurde. Dies gilt auch bei der Beurteilung eines Sachverhalts, der sich ergäbe, wenn das betreffende Unternehmen nicht marktbeherrschend wäre.

Kontrafaktische Szenarien spielen eine Rolle sowohl bei einer Kausalität zwischen Marktbeherrschung und missbräuchlichem Verhalten bzw. Wettbewerbsverfälschung und derjenigen zwischen Missbrauch und Wettbewerbsverfälschung. Bei der Frage der Kausalität zwischen Marktstellung und missbräuchlichem Verhalten geht es darum zu beurteilen, ob die Marktstellung Ausgangspunkt bzw. Mittel des Missbrauchs ist. Wie sich aus der Fragestellung ergibt, betrifft diese Frage somit den Bezug zwischen Marktstellung und Missbrauchsverhalten und auch die Verbindung zwischen dem beherrschten Markt und denjenigen, auf welchen die missbräuchlichen Verhaltensweisen erfolgen.

Nachstehend wird anhand der Kartellrechtspraxis in der Schweiz und der EU untersucht, ob eine Kausalität zwischen Marktbeherrschung und angeblich unzulässigem Ver-

halten bzw. zwischen Missbrauch und Wettbewerbsverfälschung erforderlich ist und im Verfahren zur Anwendung von Artikel 7 KG kontrafaktische Szenarien zu berücksichtigen sind. Dabei zeigt sich, dass die Ausgangslage bzw. Praxis in der Schweiz und in der EU nicht deckungsgleich ist, weshalb die Beantwortung der Frage unter den beiden Rechtsordnungen jeweils unterschiedlich angegangen wird.

II. Bewertung nach Schweizer Recht

1. Grundlagen

Die Frage der allgemeinen Notwendigkeit von kontrafaktischen Szenarien bei der Anwendung des KG wird weder in der kartellrechtlichen Lehre noch in der einschlägigen Rechtsprechung diskutiert, geschweige denn eine solche Notwendigkeit bejaht.

Aus der Rechtsprechung, welche nachstehend diskutiert wird, lässt sich indessen der Schluss ziehen, dass kontrafaktische Szenarien im Rahmen von Kausalitätserfordernissen zwischen Tatbestandselementen in Artikel 7 KG durchaus relevant sind. Die Frage der Kausalität zwischen den verschiedenen Tatbestandselementen in Artikel 7 KG, der das materiellrechtliche «Pendant» zu Artikel 102 AEUV bildet, wird in der neuesten Schweizer Literatur folgendermassen beantwortet:

- Ein Kausalzusammenhang zwischen der marktbeherrschenden Stellung und dem missbräuchlichen Verhalten wird in der neueren Lehre und Rechtsprechung grundsätzlich verneint. Ein solcher Zusammenhang sei wettbewerbstheoretisch nicht relevant.⁴ Im Basler Kommentar, dessen letzte verfügbare Auflage allerdings aus dem Jahr 2009 stammt, wurde noch festgestellt, dass die Mehrheit der schweizerischen Lehre eine Kausalität zwischen dem Einsatz der Marktbeherrschung und dem Missbrauch bejahe,⁵ um dieses Kausalitätsmerkmal aber dann doch schlussendlich zu verneinen.⁶
- Ebenso wird in der Lehre ein Kausalitätserfordernis zwischen der marktbeherrschenden Stellung und wettbewerbswidrigen Auswirkungen verneint.⁷ Die Begründung geht dahin, dass nach dem schweizerischen und europäischen Konzept der Missbrauchskontrolle (d.h. Artikel 7 KG bzw. Artikel 102 AEUV) das Bestehen einer markt-

¹ BVGer vom 14. September 2015, B-7633/2009.

² Verfügung der WEKO vom 30. Oktober 2017, Geschäftskunden Preissysteme für adressierte Briefsendungen, 152, N 639.

³ Idem.

⁴ L. STÄUBLE/F. SCHRANER, in: R. Zäch/R. Arnet/M. Baldi/R. Kiener/O. Schaller/F. Schraner/A. Spühler (Hg.), KG. Kommentar zum Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, Zürich 2018, KG 7 N 22 ff., mit Verweisungen auf weitere Literatur und Rechtsprechung.

⁵ M. AMSTUTZ/B. CARRON, in: M. Amstutz/M. Reinert (Hg.), Basler Kommentar zum Kartellgesetz (KG), Basel 2009, KG 7 N 20, mit verschiedenen Verweisungen.

⁶ AMSTUTZ/CARRON (Fn. 8), KG 7 N 21.

⁷ STÄUBLE/SCHRANER (Fn. 7), KG 7 N 28 f. (wiederum mit Verweisung auf AMSTUTZ/CARRON [Fn. 8]).

beherrschenden Stellung alleine grundsätzlich nicht kartellrechtswidrig sein könne.⁸

- Hingegen wird in der Lehre ein Kausalitätserfordernis zwischen der missbräuchlichen Verhaltensweise und den wettbewerbswidrigen Auswirkungen, d.h. der Wettbewerbschädigung, bejaht.⁹

Die neuere Praxis folgt in diesen Fragen grundsätzlich der Lehre und verlangt grundsätzlich keine Kausalität zwischen der marktbeherrschenden Stellung und der Wettbewerbschädigung.¹⁰ Sie macht jedoch eine Ausnahme im Zusammenhang mit Artikel 7 Abs. 2 Bst. c KG («die Erzwingung unangemessener Preise oder sonstiger unangemessener Geschäftsbedingungen»), indem die Weko der Meinung ist, dass die «Erzwingung» das Erfordernis einer Kausalität zwischen der marktbeherrschenden Stellung und dem missbräuchlichen Verhalten statuieren.¹¹ Es sei gerade die marktbeherrschende Stellung, welche es dem betreffenden Unternehmen erlaube, Konditionen durchzusetzen, die in einem funktionierenden Wettbewerb nicht möglich wären.¹²

Unklar bleibt allerdings, inwiefern die Weko nicht trotzdem eine generelle Kausalität zwischen der Marktstellung und dem Missbrauch voraussetzt, indem sie verlangt, dass die Märkte, in welchen eine marktbeherrschende Stellung festgestellt wird, einen Bezug zu denjenigen Märkten haben, in welchen der Missbrauch erfolgt. In einem älteren Entscheid i.S. «Veterinärmedizinische Tests/Migros» stellte die Weko nämlich fest: «Die Kausalität zwischen Marktdominanz und wettbewerbschädlichem Verhalten ist vorliegend gegeben. Wie soeben dargelegt wurde, ermöglicht es die marktbeherrschende Stellung der Migros auf dem Markt für den Absatz von freiwilligen BSE-Schnelltests [...] mittels der Schlachthöfe die Labors in der Aufnahme und Ausübung des Wettbewerbs zu behindern».¹³ Dass die Märkte, in welchen der Missbrauch erfolgt, mit dem Markt, in welchem die Marktbeherrschung festgestellt wird, einen Bezug haben müssen, ist auch in anderen Entscheiden erkennbar.¹⁴

Auch in der Rechtsprechung unbestritten ist das Kausalitätserfordernis zwischen Missbrauch und wettbewerbschädlichen Auswirkungen, wie nachfolgend dargestellt wird.

Gerade in jüngster Vergangenheit haben sich zudem das Bundesverwaltungsgericht und auch das Bundesgericht etwas vertiefter mit der Anwendung von Artikel 7 KG auseinandergesetzt, vor allem auch mit den Kausalitätsmerkmalen bzw. dem Verhältnis zwischen Abs. 2 und Abs. 1 in Artikel 7 KG.

2. Jüngste Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts und des Bundesgerichts

- a) Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 18. Dezember 2018 i.S. «Six Group/Six Payment Services»¹⁵

Der Sachverhalt, der diesem Urteil zugrunde lag, kann kurz wie folgt zusammengefasst werden: der grösste Schweizer Acquirer SIX Multipay (SIX) bot seinen Händlern eine neue Funktion zur dynamischen Währungsumrechnung (Dyna-

mic Currency Conversion; DCC) an. Damit die Händler diese neue Funktion ihrerseits den betreffenden Karteninhabern anbieten konnten, mussten diese ein Zahlkartenterminal haben, das mit dieser DCC-Funktion kompatibel ist. Diese Kompatibilität war gemäss SIX nur bei den Zahlkartenterminals einer Schwestergesellschaft von SIX gegeben und nicht bei anderen Terminals. Der Zugang zu dieser Funktion wurde dritten Terminalherstellern verweigert.

- aa) Kausalitätserfordernis zwischen der marktbeherrschenden Stellung und der missbräuchlichen Verhaltensweise bzw. Wettbewerbsverfälschung

Das Bundesverwaltungsgericht hatte sich u.a. mit den Vorbringen der Beschwerdeführerinnen auseinanderzusetzen, dass zwischen der marktbeherrschenden Stellung und dem (angeblichen) Missbrauchsverhalten insofern ein kausaler Zusammenhang bestehen müsse als die Abgrenzung des relevanten Marktes «nicht isoliert ohne Rücksicht auf das angeblich missbräuchliche Verhalten erfolgen [könne]».¹⁶ Das Bundesverwaltungsgericht hält hierzu fest, dass «in Fällen, in denen das wirtschaftliche Verhalten auf einem anderen als dem beherrschten Markt vorgenommen wird und sich auf diesen oder auf einen weiteren anderen als den beherrschten Markt auswirkt, (liegt) die Grundkonstellation eines Marktmissbrauchs dann vor[liegt], wenn zwischen dem Primärmarkt und dem anderen Markt bzw. den anderen Märkten eine spezifische Beziehung aufgrund besonderer Umstände besteht [...] Die Feststellung dieser besonderen Umstände hat aufgrund einer Gesamtschau aller Umstände des Einzelfalls zu erfolgen [...] Soweit die Gesamtschau ergibt, dass sich das marktbeherrschende Unternehmen auch ohne besondere Stellung auf dem anderen Markt gegenüber den anderen Wettbewerbern unabhängig verhalten kann, ist der wirksame Wettbewerb geschwächt [...] und die Grundkonstellation somit auch in solchen Fällen gegeben».¹⁷ Diese Kriterien des hinreichenden Zusammenhangs und der besonderen Umstände setzen gemäss Bundesverwaltungsgericht (ohne weitere Erläuterungen) aber keine Kausalität voraus.¹⁸

⁸ STÄUBLE/SCHRANER (Fn. 4), KG 7 N 28 f.

⁹ STÄUBLE/SCHRANER (Fn. 4), KG 7 N 30 f.

¹⁰ AMSTUTZ/CARRON (Fn. 5) weisen in KG 7 N 19 noch auf eine uneinheitliche Praxis hin und erwähnen die Fälle «Publigroupe» (Schlussbericht des Sekretariats vom 4. November 2002, RPW 2003/1, 87 ff., N 59 und die Verfügung der WEKO vom 20. Oktober 2003 i.S. Veterinärmedizinische Tests/Migros, RPW 2003/4, 753 ff.).

¹¹ RPW 2016/1, 124 ff.

¹² RPW 2016/1, 124, N 448; siehe dazu auch STÄUBLE/SCHRANER (Fn. 4), KG 7 N 26 ff.

¹³ RPW 2003/4, 753 ff. N 78.

¹⁴ Vgl. etwa BGE 139 I 72 ff. E. 10.1, «Publigroupe SA und Mitb. gegen Wettbewerbskommission».

¹⁵ BVGer vom 18. Dezember 2018, B-831/2011, «SIX Group AG/SIX Payment Services gegen Wettbewerbskommission».

¹⁶ BVGer vom 18. Dezember 2018, B-831/2011, «SIX Group AG/SIX Payment Services gegen Wettbewerbskommission» Rn 808.

¹⁷ BVGer vom 18. Dezember 2018, B-831/2011, «SIX Group AG/SIX Payment Services gegen Wettbewerbskommission», Rn 822.

¹⁸ BVGer vom 18. Dezember 2018, B-831/2011, «SIX Group AG/SIX Payment Services gegen Wettbewerbskommission», Rn 822 f. mit Verwei-

Während das Bundesverwaltungsgericht zwar einen hinreichenden Zusammenhang zwischen den involvierten Märkten erfordert, verneint es hingegen ein Kausalitätserfordernis zwischen Marktstellung und dem Missbrauchsverhalten für die Verwirklichung eines Beispielstatbestands nach Artikel 7 Abs. 2 KG (in concreto Geschäftsverweigerung gemäss Artikel 7 Abs. 2 lit. a KG). Das Gericht stellt hierzu zunächst fest, dass die Lehre eine solche Kausalität überwiegend ablehne und dass allenfalls vereinzelt eine abgeschwächte Form im Sinne einer «normativen Kausalität» oder aber eine Kausalität ohne irgendwelche Erklärung verlangt werde¹⁹. Zur Begründung der Ablehnung der Kausalität argumentiert es, dass zur Ablehnung eines Geschäfts keine marktbeherrschende Stellung erforderlich sei. *«Die besondere Marktstellung, die bereits eine objektive Voraussetzung des Tatbestands darstellt, kann nicht darüber hinaus als weitere Voraussetzung in Form von natürlicher Äquivalenz und sozialadäquater Adäquanz erforderlich sein, damit ein marktbeherrschendes Unternehmen überhaupt eine Geschäftsverweigerung begehen kann. Denn wenn jedes nicht marktbeherrschende Unternehmen die Eingehung von Geschäftsbeziehungen ablehnen kann, obwohl ein solches Verhalten aufgrund der wirtschaftlichen Auswirkungen regelmässig nicht empfehlenswert ist, dann steht einem marktbeherrschenden Unternehmen die Möglichkeit einer Geschäftsverweigerung offensichtlich in jedem Fall offen, weil ein derartiges Verhalten aus wirtschaftlichen Gründen regelmässig eher noch geringere Auswirkungen aufweist, ohne dass es weiterer Umstände bedarf, welche die Kausalität begründen.»*²⁰

Widersprüchlich erscheint vor diesem Hintergrund allerdings der Anfang dieser Ziffer 825, welche besagt: *«Dies [das fehlende Kausalitätserfordernis, Anm. Verf.] ergibt sich schon aus der ausdrücklichen Qualifizierung der Wettbewerbswidrigkeit einer Geschäftsverweigerung durch marktbeherrschende Unternehmen des Gesetzgebers, der im Gegensatz hierzu Geschäftsverweigerungen von nicht marktbeherrschenden Unternehmen als wettbewerbskonform einstuft.»* Das heisst aber nun nichts anderes, als dass nach dem Konzept von Artikel 7 KG missbräuchliches Verhalten und wettbewerbswidrige Wirkungen ohne marktbeherrschende Stellung ausgeschlossen sind, was wiederum für einen kausalen Bezug zwischen der Marktstellung und dem missbräuchlichen Verhalten spricht.

In diesem Zusammenhang geht das Bundesverwaltungsgericht summarisch auf die schweizerische und europäische Praxis ein²¹ und erwähnt dabei das Urteil des Bundesgerichts i.S. *«Terminierung Mobilfunk»*²² sowie das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts i.S. *«Hallenstadion»*²³ und die Urteile des EuGH i.S. *«Continental Can»*, *«Hoffmann-La Roche»* und *«Tetra Pak II»*.²⁴ Die genannten Schweizer Urteile analysieren das Bestehen eines Missbrauchs nach Artikel 7 Abs. 2 lit. c KG (*«Erzwingung unangemessener Preise oder sonstiger unangemessener Geschäftsbeziehungen»*). Aus deren Erwägungen ergibt sich, dass mit Bezug auf diesen konkreten Missbrauchssachverhalt normalerweise eine Kausalität zwischen der Marktbeherrschung und der Unangemessenheit von Preisen gegeben sei,²⁵ dass aber mit Bezug auf die Durchsetzung solcher unangemessener Preise das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung nicht ausreicht.²⁶ Auch

die Beschwerde an das Bundesgericht i.S. *«Hallenstadion»* brachte keine Änderung der Praxis, wonach kein Kausalzusammenhang zwischen der marktbeherrschenden Stellung und dem Missbrauchsverhalten verlangt wird.²⁷

Die Begründung der Ablehnung des Kausalitätserfordernisses zwischen Marktstellung und missbräuchlichem Verhalten weist somit zwei Widersprüche auf. Zum einen wird ein besonderer Bezug des Marktes, auf dem die marktbeherrschende Stellung festgestellt wird, zu denjenigen Märkten verlangt, auf denen sich der Missbrauch manifestiert. Zum anderen erklärt das Bundesverwaltungsgericht, dass das gleiche Verhalten dann nicht missbräuchlich ist, wenn es von einem nicht marktbeherrschenden Unternehmen ausgeht.

Auf das Kausalitätserfordernis zwischen Marktstellung und wettbewerbsschädlichen Auswirkungen geht das Bundesverwaltungsgericht nicht explizit ein. Zwar sind sich die Lehre und Praxis einig,²⁸ dass eine solche Kausalität nicht gegeben sein muss, doch zeigen gerade die oben beschriebenen Erwägungen des Bundesverwaltungsgerichts i.S. *«SIX»* zum Bezugerfordernis zwischen dem Primär- und den übrigen Märkten, auf denen sich der Missbrauch manifestiert, dass auch die Frage der Kausalität zwischen Marktstellung und wettbewerbsschädlichen Auswirkungen durchaus relevant ist.

sungen auf die schweizerische und europäische Praxis. Bezüglich der schweizerischen Praxis gerade auf die oben erwähnte Verfügung der WEKO vom 20. Oktober 2003 i.S. Veterinärmedizinische Tests/Migros, RPW 2003/4, 753 ff. (Fn. 10).

- 19 BVGer vom 18. Dezember 2018, B-831/2011, «SIX Group AG/SIX Payment Services gegen Wettbewerbskommission», Rn 826.
- 20 BVGer vom 18. Dezember 2018, B-831/2011, «SIX Group AG/SIX Payment Services gegen Wettbewerbskommission», Rn 825.
- 21 BVGer vom 18. Dezember 2018, B-831/2011, «SIX Group AG/SIX Payment Services gegen Wettbewerbskommission», Rn 827 f.
- 22 BGE 137 II 199 ff., «Eidg. Volkswirtschaftsdepartement gegen Swisscom (Schweiz) AG und Swisscom (Schweiz) AG gegen Wettbewerbskommission».
- 23 BVGer vom 24. November 2016, B-3618/2013, «Starticket/Ticketportal gegen AG Hallenstadion/Ticketcorner AG».
- 24 EuGH vom 21. März 1972, 6/72, «Euroemballage und Continental Can Company/Kommission», EuGH vom 13. Februar 1979, 85/76, «Hoffmann-La Roche» und EuGH vom 14. November 1996, C-333/94 P, «Tetra Pak».
- 25 BVGer vom 24. November 2016, B-3618/2013 E. 4.3.4, «Starticket AG/Ticketportal AG gegen AG Hallenstadion/Ticketcorner AG».
- 26 BGE 137 II 199 ff. E. 281, «Eidg. Volkswirtschaftsdepartement gegen Swisscom (Schweiz) AG und Swisscom (Schweiz) AG gegen Wettbewerbskommission».
- 27 BGer vom 12. Februar 2020, 2C_113/2017, «AG Hallenstadion/Ticketcorner gegen Starticket/Ticketportal» und BVGer vom 24. November 2016, B-3618/2013, «Starticket/Ticketportal gegen AG Hallenstadion/Ticketcorner AG», Rn 829 f.
- 28 Siehe Fn. 10; vgl. BGE 146 II 217 ff. E. 4.1, «Swisscom AG und Swisscom (Schweiz) AG gegen Wettbewerbskommission i.S. Preispolitik Swisscom ADSL», mit Verweis auf BGE 139 I 72 ff. E. 10.1.1, «Publigroupe»; BGE 137 II 199 ff. E. 4.3.4, «Eidg. Volkswirtschaftsdepartement gegen Swisscom (Schweiz) AG und Swisscom (Schweiz) AG gegen Wettbewerbskommission».

bb) Kausalitätserfordernis zwischen Missbrauch und der Wettbewerbsverfälschung

Mit Bezug auf die Kausalität zwischen dem missbräuchlichen Verhalten und der Wettbewerbsverfälschung bejaht das Bundesverwaltungsgericht zumindest implizit eine solche Kausalität,²⁹ meint aber in diesem Zusammenhang, dass die Wettbewerbsverfälschung nicht in Form von tatsächlichen Auswirkungen nachgewiesen werden müsse; «*massgeblich ist die Wahrscheinlichkeit einer Schädigung und nicht der Nachweis einer tatsächlich eingetretenen Schädigung*».³⁰ Der Gesetzgeber habe durch die Statuierung von Regelbeispielen in Artikel 7 Abs. 2 KG klargestellt, dass bei Vorliegen solcher Sachverhalte in jedem Fall eine nachteilige Auswirkung auf den Wettbewerb vorliegt und dass in diesem Zusammenhang keine «*theory of harm*» geprüft werden müsse.³¹ Ein «*monokausaler*» Nachweis von tatsächlichen wettbewerbsschädlichen Auswirkungen «*allein aufgrund der unangemessenen Verhaltensweise*» sei nicht möglich.³²

Beim Beweismass für die Feststellung einer Wettbewerbsverfälschung nimmt die Weko den Wahrscheinlichkeitsbeweis bzw. das Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit an.³³ Dieses Beweismass gelte (auch) für «*den Nachweis des natürlichen Kausalzusammenhangs oder bei hypothetischen Kausalzusammenhängen*».³⁴

b) Urteil des Bundesgerichts vom 9. Dezember 2019 i.S. «Swisscom gegen Weko i.S. Preispolitik Swisscom ADSL»

Gegenstand dieses Urteils³⁵ war die Preispolitik der Swisscom im Zusammenhang mit ADSL-Diensten. Fernmelde-diensteanbieter, welche wie die Swisscom Breitbanddienste an Endkunden anbieten, müssen das Netzwerk der Swisscom benutzen. Aufgrund der Preise der Swisscom auf der Vorleistungs- und Endkundenebene fühlten sich einzelne Wettbewerber der Swisscom benachteiligt und warfen letzterer ein missbräuchliches Verhalten in Form einer Kosten-Preisschere vor. Das Bundesgericht bestätigte dabei den Entscheid der Weko, welche die Swisscom für dieses Verhalten mit einer hohen Sanktion belegte. Das Urteil des Bundesgerichts war einerseits umstritten, weil es zu Kosten-/Preisscheren-Sachverhalten im Zeitpunkt, in welchem sich das betreffende Verhalten der Swisscom abspielte, keine gefestigte Praxis gab³⁶ und andererseits bemerkenswert, weil es zwei wichtige materielle Erkenntnisse des ein Jahr zuvor ergangenen Urteils des Bundesverwaltungsgerichts i.S. «SIX» offensichtlich nicht übernahm. Dies betrifft zum einen die Aussage, wonach ab einem Marktanteil von 50% eine Vermutung für eine marktbeherrschende Stellung besteht³⁷ und zum anderen (und vorliegend relevant) die Feststellung des Bundesverwaltungsgerichts, dass bei Erfüllung der Beispieletatbestände nach Artikel 7 Abs. 2 KG keine «*theory of harm*» geprüft werden müsse.³⁸ Mit Verweisung auf ein bundesgerichtliches Urteil aus dem Jahr 2012³⁹ stellt das Bundesgericht fest, dass Artikel 7 Abs. 1 KG durch einen Beispieletatbestand in Artikel 7 Abs. 2 KG «*verdeutlicht*»

werde. «*Ob die darin aufgeführten Verhaltensweisen missbräuchlich sind, ist allerdings im Zusammenhang mit Artikel 7 Abs. 1 KG zu beurteilen. Mit anderen Worten ist im Einzelfall zu prüfen, ob eine Verhaltensweise nach Artikel 7 Abs. 2 KG eine Behinderung bzw. Benachteiligung i.S. des Artikels 7 Abs. 1 KG darstellt [...]. Insofern indizieren die Tatbestände von Abs. 2 nicht per se eine unzulässige Verhaltensweise, weshalb anhand des dualen Prüfungsmusters zu eruieren ist, ob unzulässiges Verhalten vorliegt: In einem ersten Schritt sind die Wettbewerbsverfälschungen (d.h. die Behinderung bzw. Benachteiligung von Marktteilnehmern) herauszuarbeiten und in einem zweiten Schritt mögliche Rechtfertigungsgründe («*legitimate business reasons*») zu prüfen*».⁴⁰

Entscheidend ist im bundesgerichtlichen Urteil die Aussage, dass «*die Wettbewerbsverfälschungen (d.h. die Behinderung bzw. Benachteiligung von Marktteilnehmern) herauszuarbeiten*» sind. Selbst wenn auf der Ebene des Beweismasses bei zunehmender Komplexität der Wahrscheinlich-

29 BVGer vom 18. Dezember 2018, B-831/2011, «SIX Group AG/SIX Payment Services gegen Wettbewerbskommission», Rn 1124 ff.

30 BVGer vom 18. Dezember 2018, B-831/2011, «SIX Group AG/SIX Payment Services gegen Wettbewerbskommission», Rn 1207 (s. zur Beurteilung des Charakters des Tatbestandsmerkmals Rn 1198 ff.).

31 BVGer vom 18. Dezember 2018, B-831/2011, «SIX», Rn 1124 ff., 1126. Der Nachweis der Geeignetheit für eine wettbewerbsschädliche Wirkung reicht aus (vgl. Rn 1128). Eine nachteilige Auswirkung auf den Wettbewerb müsse auch keine Erheblichkeitsschwelle überschreiten (Rn 1146). «*Da ein marktmissbräuchliches Verhalten angesichts der ohnehin bereits bestehenden Beeinträchtigung des wirksamen Wettbewerbs keine Anwendung von bestimmten Erheblichkeitsschwellen voraussetzt (vgl. Rn. 1146), führt bereits eine Einschränkung der Geschäftstätigkeit des Initiators zu einer nachteiligen Einwirkung, die es im Hinblick auf die Sicherung des Wettbewerbs zu berücksichtigen gilt.*» (Rn 1180, s. auch Rn 1192).

32 BVGer vom 18. Dezember 2018, B-831/2011, «SIX Group AG/SIX Payment Services gegen Wettbewerbskommission», Rn 1211.

33 BVGer vom 18. Dezember 2018, B-831/2011, «SIX Group AG/SIX Payment Services gegen Wettbewerbskommission», Rn 1214 ff.

34 BVGer vom 18. Dezember 2018, B-831/2011, «SIX Group AG/SIX Payment Services gegen Wettbewerbskommission», Rn 1218. Das Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit «*entspricht den Prinzipien zur Anwendung des Überzeugungsbeweises als Regelbeweismass und den hierzu anerkannten Ausnahmen, bei denen ein Überzeugungsbeweis nach der Natur der Sache nicht möglich oder nicht zumutbar ist ... Denn im Rahmen einer Prüfung von einzelnen Tatbeständen des Kartellgesetzes sind vielfach Einschätzungen mit beizuziehen, die sich auf zukünftige oder alternativ denkbare Ereignisse oder Auswirkungen beziehen. Dies entspricht einer Berücksichtigung von hypothetischen Kausalzusammenhängen ... Des Weiteren ist es offensichtlich, dass mit zunehmender Komplexität einer Materie auch die Anzahl der denkbaren Varianten eines Geschehensablaufs unweigerlich um ein Vielfaches zunimmt. [...]*» (Rn 1220).

35 BGE 146 II 217 ff., «Swisscom AG und Swisscom (Schweiz) AG gegen Wettbewerbskommission i.S. Preispolitik Swisscom ADSL».

36 Vgl. C. ZELLWEGER/P. ZURKINDEN, Ausdehnung der Sanktionstatbestände und die bundesgerichtliche Schaffung von rechtsfreiem Raum für staatliches Handeln im schweizerischen Kartellrecht, in: P. Jung/F. Krauskopf/C. Cramer (Hg.), Theorie und Praxis des Unternehmensrechts. Festschrift für Lukas Handschin, Zürich 2020, 847 ff.

37 BVGer vom 18. Dezember 2018, B-831/2011, «SIX Group AG/SIX Payment Services gegen Wettbewerbskommission», Rn 442.

38 Siehe bei Fn 13 ff. oben. Vgl. als Kommentierung des Urteils aus Sicht eines langjährigen Sekretariatsmitarbeiters auch S. BANGERTER, DCC-Urteil reduced. Wesentliche Erwägungen aus dem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts in Sachen DCC, Jusletter vom 14. Oktober 2019.

39 BGE vom 29. Juni 2012, 2C_484/2010, E. 10.1.1 f., «Publigroupe».

40 BGE 146 II 217 ff. E. 4.2, «Swisscom AG und Swisscom (Schweiz) AG gegen Wettbewerbskommission i.S. Preispolitik Swisscom ADSL».

keitsbeweis genügen soll, so muss diese Aussage des Bundesgerichts dahingehend verstanden werden, dass kontrafaktische Szenarien bei der Beurteilung der Wirkungen der in Frage stehenden Verhaltensweise zumindest dann zu prüfen sind, wenn solche vernünftigerweise nicht ausgeschlossen werden können; andernfalls wird dem Kriterium des «Herausarbeitens» nach hier vertretener Ansicht nicht Genüge getan.

3. Fazit aus der jüngsten Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts und des Bundesgerichts

Nach der obigen Analyse der Lehre und Praxis kann bezüglich der Frage des Kausalitätserfordernisses und des Erfordernisses von kontrafaktischen Szenarien folgendes Fazit nach Schweizer Recht gezogen werden:

Eine Kausalität zwischen der marktbeherrschenden Stellung und dem Missbrauch wird sowohl in der Lehre wie auch in der Praxis abgelehnt.⁴¹ Ebenso wird ein Kausalitätserfordernis zwischen Marktbeherrschung und wettbewerbschädlichen Auswirkungen abgelehnt.⁴² Dennoch lassen die oben erwähnten Erwägungen des Bundesverwaltungsgerichts zum Bezugserfordernis zwischen dem sog. primären Markt, in welchem die marktbeherrschende Stellung festgestellt wird, und den Märkten, in denen der Missbrauch bzw. die Wettbewerbsverfälschung erfolgt, und die in diesem Zusammenhang gemachten Verweisungen⁴³ einen gewissen Interpretationsspielraum zu.

So erscheint ein Widerspruch in der Argumentation des Bundesverwaltungsgerichts erkennbar, als es einerseits mit Verweisung auf die bereits erwähnte Rechtsprechung verlangt, dass ein Bezug zwischen dem Markt, auf welchem die marktbeherrschende Stellung festgestellt wird, und denjenigen Märkten, auf welchen der Missbrauch stattfindet, besteht und dann aber andererseits ein Kausalitätserfordernis zwischen Marktstellung und Missbrauch u.a. damit verneint, dass eine Ablehnung eines Geschäfts keine marktbeherrschende Stellung bedingt.⁴⁴

Entscheidend ist nach hier vertretener Auffassung, ob der (angebliche) Missbrauch eine Verbesserung der Marktstellung des marktbeherrschenden Unternehmens und damit die Wettbewerbsschädigung zur Folge hat und hierzu erscheint die marktbeherrschende Stellung und dessen Einfluss auf die «Missbrauchsmärkte» doch unabdingbar. Das Bundesverwaltungsgericht selber verweist in seiner Ziffer 822 auf den oben erwähnten Entscheid der Weko i.S. «Veterinärmedizinische Tests/Migros»,⁴⁵ in welchem festgestellt wurde, dass die marktbeherrschende Stellung der Migros «ermöglicht» habe, den Missbrauch auf einem anderen Markt durchzuführen. Der gleiche Entscheid schliesst aus diesem «Ermöglichen» denn auch explizit auf eine Kausalität zwischen der Marktstellung und dem missbräuchlichen Verhalten (Rn 78). Ob ein «Ermöglichen» in jedem Fall auch eine Ursache oder eben eine Kausalität bedeuten muss, ist wohl diskussionswürdig. Es ist daher durchaus möglich, dass wir es bezüglich der Kausalität mit einem begrifflichen Problem zu tun haben. In jedem Fall scheint es aber sachlogisch zu

sein, dass die Marktstellung dem betreffenden Unternehmen die Grundlage bieten muss, sich in einem anderen Markt missbräuchlich zu verhalten. Ohne eine solche Grundlage würde ein Missbrauch nicht möglich sein bzw. würden die anderen Marktakteure dieses auf einem anderen Markt dominante Unternehmen disziplinieren. Bei einem solchen Bezugserfordernis wäre somit zu analysieren, ob das gleiche Verhalten auf dem Markt erfolgreich durchgeführt werden könnte, auch wenn das betreffende Unternehmen auf einem anderen Markt nicht marktbeherrschend wäre.

Der vom Bundesverwaltungsgericht verlangte Bezug zwischen diesen Märkten bedeutet somit, dass die Marktbeherrschung geeignet ist, die Wettbewerbsverhältnisse auf einem anderen Markt so zu beeinflussen, dass dort das marktbeherrschende Unternehmen erfolgreich ein missbräuchliches Verhalten tätigen kann. Fehlt hingegen ein solcher Zusammenhang zwischen der marktbeherrschenden Stellung und dem missbräuchlichen Verhalten bzw. der Wettbewerbsverfälschung, ist das Verhalten eines Marktbeherrschers nicht ursächlich zum effektiven Missbrauch bzw. zur Vergrösserung oder Etablierung seiner Marktstellung in einem anderen Markt bzw. zur Wettbewerbsverfälschung. Somit müssen aus dieser Optik bei dieser Analyse kontrafaktische Szenarien zwangsläufig berücksichtigt werden.

Hingegen wird die Kausalität zwischen der missbräuchlichen Verhaltensweise und den negativen Auswirkungen auf den Wettbewerb weder von der oben beschriebenen neuesten Rechtsprechung noch von der Literatur in Frage gestellt.⁴⁶ Dabei erscheint allerdings das Verhältnis zwischen Artikel 7 Abs. 2 KG und den darin enthaltenen Beispielstatbeständen einerseits und dem Grundtatbestand in Abs. 1 andererseits in der jüngsten Praxis als nicht ganz klar.

So verneint das Bundesverwaltungsgericht einerseits das Erfordernis einer «*theory of harm*» bei Erfüllung eines Beispieltatbestands, weil der Gesetzgeber klargestellt habe, dass mit der Erfüllung der Tatbestände in Abs. 2 eine nachteilige Einwirkung auf den Wettbewerb vorliegt.⁴⁷ Anderer-

41 Siehe oben, II.1. und 2.

42 AMSTUTZ/CARRON (Fn. 5), KG 7 N 21. Mit Bezug auf ein Kausalitätserfordernis zwischen Marktbeherrschung und wettbewerbschädlichen Auswirkungen meinen die Autoren, dass bei einer Bejahung eines solchen Erfordernisses man Gefahr laufen würde, die Marktbeherrschung als solche unter ein Verbot zu stellen. Vgl. oben, II. 2. a), Kommentierung des Urteils BVGer vom 18. Dezember 2018, B-831/2011, «SIX Group AG/SIX Payment Services gegen Wettbewerbskommission» und Rn 805 ff. des Urteils.

43 Vgl. oben, Fn 13 f.

44 Vgl. oben, Fn 9 f. und Fn 16.

45 S. oben, Fn 15.

46 AMSTUTZ/CARRON (Fn. 5), KG 7 N 21. Siehe auch BVGer vom 18. Dezember 2018, B-831/2011, «SIX Group AG/SIX Payment Services gegen Wettbewerbskommission», Rn 1055: «Den Gegenstand des allgemeinen Tatbestandsmerkmals der Wettbewerbsverfälschung bildet das Ausmass der potenziellen oder tatsächlichen nachteiligen Einwirkungen auf den bestehenden (Rest-)Wettbewerb auf den massgeblichen Märkten durch die Ablehnungshandlung des marktbeherrschenden Unternehmens» (Hervorhebung durch den Verf.).

47 BVGer vom 18. Dezember 2018, B-831/2011, «SIX Group AG/SIX Payment Services gegen Wettbewerbskommission», Rn 1126.

seits stellt das gleiche Urteil nur zwei Randziffern später fest, dass die «von einem bestimmten wirtschaftlichen Verhalten ausgehende Behinderung von anderen Wettbewerbsteilnehmern [...] demzufolge grundsätzlich anhand von dessen Geeignetheit für eine nachteilige Einwirkung auf den Wettbewerb zu beurteilen [ist].»⁴⁸ Weiter stellt das Bundesverwaltungsgericht fest, dass die nachteilige Einwirkung auf den Wettbewerb nicht nur rein hypothetischer Natur sein darf, es aber andererseits auch nicht erforderlich sei, dass tatsächlich ein Schaden eintritt. Es sei bereits ausreichend, wenn eine potenzielle Schädigung nachgewiesen werde.⁴⁹ Schliesslich bestimmt es, dass als Beweismass der Wahrscheinlichkeitsbeweis ausreiche.⁵⁰

Das ein Jahr später ergangene Urteil des Bundesgerichts stellt demgegenüber klar, dass die Beispieltatbestände in Abs. 2 von Artikel 7 KG keine per se Missbräuche indizieren und daher die konkrete Behinderung oder Benachteiligung von dritten Marktteilnehmern «herauszuarbeiten» ist.⁵¹ Damit dürfte die Aussage des Bundesverwaltungsgerichts, wonach für die Beispieltatbestände in Artikel 7 Abs. 2 KG keine Schädigungstheorie untersucht werden müsse und Artikel 7 KG ein Gefährdungsdelikt darstelle,⁵² relativiert und an den Nachweis der Kausalität zwischen dem Missbrauch und der Wettbewerbsbeeinträchtigung bzw. dem Nachweis der schädlichen Auswirkungen höhere Anforderungen gestellt werden.

Ob damit künftig der tatsächliche Eintritt von wettbewerbsschädlichen Wirkungen nachgewiesen werden muss, ist unklar. Hingegen gibt es gute Gründe dafür, dass bei Anwendung des Wahrscheinlichkeitsbeweises im Zusammenhang mit der Kausalität zwischen Missbrauch und Wettbewerbsbeeinträchtigung, hypothetische Kausalzusammenhänge, sofern nicht bloss theoretischer Natur, zu berücksichtigen sind. Dies wird bereits vom Bundesverwaltungsgericht selber in seinem Urteil i.S. «SIX» bestätigt.⁵³ Auch in der Rechtsprechung, auf welche das Bundesverwaltungsgericht verweist, wird darauf hingewiesen, «dass mit zunehmender Komplexität auch die Anzahl aller denkbaren Varianten eines Geschehensablaufs unweigerlich um ein Vielfaches zunimmt».⁵⁴ Ob in diesem Zusammenhang die Weko bei der Prüfung von Auswirkungen auf den Wettbewerb eines bestimmten Marktes aufgrund des Untersuchungsgrundsatzes auch kontrafaktische Szenarien zu berücksichtigen hat, ergibt sich wohl nur aus dem konkreten Einzelfall. Auch unter Berücksichtigung des verlangten Wahrscheinlichkeitsbeweises sollte aber die Berücksichtigung von kontrafaktischen Szenarien mit der neuesten Rechtsprechung des Bundesgerichts i.S. «ADSL», die eine strengere Betrachtungsweise bezüglich des Nachweises der Wettbewerbsverfälschung zeigt, zumindest dann gewährleistet sein, wenn diese im Kausalverlauf vernünftigerweise nicht ausgeschlossen werden können.

III. Bewertung nach EU- Recht

1. Die Bedeutung des EU-Rechts für die schweizerische Kartellrechtspraxis

Die WEKO orientiert sich in ihrer Praxis stark an der EU-Praxis und Rechtsprechung.⁵⁵ Dies nicht zuletzt auch deshalb, weil sich der Schweizer Gesetzgeber bei der Ausgestaltung des Kartellgesetzes stark vom EU-Kartellrecht inspirieren liess. Die Bestimmungen zu den unzulässigen Wettbewerbsabreden (Artikel 5 KG und Artikel 101 AEUV) weisen dieselbe Grundstruktur auf. Das Bundesgericht hielt mit Bezug auf vertikale Abreden (Artikel 5 Abs. 4 KG) ausdrücklich fest, dass der Gesetzgeber eine materiell identische Regelung treffen wollte.⁵⁶ Das EU-Kartellrecht gilt auch bei der Beurteilung von Horizontalabreden als Orientierungshilfe.⁵⁷ Auch bei der Ausgestaltung der Bestimmungen zum Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung (Artikel 7 KG) orientierte sich der Schweizer Gesetzgeber am EU-Kartellrecht.⁵⁸ Das Bundesgericht hielt im oben mehrfach zitierten Urteil i.S. «Swisscom gegen Weko i.S. Preispolitik ADSL» denn auch explizit fest, dass für die Auslegung von Artikel 7 KG

48 BVGer vom 18. Dezember 2018, B-831/2011, «SIX Group AG/SIX Payment Services gegen Wettbewerbskommission», Rn 1128.

49 BVGer vom 18. Dezember 2018, B-831/2011, «SIX Group AG/SIX Payment Services gegen Wettbewerbskommission», Rn 1203 ff.

50 BVGer vom 18. Dezember 2018, B-831/2011, «SIX Group AG/SIX Payment Services gegen Wettbewerbskommission», Rn 1214 ff.

51 BGE 146 II 217 ff. E. 4.2, «Swisscom AG und Swisscom (Schweiz) AG gegen Wettbewerbskommission i.S. Preispolitik Swisscom ADSL».

52 Vgl. dazu auch BANGERTER (Fn. 38), N 19, 21, 62, 68 f.

53 Zur Begründung seiner Feststellung, wonach für einen rechtsgenügenden Nachweis von kartellrechtlichen Tatbestandsmerkmalen bei «Vorliegen der Wettbewerbskomplexität» das Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit genüge, stellt es fest: «Denn im Rahmen einer Prüfung von einzelnen Tatbeständen des Kartellgesetzes sind vielfach Einschätzungen mit einzubeziehen, die sich auf zukünftige oder alternativ denkbare Ereignisse oder Auswirkungen beziehen» (BVGer vom 18. Dezember 2018, B-831/2011, «SIX Group AG/SIX Payment Services gegen Wettbewerbskommission», Rz 1219 f.).

54 BVGer vom 14. September 2015, B-7633/2009, «Swisscom AG und Swisscom (Schweiz) AG gegen Wettbewerbskommission i.S. ADSL II», Rn 163. Vgl. auch BVGer vom 18. Dezember 2018, B-831/2011, «SIX Group AG/SIX Payment Services gegen Wettbewerbskommission», Rn 1220. Siehe auch den BGE 121 III 358 ff., auf den trotz dessen zivilrechtliche Natur ebenfalls verwiesen wird und in dessen E. 5 die Vorinstanz aufgefordert wird, die Grundlagen zur Beurteilung des hypothetischen Kausalverlaufs besser abzuklären. Ebenso das BGE 107 II 269 ff. E. 1b, welches ebenfalls die überwiegende Wahrscheinlichkeit für einen bestimmten Kausalverlauf als genügend erachtet. Anders verhält es sich, wenn nach den besonderen Umständen des Falles weitere Möglichkeiten bestehen, die neben der behaupteten Ursachenfolge ebenso ernst in Frage kommen oder sogar näher liegen.

55 Vgl. S. BANGERTER/B. ZIRLICK, in: R. Zäch/R. Arnet/M. Baldi/R. Kiener/O. Schaller/F. Schraner/A. Spühler (Hg.), KG. Kommentar zum Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, Zürich 2018, KG 5 N 41.

56 Vgl. BGE 143 II 297 ff. E. 6.2.3, «Gaba», s. auch E. VII der Weko-Vertikalbekenntmachung.

57 A. HEINEMANN, Das Gaba-Urteil des Bundesgerichts: Ein Meilenstein des Kartellrechts, ZSR 2018, 112.

58 Vgl. BGE 139 I 72 ff. E. 8.2.3, «Publigroupe SA und Mitb. gegen Wettbewerbskommission» und BGE 146 II 217, «Swisscom AG und Swisscom (Schweiz) AG gegen Wettbewerbskommission i.S. Preispolitik Swisscom ADSL»; Botschaft zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 23. November 1994 (Botschaft KG), BBl 1995 I 468 ff., 494 und 531.

auf die Literatur und Praxis zu Artikel 102 AEUV zurückgegriffen werden könne.⁵⁹

Im Gegensatz zur zuvor beschriebenen wettbewerblichen Durchsetzungspraxis in der Schweiz befassen sich die Europäische Kommission («Kommission») und die EU-Gerichte ausdrücklich mit dem kontrafaktischen Szenario. Daher wird zunächst separat auf die Frage eingegangen, inwieweit das kontrafaktische Szenario nach EU-Recht Berücksichtigung findet (s. unten, 2.). Im Anschluss wird auf das Erfordernis einer Kausalbeziehung zwischen Marktbeherrschung und Missbrauchsverhalten sowie zwischen Missbrauchsverhalten und Wettbewerbschädigung im EU-Recht näher eingegangen (s. unten, 3.).

2. Berücksichtigung von kontrafaktischen Szenarien nach EU-Recht

Der EuGH berücksichtigte das kontrafaktische Szenario bereits im Jahr 1966 im Urteil «*Société Technique Minière*». Darin wies er darauf hin, dass sich eine wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung nach Artikel 101 AEUV aus der Gesamtheit oder einem Teil der Bestimmungen der Vereinbarung selbst ergeben müsse. «*Damit die Vereinbarung vom Verbot erfasst wird, müssen Voraussetzungen vorliegen, aus denen sich insgesamt ergibt, dass der Wettbewerb tatsächlich spürbar verhindert, eingeschränkt oder verfälscht worden ist. Hierbei ist auf den Wettbewerb abzustellen, wie er ohne die streitige Vereinbarung bestehen würde.*»⁶⁰

Die Prüfung des kontrafaktischen Szenarios ist heute bei der Anwendung von Artikel 101 und 102 AEUV gängige Praxis.⁶¹ Dies war nicht immer der Fall, denn zunächst berücksichtigten die Kommission und die EU-Gerichte allein bestimmte, als wettbewerbswidrig eingestufte Verhaltensweisen (sog. *form-based approach*) und stellten die Frage nach den wettbewerblichen Auswirkungen der fraglichen Handlung auf das konkrete Marktumfeld zurück.⁶²

Problematisch war dabei jedoch, dass viele als missbräuchlich eingestufte Verhaltensweisen auch wettbewerbsfördernd wirken können.⁶³ Bei der Analyse des fraglichen Verhaltens wurden daher zunehmend die konkreten Marktumstände berücksichtigt, und zwar durch die Erstellung eines kontrafaktischen Szenarios. In der Praxis der Kommission erfolgte dies zunächst im Rahmen der Fusionskontrolle. In ihren Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse führte die Kommission aus, dass in den meisten Fällen die zum Zeitpunkt des Zusammenschlusses vorherrschenden Wettbewerbsbedingungen der Vergleichsmassstab zur Bewertung der Auswirkungen einer Fusion sind. «*Unter besonderen Umständen kann die Kommission jedoch zukünftige Änderungen im Markt berücksichtigen, die mit einiger Sicherheit erwartet werden können.*»⁶⁴ Sie prüft in ihren fusionskontrollrechtlichen Freigabeentscheidungen daher regelmässig das kontrafaktische Szenario (*ex-ante Betrachtung*).⁶⁵

Sodann war auch in der nachträglichen Wettbewerbsaufsicht eine Verlagerung hin zum Auswirkungsgrundsatz (sog. *effects-based approach*) zu beobachten, beginnend mit

den Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel 102 AEUV auf Fälle von Behinderungsmisbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen. Darin stellte sie erstmals die Regel auf, dass bei jedem einzelnen Verfahren die tatsächliche Situation auf dem relevanten Markt mit einer kontrafaktischen Fallkonstellation, in der das marktbeherrschende Unternehmen nicht auf die fragliche Verhaltensweise zurückgreift, verglichen werden muss.⁶⁶

Auch in den Leitlinien für die nationalen Gerichte zur Schätzung des auf den mittelbaren Abnehmer abgewälzten Preisaufschlags greift die Kommission auf die Erstellung von kontrafaktischen Szenarien zurück. Sie stellt dort verschiedene Methoden und Techniken vor, um kontrafaktische Szenarien anzufertigen. Sie erklärt darin ausdrücklich, dass kontrafaktische Szenarien von den Wirtschaftswissenschaften und der Rechtsprechung entwickelt wurden, um die Auswirkungen einer vermuteten Zuwiderhandlung gegen die Wettbewerbsvorschriften von anderen Faktoren zu isolieren, die sich ebenfalls auf den beobachteten Markt auswirken können.⁶⁷

Auch die neuere EU-Rechtsprechung verlangt, dass die Behörde kontrafaktische Vorbringen der Parteien zu prüfen hat, wenn das betreffende Unternehmen sich darauf beruft. So stellte der EuGH in der Sache Intel im Jahr 2017 fest, dass, «*wenn das betroffene Unternehmen im Verwaltungsverfahren, gestützt auf Beweise, geltend macht, dass sein Verhalten nicht geeignet gewesen sei, den Wettbewerb zu beschränken und insbesondere die beanstandeten Verdrängungswirkungen zu erzeugen*», die Kommission nicht nur verpflichtet ist, das Ausmass der beherrschenden Stellung des Unternehmens auf dem massgeblichen Markt und den Umfang der Markterfassung durch die beanstandete Praxis, sondern auch das Vorliegen einer eventuellen Strategie zur Verdrängung der mindestens ebenso leistungsfähigen Wettbewerbers zu prüfen.⁶⁸

Ebenso führte der EuGH in der Rechtssache Generics (UK) aus, dass bei der Beurteilung der Auswirkungen einer

59 BGE 146 II 217 ff. E. 4.3, «Swisscom AG und Swisscom (Schweiz) AG gegen Wettbewerbskommission i.S. Preispolitik Swisscom ADSL» mit Verweisung auf weitere Rechtsprechung.

60 EuGH vom 30. Juni 1966, C-56/65, «*Société Technique Minière*», 303 f.

61 Vgl. unten.

62 EuGH vom 13. Februar 1979, 85/76, «*Hoffmann-La Roche*», Rn 89; EuG vom 17. Dezember 2003, T-219/99, «*British Airways*», Rn 293.

63 Die Zukunft der Missbrauchsaufsicht in einem ökonomisierten Wettbewerbsrecht, Tagung des Arbeitskreises Kartellrecht, 20.9.2007, Hintergrundpapier des BKartA, 5.

64 Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse, ABl. 2004, C 31/5, Rn 9.

65 Vgl. Entscheidung der Kommission vom 28. August 2009 zur Feststellung der Vereinbarkeit eines Zusammenschlusses mit dem Gemeinsamen Markt und dem EWR-Abkommen, Sache COMP/M.5440 – Lufthansa/Austrian Airlines, Rn 57 ff.

66 Mitteilung der Kommission, Erläuterungen zu den Prioritäten bei der Anwendung von Artikel 82 des EG-Vertrags auf Fälle von Behinderungsmisbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, ABl. vom 24. Februar 2009, Nr. C 45, 7, Rn 21.

67 Abl. vom 9. August 2019, Nr. C 267, 4, Rn. 85 ff.

68 EuGH, NZKart 2017, 525 ff., «Intel».

Absprache nach Artikel 101 AEUV der Wettbewerb so zu betrachten ist, wie er ohne die fragliche Vereinbarung bestehen würde.⁶⁹ Bei der dazu erforderlichen Feststellung zum zuwiderhandlungsfreien (bzw. kontrafaktischen) Szenario muss das Gericht aber nicht endgültig feststellen, welche Erfolgsaussichten das kontrafaktische Szenario gehabt hätte. Vielmehr handelt es sich um Gesichtspunkte, «die bei der Prüfung der Frage zu berücksichtigen sind, wie sich der Markt ohne den Vergleich wahrscheinlich verhalten hätte und welche Struktur er dann gehabt hätte.»⁷⁰

Der EuGH führte diese Rechtsprechung auch im kürzlich ergangenen Urteil *Budapest Bank* fort, in dem er ausführt, dass, wenn nicht davon ausgegangen werden kann, dass die betreffende Vereinbarung einen wettbewerbswidrigen Zweck verfolgt, zu prüfen ist, ob sie wegen der Wettbewerbsstörungen, die sie bewirkt, als verboten angesehen werden kann. Hierzu sei der Wettbewerb so zu betrachten, wie er ohne diese Vereinbarung bestehen würde, um deren Auswirkungen auf die Wettbewerbsparameter, wie Preis, Menge und Qualität der Produkte und Dienstleistungen, zu beurteilen.⁷¹ Nach Anwendungspraxis und Lehre ist die Prüfung eines kontrafaktischen Szenarios im EU-Recht somit eindeutig geboten. Dies gilt jedenfalls dann, wenn eine Partei das kontrafaktische Verfahren vorbringt, um sich zu entlasten. Dieses Erfordernis müsste konsequenterweise auch für sämtliche relevanten Kausalbeziehungen im EU-Wettbewerbsrecht gelten (s. dazu 3.).

3. Erfordernis einer Kausalbeziehung nach EU-Recht

Im EU-Recht ist im Hinblick auf das Kausalitätserfordernis bei der Anwendung von Artikel 102 AEUV zu unterscheiden zwischen dem Verhältnis (a) Marktbeherrschung – Missbrauchsverhalten bzw. Wettbewerbsschädigung und dem Verhältnis (b) Missbrauchsverhalten – Wettbewerbsschädigung.

a) Kausalitätserfordernis zwischen Marktbeherrschung und Missbrauchsverhalten bzw. Wettbewerbsschädigung

aa) Ursprüngliches engeres Verständnis

Die Unionsgerichte lehnten zunächst ein Kausalitätserfordernis zwischen Marktbeherrschung und Missbrauchsverhalten strikt ab, denn die Verstärkung der Stellung eines Unternehmens könne ohne Rücksicht darauf, mit welchen Mitteln und Verfahren sie erreicht worden ist, missbräuchlich und nach Artikel 102 AEUV verboten sein.⁷² Massgeblich sei demnach allein der Eintritt eines objektiven Erfolges der fraglichen Verhaltensweisen ohne notwendige Verbindung zur Marktposition des betroffenen Unternehmens.⁷³ Auch die Kommission vertrat in ihrer Entscheidungspraxis zunächst diese Auffassung.⁷⁴ Viele Stimmen in der Literatur folgten dieser Linie mit Verweis auf eine anderenfalls drohende Einschränkung des Anwendungs- und Schutzbereichs der Vorschrift.⁷⁵ Durch die in diesem Zusammenhang oft er-

folgte Betonung der besonderen Verantwortung der Marktbeherrscher für den dauerhaft geschwächten «Rest-Markt» ergab sich hieraus quasi eine Marktstrukturaufsicht, die Anlass zu vielfältiger Kritik gab.⁷⁶

bb) Kritik am engen Verständnis

Dementsprechend gibt es in der Literatur, gerade in jüngerer Zeit, eine zunehmend deutliche Position, die ein solches Kausalitätserfordernis annimmt. Deren Vertreter führen gegenüber der ursprünglichen kategorischen Betrachtung einen differenzierteren Ansatz, der in seinem Ausgangspunkt auf den Wortlaut, die gesetzliche Systematik und die Zielsetzung von Artikel 102 AEUV Bezug nimmt und diesen entsprechend weiterentwickelt. Bereits dem Normtext «*missbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung*» sei ein bestimmtes Kausalitätserfordernis zu entnehmen, da die Marktbeherrschung zwar keine zwingende Vorbedingung für die Ausübung einer wettbewerbsschädigenden Handlung, aber zumindest ein Grund für deren Existenz und Ausmass sein müsse. Je nach Ausprägung der konkreten Missbrauchsform sei somit sogar in bestimmten Fällen der Nachweis einer wettbewerbsfeindlichen Instrumentalisierung der marktmächtigen Stellung erforderlich, um den Vorgaben von Artikel 102 AEUV gerecht zu werden, so z.B. bei stark verhaltensbezogenen Missbrauchsformen wie Kopplungsangeboten oder Geschäftsverweigerungen.⁷⁷

Dabei bleibt zum Teil offen, ob sich das Erfordernis der Kausalitätsbeziehung auf die Kausalität zwischen Marktbeherrschung und Missbrauchsverhalten (Verhaltenskausalität) oder zwischen Marktbeherrschung und Wettbewerbsschädigung (Ergebniskausalität) beziehen soll. Dieser – gerade gegenüber der bisherigen Rechtsprechung aus den 1970er Jahren – differenziertere Ansatz beruht jedenfalls auf einem weiteren Kausalitätsbegriff, der nicht ausschliesslich darauf abstellt, ob eine bestimmte Marktposition ein Unternehmen erst dazu befähigt, ein bestimmtes Marktverhalten mit konkreten Handlungen durchzuführen. Vielmehr sei eine Kausalitätsbetrachtung zwischen der Marktmacht eines Unternehmens und den wettbewerbsschädigenden Auswirkungen dessen missbräuchlicher Handlungen anzu-

69 EuGH vom 30. Januar 2020, C-307/18, «Generics (UK)» u.a., Rn 118; EuGH vom 11. September 2014, C-382/12 P, «MasterCard u.a./Kommission», Rn 161.

70 EuGH vom 30. Januar 2020, C-307/18, «Generics (UK)» u.a., Rn 120.

71 EuGH vom 2. April 2020, C-228/18, «Budapest Bank», Rn 55, mit Verweis auf weitere Urteile.

72 EuGH vom 21. Februar 1973, 6/72, «Continental Can».

73 EuGH vom 13. Februar 1979, 85/76, «Hoffmann-La Roche», EuGH vom 17. Juli 1998, T- 111/96, «ITT Promedia».

74 Entscheidung der Kommission vom 14. Dezember 1985 betreffend ein Verfahren nach Artikel 86 des EWG-Vertrags (IV/30.698 – ECS/AKZO), ABL vom 31. Dezember 1985, Nr. L 374, 1.

75 S. dazu II. 3. a) bb).

76 Idem.

77 A. FUCHS, in: U. Immenga/E.-J. Mestmäcker (Hg.), Wettbewerbsrecht Band 1. EU, Kommentar zur Europäischen Kartellrecht, 6. Aufl., München 2019, AEUV 102 N 136, Fn. 633 m.w.N.

stellen, um den Anforderungen von Artikel 102 AEUV zu genügen.⁷⁸

Dieses Kriterium wird – in Abgrenzung von der als zu eng angesehenen instrumentellen Kausalität – auch als Ergebniskausalität oder normative Kausalität bezeichnet.⁷⁹ Zu dieser Form der Kausalität machen die o.g. Urteile der Unionsgerichte keine Aussagen, da hierzu von den Klägern nichts Näheres vorgetragen worden war. Somit ist der zitierten Rechtsprechung auch nicht zwingend zu entnehmen, dass diese Art der Kausalität unangemessen ist.

cc) Aktuelle Entscheidungspraxis

Eine solche differenziertere Kausalitätsbetrachtung ist nunmehr auch einigen Urteilen der Unionsgerichte zu entnehmen. So führte der EuGH zum Vorteil des betroffenen Unternehmens aus, dass im Rahmen von Artikel 102 AEUV kein Zusammenhang zwischen beherrschender Stellung und missbräuchlichem Verhalten gegeben sei, wenn sich das Verhalten auf einem Markt auswirkt, der nicht von der beherrschenden Stellung erfasst wird.⁸⁰

Diese Betrachtung erscheint im Lichte aller relevanten Gesichtspunkte als zutreffend, denn sie orientiert sich eng am Wortlaut und an der Zielsetzung der nachträglichen Missbrauchsaufsicht gemäss Artikel 102 AEUV, die einzelfallorientiert solche Verhaltensweisen missbilligt, die nur aufgrund einer beherrschenden Stellung möglich sind, nicht aber generell marktstarken Unternehmen umfassende Beschränkungen auferlegt, was durch eine zu eng gefasste, rein instrumentelle Kausalitätsbetrachtung im Ergebnis der Fall wäre.

dd) Notwendige Differenzierungen

Für die Anwendungspraxis dieses Kriteriums ist wiederum zu unterscheiden zwischen der jeweiligen konkreten Form des missbräuchlichen Verhaltens. Beim Ausbeutungsmissbrauch bezieht sich der Vorwurf in der Regel direkt auf die betreffende Handlung bzw. Verhaltensweise des Unternehmens zum Nachteil ganz bestimmter Dritter, so dass in der Regel eine engere Auslegung des Kausalitätserfordernisses angemessen scheint, bei der geringere Nachweise ausreichen könnten. Dies gilt vor allem in Fällen, in denen das schädigende Verhalten eine Marktmacht notwendigerweise voraussetzt, da dieses für nicht marktmächtige Unternehmen keinen wirtschaftlichen Sinn macht. Hierzu zählen z.B. überhöhte Preise, deren Durchführung nur marktmächtigen Unternehmen möglich ist.

In diesen Fällen ist das Kausalitätskriterium in der Regel ohne weitere Untersuchungen bzw. Darlegungen als erfüllt anzusehen.⁸¹ Sodann wird angenommen, dass die Verhaltensweisen bereits aus sich selbst heraus als inakzeptabel und wettbewerbschädigend anzusehen sind, selbst wenn das damit verfolgte wirtschaftliche Ziel, wie z.B. die Gewinnung neuer Kunden oder Maximierung des Umsatzes und/oder Gewinns, unbedenklich sind.

In Fällen des Behinderungsmissbrauchs bezieht sich der Vorwurf dagegen eher indirekt auf die längerfristige ver-

ursachten schädigenden Auswirkungen auf den Markt und auf einen unbestimmten Kreis von Dritten. In solchen Fällen sind strikere Anforderungen an die Kausalität zwischen Marktbeherrschung und wettbewerbschädigendem Verhalten zu stellen, so dass die Behörde insofern einer erhöhten Begründungspflicht unterliegt.⁸² Da bestimmte Verhaltensformen, die im Licht von Artikel 102 AEUV unter den Behinderungsmisbrauch fallen, auch von nicht marktmächtigen Unternehmen begangen werden können, aber nur für marktmächtige Unternehmen verboten sind, ist somit näher zu untersuchen, ob eine kausale Verbindung zwischen der Marktmacht und dem wettbewerbschädigenden Verhalten des Unternehmens vorliegt.

Ohne diese Voraussetzung wäre die spezifische Schutzfunktion von Artikel 102 AEUV im Gefüge der EU-Wettbewerbsvorschriften nicht hinreichend gewahrt, denn davon sollen gerade solche Fälle erfasst werden, in denen ein Unternehmen durch seine herausgehobene Marktstellung in die Lage versetzt wird, die Aufrechterhaltung eines wirksamen Wettbewerbs auf dem relevanten Markt zu verhindern.⁸³ Dies wiederum setzt jedenfalls einen denklolgischen Zusammenhang zwischen Marktmacht und Wettbewerbsverfälschung voraus, welcher gerade durch das Kausalitätserfordernis im Rahmen der rechtlichen Würdigung hergestellt wird.

ee) Folgen für die Beweislast

Auch beim Behinderungsmissbrauch sind mehrere Fallgestaltungen möglich, je nachdem ob die Marktbeherrschung eine notwendige Voraussetzung für den Eintritt der Wettbewerbsverfälschung ist oder nicht. Ein Kopplungsverkauf oder eine Lieferverweigerung mit einem bzw. für ein notwendiges Vorprodukt dürfte in der Regel nur marktmächtigen Unternehmen möglich sein, da ein Unternehmen solche Praktiken gewöhnlich nicht aufgrund eigener Leistung, sondern eher durch den Einsatz von Marktmacht durchzuführen in der Lage ist. Diese Marktmacht erlaubt dann gerade die Vorgabe eines gekoppelten Angebots von Produkten oder Dienstleistungen oder die Verweigerung der Belieferung mit einzelnen Produkten oder Dienstleistungen an die Abnehmer, sei es auf derselben oder auf der nachgelagerten Wirtschaftsstufe.⁸⁴

Wenn die Wettbewerbsverfälschung dagegen keine bestehende Marktmacht voraussetzt, sind von der ermittelnden Behörde jedenfalls weitere Feststellungen über den Kausalzusammenhang zwischen beiden Merkmalen nötig, um

78 F. BIEN, in: F. J. Säcker/F. Bien/P. Meier-Beck/F. Montag (Hg.), Münchener Kommentar zum Wettbewerbsrecht EU-Wettbewerbsrecht, 3. Aufl., München 2020, AEUV 102 N 270.

79 F. BIEN (Fn. 78), AEUV 102 N 270 ff.

80 EuGH vom 14. November 1996, C-333/94 P, «Tetra Pak», Rn 27; vgl. auch EuG vom 7. Oktober 1999, T-228/97 «Irish Sugar», Rn 66.

81 U. BARTL in: H. Schröter/T. Jakob/R. Klotz/W. Mederer (Hg.), Europäisches Wettbewerbsrecht. Grosskommentar, 2. Aufl., Baden-Baden 2014, AEUV 102 N 168.

82 BIEN (Fn. 78), AEUV 102 N 279 ff.

83 EuGH vom 13. Februar 1979, 85/76, «Hoffmann-La Roche», Rn 38.

84 BIEN (Fn. 78), AEUV 102 N 289.

zu einer angemessenen rechtlichen Würdigung zu gelangen.⁸⁵ Hierbei geht es um Verhaltensweisen, die zwar für sich genommen unbedenklich wären, wie z.B. den Ausbau der eigenen Marktanteile im Wettstreit mit anderen Anbietern, die allerdings in ihrer Ausübung durch ein marktmächtiges Unternehmen dennoch wettbewerbsschädigende Auswirkungen haben können.⁸⁶ In solchen Fällen führt das Kausalitätserfordernis dazu, dass die Behörde jedenfalls darzulegen hat, dass und inwiefern die marktbeherrschende Stellung ursächlich und wesentlich für den Eintritt der festgestellten Wettbewerbsschädigung war, um die Anwendbarkeit von Artikel 102 AEUV zu begründen.

Dies ist wiederum noch nicht bei jeder Verschiebung von Marktanteilen der Fall, sondern erst dann, wenn festgestellt werden kann, dass die Marktbeherrschung eine notwendige oder zumindest ausreichende Bedingung für eine Veränderung der Funktionsbedingungen des Marktes bzw. der Marktstruktur darstellt, sei es auf der Nachfrageseite, durch Marktabschottung über Rabattsysteme, langfristige Bezugs- bzw. Lieferverpflichtungen, oder auf der Angebotsseite, durch Disziplinierung, Abschreckung oder Ausschluss aktueller oder potenzieller Wettbewerber.⁸⁷ Auch die Unionsgerichte stellen in ihrer seit langem etablierten Rechtsprechung zu Artikel 102 AEUV wesentlich auf die Auswirkungen des missbräuchlichen Verhaltens auf die Marktstruktur ab.⁸⁸

In diesen Fällen ist somit im Rahmen einer Kausalitätsbetrachtung darzulegen, dass gerade die Marktbeherrschung ursächlich für die als wettbewerbsschädigend missbilligte Marktveränderung war. Erst dadurch wird der Schutzbereich von Artikel 102 AEUV berührt. Wenn dagegen die Markt(struktur)veränderung ganz oder überwiegend auf andere Gründe zurückzuführen ist, darf dies selbst einem marktbeherrschenden Unternehmen nicht angelastet werden.

ff) Abgrenzung zu nicht erfassten Fällen

Davon zu unterscheiden sind zudem solche Fälle, in denen überhaupt kein Zusammenhang zwischen der Marktmacht eines Unternehmens und ihrem wettbewerblichen Verhalten erkennbar ist. Sodann kann vertreten werden, dass der Schutzbereich von Artikel 102 AEUV mit seinem klaren Wortlaut («missbräuchliche Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung») nicht berührt ist. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn das missbilligte Verhalten in erster Linie nach anderen rechtlichen Massstäben zu messen ist als Artikel 102 AEUV und die evtl. bestehende Marktmacht deren schädigende Auswirkung entweder gar nicht beeinflusst oder lediglich verstärkt.

Somit ist die in der EU-Rechtsprechung allgemein anerkannte Regel, dass marktmächtige Unternehmen eine erhöhte Verantwortung für den Markt haben,⁸⁹ nicht so zu verstehen, dass jegliches Fehlverhalten im Markt auch anhand von Artikel 102 AEUV aufgegriffen werden darf. Insofern ist das Kausalitätserfordernis relevant und hat eine wichtige Filterwirkung für die ermittelnden Behörden.

Anhand dieses Kriteriums haben die zuständigen Wettbewerbsbehörden, sei es die Kommission oder die entspre-

chenden nationalen Einrichtungen, somit zu entscheiden, ob sie gegen bestimmte Verhaltensweisen vorgehen können oder nicht. Anhand des Kausalitätserfordernisses gibt es sodann bestimmte Verhaltensweisen, die sich eindeutig vom Anwendungsbereich von Artikel 102 AEUV ausschliessen lassen, da sie von anderen spezielleren Normen erfasst werden. Hierzu gehören etwa Verstösse gegen die Gesetze zum Schutz gegen unlauteren Wettbewerb, zum Verbraucherschutz und zur Datensicherheit. Selbst wenn es im Einzelfall denkbar ist, dass solche Verstösse durch das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung leichter begangen oder in ihren Auswirkungen auf die Marktgegenseite verstärkt werden könnten, ergibt sich hieraus noch nicht der für einen gleichzeitigen Verstoß gegen Artikel 102 AEUV erforderliche Kausalzusammenhang.⁹⁰

Für die Anwendungspraxis heisst dies, dass Verstösse, die nicht nur von marktmächtigen, sondern grundsätzlich von allen Unternehmen begangen werden können, in der Regel nur nach der spezialgesetzlichen Norm, nicht aber nach Artikel 102 AEUV verfolgt werden sollten, auch wenn der Wortlaut von Artikel 102 AEUV, der als Generalklausel ausgestaltet ist, eine solche Praxis zuliesse. Allerdings gibt es in diesem Zusammenhang in bestimmten Fällen auch Überschneidungen zwischen ausserkartellrechtlichen Verhaltensweisen und dem Missbrauchsverbot. Gerade in diesen Fällen ist dann aber darzulegen, dass und inwiefern das missbilligte Verhalten auf die Marktbeherrschung zurückzuführen ist, um den Anwendungsbereich von Artikel 102 AEUV nicht zu überdehnen.

Eine solche Darlegung erfolgte durch die Kommission und die Unionsgerichte etwa im Fall «AstraZeneca», indem es primär um die Irreführung von Patentämtern zur Verlängerung des Patentschutzes für eines ihrer Medikamente ging. Den Kausalzusammenhang zwischen der Marktmacht des Unternehmens und diesem Verhalten ergab sich nach Auffassung des Gerichts aus der Tatsache, dass es konkurrierenden Anbietern durch das marktbeherrschende Unternehmen erschwert wurde, entsprechende generische Medikamente auf den Markt zu bringen.⁹¹

Streitig wurde die Frage nach einem hinreichenden Kausalzusammenhang zwischen Marktmacht und Missbrauchsverhalten auch im Verfahren des BKartA gegen Facebook. Hier lag der Schwerpunkt des Vorwurfs im Bereich des Datenschutzes, jedoch nahm die Behörde an, dass Facebook nur aufgrund seiner Marktmacht in der Lage sei, dieses Verhalten zu zeigen.⁹² Im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes gegen den Beschluss des BKartA gab jedoch das

85 BIEN (Fn. 78), AEUV 102 N 273.

86 EuGH vom 21. Februar 1973, 6/72 «Continental Can», Rn 27.

87 BIEN (Fn. 78), AEUV 102 N 291.

88 EuGH vom 21. Februar 1973, 6/21, «Continental Can», s.o. Fn. 72; EuGH vom 13. Februar 1979, 85/76 «Hoffmann-La Roche», s.o. Fn. 73.

89 EuGH vom 9. November 1983, 322/81 «Michelin», Rn 57; EuGH vom 14. November 1996, C-333/94 P «Tetra Pak» s.o. Fn. 80, Rn 114.

90 BIEN (Fn. 78), AEUV 102 N 285.

91 EuGH vom 6. Dezember 2012, C-457/10 P, «AstraZeneca».

92 Beschluss des Kundeskartellamts vom 6. Februar 2019, B6-22/16.

OLG Düsseldorf den Eilanträgen Facebooks unter Bezugnahme auf die fehlende Kausalität zwischen Marktmacht und Missbrauch statt.⁹³

In seinem Beschluss vom 23. Juni 2020 stellte der BGH sodann klar, dass die Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung (bei einem Konditionenmissbrauch nach § 19 Abs. 1 GWB) nicht stets einen Kausalzusammenhang zwischen der Marktbeherrschung und dem missbilligten Verhalten voraussetzt. Ein kausaler Zusammenhang zwischen der Marktbeherrschung und der Wettbewerbsschädigung kann genügen, wenn aufgrund der besonderen Marktbedingungen das Verhalten des marktbeherrschenden Unternehmens zu Auswirkungen auf dem Markt führt, die bei funktionierendem Wettbewerb nicht zu erwarten wären, und zudem das beanstandete Verhalten nicht nur eine Ausbeutung darstellt, sondern gleichzeitig auch geeignet ist, den Wettbewerb zu behindern.⁹⁴

Ein kausaler Zusammenhang zwischen Marktbeherrschung und Wettbewerbsschädigung könne (bei zweiseitigen Plattformmärkten) insbesondere dann gegeben sein, wenn die Ausbeutung auf der einen Marktseite durch den Intermediär zugleich geeignet ist, den Wettbewerb auf dem beherrschten Markt sowie auf der anderen Marktseite zu beeinträchtigen. Geringere Anforderungen an die Kausalität zwischen Marktbeherrschung und Schädigung der Vertragspartner seien in diesem Fall aber gerechtfertigt, weil sich bereits aus der objektiven Eignung des Verhaltens zur Behinderung des Wettbewerbs ergebe, dass das Verhalten eine Ausnutzung der marktbeherrschenden Stellung unter dem Gesichtspunkt der Behinderung darstellt. Dies rechtfertige es, bei der erforderlichen Gesamtbeurteilung des Verhaltens auch für eine Ausnutzung der marktbeherrschenden Stellung zugunsten der Vertragspartner genügen zu lassen, dass die beanstandeten Nutzungsbedingungen zu Auswirkungen auf dem Markt führen, die unter den Bedingungen eines funktionierenden Wettbewerbs nicht zu erwarten wären.

Auch für eine Ausnutzung der marktbeherrschenden Stellung durch einen Behinderungsmissbrauch muss nach der Rechtsprechung des BGH nicht notwendigerweise ein streng festzustellender Kausalzusammenhang zwischen der Marktbeherrschung und dem missbilligten Verhalten bestehen, es reicht vielmehr ein Kausalzusammenhang mit der wettbewerbsbeeinträchtigenden Wirkung aus. Jedenfalls in einer Konstellation, in der der Marktbeherrscher seine marktbeherrschende Stellung zugunsten der Wettbewerber ausnutzt, wäre es nach Auffassung des BGH sachlich nicht zu rechtfertigen, die nachteiligen Wirkungen des Verhaltens wegen eines strengeren Kausalitäts- und Nachweiserfordernisses unberücksichtigt zu lassen.⁹⁵ Somit erkennt der BGH das Kausalitätserfordernis zwar im Grundsatz an, legt es allerdings in der Anwendungspraxis eher restriktiv aus, jedenfalls in zweiseitigen Plattformmärkten.

In der Literatur verursachten Fälle wie AstraZeneca und Facebook zunächst deutliche Kritik an einer Instrumentalisierung des Kartellrechts für ausserkartellrechtliche Normverstösse.⁹⁶ Allerdings mehren sich nun auch Stimmen, die in dieser Verbindung eine praktische Handhabe sehen, be-

stimmten Verstössen durch den Rückgriff auf das wettbewerbsrechtliche Missbrauchsverbot mit grösserer Effizienz zu begegnen, wenn sie in dem spezifischen Ordnungsrahmen keinen ausreichend abschreckenden Sanktionsmechanismen unterworfen sind.⁹⁷ Gerade in solchen Fällen ist jedoch eine erhöhte Anforderung an die Darlegung der Kausalität zu stellen, da ansonsten eine unangemessene Ausweitung des Anwendungsbereichs von Artikel 102 AEUV mit unvorhersehbaren Folgen für die Unternehmen drohen würde. Selbst für marktmächtige Unternehmen ist somit ein gewisser Spielraum für Verhaltensweisen im Markt zu gewährleisten, die sich gerade nicht als direkte Folge oder Auswirkung ihrer Marktposition ergeben.⁹⁸ Das Kausalitätserfordernis liefert somit genau diese Abgrenzung zwischen den für Artikel 102 AEUV relevanten und nicht relevanten Verhaltensweisen. Da die Kommission selbst nicht für die Durchsetzung der genannten Spezialgesetze zuständig ist, ergibt sich jedenfalls im EU-Recht auch keine Dualität der Rechtsverfolgung.

b) Kausalitätserfordernis zwischen Missbrauchsverhalten und Wettbewerbsschädigung

Zur Frage, ob es erforderlich ist, einen Kausalzusammenhang zwischen dem missbräuchlichen Verhalten (eines marktbeherrschenden Unternehmens) und einer wettbewerbsschädigenden Auswirkung auf den Markt darzulegen, nahm die Kommission zunächst in ihrer sog. Prioritäten-Mitteilung von 2009 Stellung.⁹⁹ Diese Mitteilung ist inhaltlich auf Behinderungsmissbräuche beschränkt. Darin bezeichnet der Begriff «wettbewerbswidrige Marktverschliessung» einen Sachverhalt, in dem das marktbeherrschende Unternehmen durch sein Verhalten vorhandenen oder potenziellen Wettbewerbern den Zugang zu Lieferquellen oder Märkten erschwert oder unmöglich macht und als Folge das marktbeherrschende Unternehmen aller Wahrscheinlichkeit nach in der Lage ist, die Preise zum Nachteil der Verbraucher gewinnbringend zu erhöhen. Die Feststellung eines voraussichtlichen Schadens für den Verbraucher kann auf der Grundlage qualitativer und, wann immer möglich und zweckmässig, auch anhand quantitativer Beweismittel erfolgen. Dabei befasst sich die Kommission mit wettbewerbswidriger Marktverschliessung entweder auf der Zwischenstufe oder auf der Stufe der Endverbraucher oder auf beiden Stufen.

In der Regel wird die Kommission tätig, wenn aufgrund stichhaltiger und überzeugender Beweise der mutmassliche Missbrauch aller Wahrscheinlichkeit nach zu einer wettbewerbswidrigen Marktverschliessung führen wird. Bei dieser

93 OLG Düsseldorf, NZKart 2019, 495, «Facebook I».

94 BGH vom 23. Juni 2020, KVR 69/19.

95 BGH vom 4. November 2003, KZR 38/02, WuW/E DE-R 2004, 1210, 1211, «Strom und Telefon I».

96 Vgl. Podszun, 51 CMLRev (2014), 294.

97 Vgl. Franck, ZWeR 2016, 140.

98 Vgl. BIEN (Fn. 78), AEUV102 N 286.

99 ABl. vom 24. Februar 2009, Nr. C 45, 7 (Fn. 66).

Prüfung sind bestimmte Kausalitätserwägungen vorgesehen. Sollte das Verhalten über einen längeren Zeitraum angehalten haben, könnte die Marktleistung des marktbeherrschenden Unternehmens und seiner Wettbewerber direkten Aufschluss über eine etwaige wettbewerbswidrige Marktverschliessung geben. Aufgrund des mutmasslich missbräuchlichen Verhaltens kann der Marktanteil des marktbeherrschenden Unternehmens gestiegen sein oder der Rückgang des Marktanteils kann sich verlangsamt haben. Aus ähnlichen Gründen können vorhandene Wettbewerber an den Rand des Marktes oder vom Markt verdrängt worden sein bzw. potenzielle Wettbewerber können sich vergebens um einen Markteintritt bemüht haben.

In jedem untersuchten Fall nimmt die Kommission eine Analyse dieser relevanten Faktoren vor. Dabei wird die tatsächliche bzw. voraussichtliche künftige Situation auf dem relevanten Markt (mit dem fraglichen Verhalten des marktbeherrschenden Unternehmens) unter Berücksichtigung einschlägiger Geschäftspraktiken mit einer geeigneten kontrafaktischen Fallkonstellation, in der das marktbeherrschende Unternehmen nicht auf die fragliche Verhaltensweise zurückgreift, oder mit einem anderen realistischen Szenario verglichen. In bestimmten Fällen kann die Kommission auf eine eingehende Untersuchung verzichten und dennoch zu dem Schluss kommen, dass das fragliche Verhalten wahrscheinlich den Verbrauchern schaden wird. Sollte es Anzeichen dafür geben, dass das Verhalten des marktbeherrschenden Unternehmens im Grunde nur den Wettbewerb behindern kann und keine Effizienzvorteile entstehen, kann die Kommission auf wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen schliessen. Dies wäre unter anderem der Fall, wenn das marktbeherrschende Unternehmen seine Abnehmer daran hindert, Produkte seiner Wettbewerber zu testen, oder ihnen finanzielle Vorteile dafür einräumt, dass sie diese Produkte nicht testen, oder wenn es einen Vertriebshändler oder Abnehmer dafür bezahlt, die Einführung eines Produkts eines Konkurrenten zu verzögern.¹⁰⁰

Diese Grundsätze wendete die Kommission in zahlreichen Missbrauchsverfahren nach Artikel 102 AEUV an und untersuchte dabei jeweils die Verbindungen zwischen dem Verhalten der Marktbeherrscher und den Marktauswirkungen. Im Verfahren gegen *Intel* wegen missbräuchlicher Rabattsysteme führte sie eine vertiefte Analyse der tatsächlichen Auswirkungen der relevanten Verhaltensweisen auf den Wettbewerb in den betroffenen Märkten durch und stellte dies in ihrem Beschluss von 2009 entsprechend dar.¹⁰¹ Jedoch hielt das EuG in seinem Urteil von 2014 diese detaillierte Prüfung nicht für rechtlich zwingend, um den Missbrauchsvorwurf zu belegen, denn es genüge bereits der Nachweis einer potenziellen wettbewerbswidrigen Wirkung.¹⁰²

Streitig ist, ob sich an dieser Feststellung durch das letztinstanzliche Urteil des EuGH von 2017 etwas geändert hat. Der EuGH hob die Entscheidung des EuG auf und verwies die Sache an die Vorinstanz zurück, da diese sich nicht mit sämtlichen gegen die Kommissionsentscheidung vorgebrachten Einwänden gegen die Verdrängungsfähigkeit des Rabattsystems auseinandergesetzt hatte.¹⁰³ Die Kommissi-

on hatte das System von Treuerabatten einer vertieften Analyse einschliesslich des «*as efficient competitor*» (AEC)-Tests unterzogen und dabei detaillierte Ausführungen zur möglichen Verdrängung eines ebenso effizienten Wettbewerbers gemacht. Nach Ansicht des EuGH mass die Kommission damit dem AEC-Test eine zumindest tatsächliche Bedeutung bei, auch wenn sie rechtlich möglicherweise nicht dazu verpflichtet war. Unter diesen Umständen sei das EuG verpflichtet gewesen, das gesamte Vorbringen von Intel zum AEC-Test zu prüfen, was nicht erfolgt war.¹⁰⁴

Auch wenn sich der EuGH in seinem Urteil mehrfach auf den ebenso effizienten Wettbewerber als Massstab für die Beurteilung der Missbräuchlichkeit von Rabattsystemen bezieht, ist nicht klar, ob er damit die Anwendung des AEC-Tests für diese Fallgruppe definitiv vorschreibt. So bestätigt er zunächst nur die prinzipielle Missbräuchlichkeit von Ausschlussbindungen und Treuerabatten. Erst wenn das marktbeherrschende Unternehmen die Eignung seiner Verhaltensweise zur Herbeiführung von Verdrängungswirkungen mit substantiell belegten Ausführungen bestreitet, muss eine detaillierte Analyse anhand der Umstände des Einzelfalls erfolgen.¹⁰⁵

Daher bleibt auch weiterhin offen, ob die Kommission im Rahmen ihrer stärker auswirkungsorientierten Prüfung die Anforderungen an den Missbrauchsachweis in Zukunft weiter anheben wird. Aufgrund der bisherigen Rechtsprechung des EuGH erscheint dies nicht zwingend vorgegeben zu sein. Werden allerdings begründete Einwände gegen die von der Kommission, etwa in den Beschwerdepunkten, angenommene Eignung des fraglichen Verhaltens für die Erzielung missbilliger Verdrängungseffekte vorgebracht, muss die Kommission sich jedenfalls im Einzelnen damit auseinandersetzen und dabei auch das kontrafaktische Szenario prüfen. Diese Rechtspflicht der Behörde lässt sich aus dem EuGH-Urteil in Sachen *Intel* ableiten und führt zu einer interessanten Konkretisierung der Verteidigungsrechte der Parteien in einem Missbrauchsverfahren nach Artikel 102 AEUV.

IV. Schlussbetrachtung

Nach Schweizer Lehre und Rechtsprechung wird formell ein Kausalitätserfordernis zwischen Marktbeherrschung einerseits und Missbrauch bzw. Wettbewerbsverfälschung andererseits verneint.¹⁰⁶ Aufgrund einer näheren Analyse, insbesondere der jüngsten Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, wird jedoch aufgrund des Erfordernisses eines qualifizierten Bezugs des Marktes, auf dem die beherr-

100 ABl. vom 24. Februar 2009, Nr. C 45, 7 (Fn. 66), Rn 20 ff.

101 Beschluss der Kommission vom 13. Mai 2009, COMP/37.990, Rn 1002 ff.

102 EuG, NZKart 2014, 267, «Intel».

103 EuGH, NZKart 2017, 525, «Intel».

104 EuGH, NZKart 2017, 529, «Intel».

105 A. FUCHS, in: U. Immenga/E.-J. Mestmäcker (Hg.), Wettbewerbsrecht Band 1. EU, Kommentar zur Europäischen Kartellrecht, 6. Aufl., München 2019, AEUV 102 N 143–148.

106 S. oben, II.1.

schende Stellung festgestellt wird und demjenigen Markt, auf dem sich der Missbrauch manifestiert, nichts anderes als eine faktische Kausalität verlangt.¹⁰⁷ Die Verneinung eines Kausalitätserfordernisses erscheint im Übrigen auch deshalb widersprüchlich, weil in denjenigen Fällen, in denen der Missbrauch auf dem gleichen Markt stattfindet, auf welchem das betreffende Unternehmen marktbeherrschend ist, die Anwendbarkeit von Artikel 7 KG damit erklärt wird, dass der Markt gerade aufgrund der Marktbeherrschung bereits geschwächt sei.¹⁰⁸ Sowohl hier, wie auch im Zusammenhang mit dem von Lehre und Rechtsprechung bejahten Kausalitätserfordernis zwischen Missbrauch und Wettbewerbsverfälschung, sind somit kontrafaktische Szenarien bei der Prüfung von hypothetischen Kausalverfahren zu berücksichtigen, sofern sie nach vernünftiger Sichtweise nicht ausgeschlossen werden können.¹⁰⁹

Dieses Ergebnis entspricht im Übrigen auch dem geltenden EU-Recht. In ihrer wettbewerbsrechtlichen Anwendungspraxis ist die Kommission in Missbrauchsverfahren gemäss Artikel 102 AEUV aufgrund der geltenden Rechtsprechung der Unionsgerichte jedenfalls dann angehalten, das

kontrafaktische Szenario zu berücksichtigen, wenn die Parteien zu einem massgeblichen Tatbestandsmerkmal im Verlauf des Verfahrens solche Einzelheiten vortragen, die einer Erfüllung des Tatbestands entgegenstehen würden.¹¹⁰

Dieses Erfordernis gilt, insbesondere beim Behinderungsmissbrauch,¹¹¹ auch für die Kausalität zwischen der Marktbeherrschung und dem missbräuchlichen Verhalten bzw. dessen wettbewerbsschädigenden Auswirkungen¹¹² sowie zwischen dem missbräuchlichen Verhalten und dessen wettbewerbsschädigenden Auswirkungen.¹¹³ Beim Ausbeutungsmissbrauch ist ein solcher Nachweis der Kausalität dagegen in der Regel nach Lehre und Praxis der EU nicht erforderlich.¹¹⁴

Die Praxis der EU zur Heranziehung kontrafaktischer Szenarien ist somit die konsequente Folge der Kausalitätserfordernisse in Artikel 102 AEUV. Der enge Bezug von Artikel 7 KG zu Artikel 102 AEUV ist von Lehre und Rechtsprechung in der Schweiz anerkannt.¹¹⁵ Die Praxis der EU ist daher auch in der Schweiz zu beachten und sie bestätigt die oben gemachten Schlussfolgerungen zur Heranziehung von kontrafaktischen Szenarien.

107 S. oben, II. 2. a) aa) und II. 3.

108 S. oben, II. 2. a) aa) und II. 3.

109 S. oben, II. 2. a) bb), II. 2. b) und II. 3.

110 S. oben, II. 2.

111 S. oben, III. 3. a) dd).

112 S. oben, III. 3. a).

113 S. oben, III. 3. b).

114 S. oben, III. 3. a) dd).

115 S. oben, III. 1.

Zusammenfassung

Nach Schweizer Lehre und Rechtsprechung wird formell ein Kausalitätserfordernis zwischen Marktbeherrschung und Missbrauch bzw. Wettbewerbsverfälschung verneint. Nach der jüngsten Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts wird jedoch aufgrund des Erfordernisses eines qualifizierten Bezugs des Marktes, auf dem die beherrschende Stellung festgestellt wird, zu dem Markt, auf dem sich der Missbrauch manifestiert, nichts anderes als eine faktische Kausalität verlangt. Die Verneinung eines Kausalitätserfordernisses erscheint auch deshalb widersprüchlich, weil in Fällen, in denen der Missbrauch auf dem Markt stattfindet, auf welchem das Unternehmen marktbeherrschend ist, die Anwendbarkeit von Artikel 7 KG damit erklärt wird, dass der Markt aufgrund der Marktbeherrschung bereits geschwächt sei. Auch im Zusammenhang mit dem von Lehre und Rechtsprechung bejahten Kausalitätserfordernis zwischen Missbrauch und Wettbewerbsverfälschung sind somit kontrafaktische Szenarien bei der Prüfung von hypothetischen Kausalverfahren zu berücksichtigen, sofern sie nach vernünftiger Sichtweise nicht ausgeschlossen werden können.

Dieses Ergebnis entspricht auch dem geltenden EU-Recht. In ihrer wettbewerbsrechtlichen Anwendungspraxis ist die Europäische Kommission in Missbrauchsverfahren nach Artikel 102 AEUV aufgrund der Rechtsprechung der Unionsgerichte angehalten, das kontrafaktische Szenario zu berücksichtigen, wenn die Parteien zu einem massgeblichen Tatbestandsmerkmal Einzelheiten vortragen, die einer Erfüllung des Tatbestands entgegenstehen würden. Dieses gilt, insbesondere beim Behinderungsmissbrauch, auch für die Kausalität zwischen Marktbeherrschung und missbräuchlichem Verhalten bzw. wettbewerbsschädigenden Auswirkungen sowie zwischen Missbrauchsverhalten und schädigenden Auswirkungen. Beim Ausbeutungsmissbrauch ist dieser Nachweis der Kausalität dagegen in der Regel nicht erforderlich. Die Praxis der EU zur Heranziehung kontrafaktischer Szenarien ist konsequente Folge dieser Kausalitätserfordernisse.

Der enge Bezug von Artikel 7 KG zu Artikel 102 AEUV ist von Lehre und Rechtsprechung in der Schweiz anerkannt. Die Praxis der EU ist daher auch in der Schweiz zu beachten und sie bestätigt die oben gemachten Schlussfolgerungen zur Berücksichtigung von Kausalitäten und kontrafaktischen Szenarien.

Résumé

Selon la doctrine et la jurisprudence suisses, il n'est pas formellement requis d'établir un lien de causalité entre la position dominante sur le marché et l'abus de cette position ou la distorsion de la concurrence. Toutefois, selon la jurisprudence la plus récente du Tribunal administratif fédéral, étant donné qu'il convient d'établir un lien qualifié entre le marché sur lequel la position dominante est constatée et le marché sur lequel l'abus se manifeste, ce qui est exigé n'est rien d'autre qu'un lien de causalité factuel. Nier la nécessité d'établir un lien de causalité semble également incohérent, car dans les cas où l'abus se produit sur le marché au sein duquel l'entreprise se trouve en position dominante, l'applicabilité de l'art. 7 LCart s'explique par le fait que le marché est déjà affaibli en raison de la position dominante. Ainsi, dans le cadre de l'exigence d'un lien de causalité entre l'abus et la distorsion de concurrence, affirmée par la doctrine et la jurisprudence, les scénarios contrefactuels doivent également être pris en compte lors de l'examen de procédures causales hypothétiques, pour autant qu'ils ne puissent être raisonnablement exclus.

Ce résultat est également conforme à la législation européenne en vigueur. Dans sa pratique d'application du droit de la concurrence, dans le cadre d'une procédure pour abus de position dominante au titre de l'art. 102 TFUE, la Commission européenne est tenue, sur la base de la jurisprudence des tribunaux de l'Union, de prendre en compte le scénario contrefactuel si les parties fournissent des détails sur un élément pertinent de l'infraction qui empêcheraient la réalisation de celle-ci. Cela s'applique également à la causalité entre la position dominante sur le marché et le comportement abusif ou les effets anticoncurrentiels, ainsi qu'entre le comportement abusif et les effets nuisibles, en particulier dans le cas d'un comportement d'exclusion. En revanche, dans le cas d'une exploitation abusive, cette preuve de causalité n'est généralement pas requise. La pratique de l'UE consistant à recourir à des scénarios contrefactuels est une conséquence logique de ces exigences de causalité.

La relation étroite entre l'art. 7 LCart et l'art. 102 TFUE est reconnue par la doctrine et la jurisprudence en Suisse. La pratique de l'UE doit donc être observée en Suisse également, et elle confirme les conclusions rendues ci-dessus sur la prise en compte des liens de causalité et des scénarios contrefactuels.