

Verbot von Geoblocking – Eine Pflicht zur Auslandsbelieferung?

Lukas Bühlmann, LL.M., Rechtsanwalt, Partner und Co-Head ICT & Data Privacy MLL Meyerlustenberger Lachenal Froriep AG (Zürich)

Seit dem 1. Januar 2022 sind auch in der Schweiz Geoblocking-Massnahmen verboten. Angetrieben durch die zwischenzeitlich zurückgezogene sog. Fair-Preis-Initiative, will der Schweizer Gesetzgeber Diskriminierungen von Schweizer Kunden beim Einkauf im Ausland verhindern und damit einen Beitrag zum Kampf gegen die «Hochpreisinsel Schweiz» leisten. Die Auswirkungen der neuen Vorschriften bleiben auch nach dem Inkrafttreten schwer absehbar. Dieser Beitrag zeigt auf, welche Praktiken vom Verbot betroffen sind und welche Pflichten für Schweizer und ausländische Unternehmen neu bestehen.

Hintergrund

Bereits im Dezember 2017 wurde die Fair-Preis-Initiative eingereicht, die es sich zum Ziel setzte, die Preisdiskriminierung gegenüber Schweizer Kunden zu beenden. In der Frühlingssession 2021 hat das Schweizer Parlament ein Verbot von Geoblocking sowie eine Ausweitung des kartellrechtlichen Missbrauchsverbots verabschiedet, wonach die Fair-Preis-Initiative (bedingt) zurückgezogen wurde.

Die neuen Bestimmungen des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) und des Kartellgesetzes (KG) wurden als Reaktion auf die – nun zurückgezogene – Fair-Preis-Initiative angenommen und sind am 1. Januar 2022 in Kraft getreten. Seither existiert auch im

Schweizer Recht ein Verbot des Geoblockings und auch nur relativ marktmächtige Unternehmen unterliegen dem Missbrauchsverbot bei der Behandlung von Schweizer Kunden. Mit der Regelung sollen insbesondere Diskriminierungen von Schweizer Kunden beim Einkauf im Ausland verhindert und damit der Kampf gegen die «Hochpreisinsel Schweiz» weiter vorangetrieben werden.

In der EU gilt seit dem 3. Dezember 2018 die EU-Geoblocking-Verordnung (Verordnung (EU) 2018/302), mit der ungerechtfertigtes Geoblocking unterbunden werden soll. Der Schweizer Gesetzgeber beabsichtigte, sich dieser Regelung durch die nun in Kraft getretenen neuen Vorschriften anzugleichen.

Geoblocking

Als Geoblocking (auch Geo-Diskriminierung genannt) bezeichnet man Massnahmen von Unternehmen, die bezwecken, den Zugang zu ihren Webseiten aufgrund der Staatsangehörigkeit, des Wohnsitzes oder des Orts der Niederlassung der Konsumenten einzuschränken.

Zu denken ist etwa an eine automatische Weiterleitung an eine spezifische Webseite mit «Schweizer Preisen», die Unterbindung der Eröffnung von Kundenkonten auf ausländischen Online-Shops für Interessenten mit Schweizer Adressen oder der Ausschluss von Lieferungen an Lieferadressen im Inland des Anbieters.

Neue Regelung gegen Geoblocking (Art. 3a UWG)

Anders als die EU kannte das Schweizer Recht bis vor kurzem kein entspre-

chendes Verbot von Geoblocking-Massnahmen. Dies wollten die Initianten der Fair-Preis-Initiative ändern. Sie beanstandeten insbesondere, dass Schweizer Konsumenten, die derzeit über eine ausländische Website Produkte erwerben wollten, oftmals auf eine Schweizer Webseite des ausländischen Anbieters mit höheren Preisen oder anderweitig nachteiligen Konditionen umgeleitet werden.

Diese Problematik ist seit dem 1. Januar 2022 durch eine neue Bestimmung im UWG geregelt. Mit der in Kraft getretenen Regelung soll die sog. Einkaufsdiskriminierung durch ein Verbot des Geoblockings unterbunden werden. Die neue Bestimmung gegen die Diskriminierung im Fernhandel (Art. 3a UWG) soll sich an der EU-Geoblocking-Verordnung orientieren.

Die am 1. Januar 2022 in Kraft getretene neue Bestimmung im UWG untersagt inskünftig, im Fernhandel ohne sachliche Rechtfertigung aufgrund seiner Nationalität, seines Wohnsitzes, seines Niederlassungsorts, des Sitzes seines Zahlungsdienstleisters oder des Ausgabeorts seines Zahlungsmittels

- einen Kunden in der Schweiz beim Preis oder bei den Zahlungsbedingungen zu diskriminieren;
- ihm den Zugang zu einem Online-Portal zu blockieren bzw. zu beschränken; oder
- ihn ohne sein Einverständnis zu einer anderen als der ursprünglich aufgesuchten Version des Online-Portals weiterzuleiten.

Entgegen einem weit verbreiteten Missverständnis wurde mit Art. 3a UWG

folglich keine Pflicht zur Lieferung in die Schweiz eingeführt, sondern bloss die unterschiedliche Behandlung im Falle von Angeboten an Kunden in der Schweiz verboten. Mit anderen Worten muss es Kunden in der Schweiz somit möglich sein, Produkte im Ausland zu den ausländischen Preisen bzw. Zahlungskonditionen zu erwerben (sog. Shop-like-a-local-Prinzip). Der Kunde bleibt in diesem Fall für eine allfällige Abholung im Ausland jedoch selbst verantwortlich.

Analog zur europäischen Regelung sieht auch die Schweizer Regelung zahlreiche Ausnahmen vom Verbot für Geoblocking (Art. 3a Abs. 2 UWG) vor. Vom Verbot ausgenommen sind:

- nicht wirtschaftliche Dienstleistungen von allgemeinem Interesse;
- Dienstleistungen im Finanzbereich;
- Dienstleistungen der elektronischen Kommunikation;
- Dienstleistungen des öffentlichen Verkehrs;
- Dienstleistungen von Leiharbeitsagenturen;
- Gesundheitsdienstleistungen;
- Glücksspiele, die einen geldwerten Einsatz verlangen, einschliesslich Lotterien, Glücksspiele in Spielbanken und Wetten;
- Private Sicherheitsdienste;
- Soziale Dienstleistungen aller Art;
- Dienstleistungen, die mit der Ausübung hoheitlicher Gewalt verbunden sind;
- Tätigkeiten von Notaren sowie Gerichtsvollziehern, die durch staatliche Stellen bestellt werden;
- Audiovisuelle Dienste.

Die Schweizer Umsetzung des Geoblockings im UWG lehnt sich an die Geoblocking-Verordnung der EU (EU-Geoblocking-Verordnung) an. Im Unterschied zur EU-Geoblocking-Verordnung gilt Art. 3a UWG aber auch für den B2B-Bereich. Folglich ist Art. 3a UWG in räumlich-persönlicher Hinsicht nicht nur auf Lieferbedingungen an Konsumenten an-

wendbar, sondern eben auch an Unternehmenskunden.

In sachlicher Hinsicht ist der Fernhandel erfasst. Dieser umfasst nicht nur den Online-Handel, sondern auch Bestellungen anderer Art (z.B. Bestellungen per Brief, Telefon und Fax).

Vom Anwendungsbereich von Art. 3a UWG erfasst sind Diskriminierungen ohne sachliche Rechtfertigung von Kunden in der Schweiz aufgrund ihrer Nationalität, ihres Wohnsitzes, ihres Niederlassungsorts, des Sitzes ihres Zahlungsdienstleisters oder des Ausgabeorts ihres Zahlungsmittels. Wann genau eine sachliche Rechtfertigung vorliegt und welche Reichweite diese Rechtfertigung haben wird, wird sich in der Praxis herausbilden müssen. Es ist jedoch davon auszugehen, dass z.B. höhere Versand- oder Verzollungskosten in die Schweiz als sachliche Rechtfertigung anzusehen sind.

ACHTUNG

Der neu eingeführte Art. 3a UWG gegen Geoblocking ist zwar an die entsprechende EU-Regelung angelehnt, unterscheidet sich davon inhaltlich aber in gewissen Punkten. Ebenso ist zu beachten, dass die neue Bestimmung keine Belieferungspflicht für Schweizer Kunden statuiert, sondern lediglich der Ungleichbehandlung bezogen auf die Preise entgegenwirkt.

Durchsetzung des Geoblockingverbots

Anders als andere Bestimmungen des UWG ist Art. 3a UWG nicht strafbewehrt. Die Durchsetzung des neuen Geoblockingverbots soll entsprechend zivilrechtlich erfolgen und zuständig sind ausschliesslich die Zivilgerichte.

Somit können die unzulässig geodiskriminierten Schweizer Kunden beim zu-

ständigen Zivilgericht beantragen, eine drohende Verletzung zu verbieten, eine bestehende Verletzung zu beseitigen oder die Widerrechtlichkeit einer Verletzung festzustellen, wenn sich diese weiterhin störend auswirkt (Art. 9 Abs. 1 UWG). Darüber hinaus kann ein geodiskriminierter Schweizer Kunde Schadenersatz, Genugtuung sowie die Gewinnherausgabe einfordern (Art. 9 Abs. 3 UWG).

Mangels bestehender Rechtsprechung bleibt es klärungsbedürftig, inwiefern sich aus einem Geoblocking-Verbot im Einzelfall ein sog. Kontrahierungszwang, also ein Zwang zum Abschluss des unzulässig verweigerten Vertrages, ergeben kann.

Ergänzende Anpassung des Kartellgesetzes (KG)

Das Kartellgesetz (KG) wurde im Zusammenhang mit der bezweckten Bekämpfung der Diskriminierung von Schweizer Kunden in zweifacher Hinsicht novelliert.

Einerseits wurde durch Schaffung des Art. 4 Abs. 2 KG das Konzept der relativen Marktmacht ausdrücklich in das Kartellgesetz aufgenommen. Der Kreis der von Art. 7 KG betroffenen Unternehmen wird dadurch stark erweitert und die Unsicherheit, ob die Legaldefinition betreffend die Marktbeherrschung (Art. 4 Abs. 2 KG) ebenfalls die relative Marktmacht einschliesst, wird beseitigt. Gemäss Art. 4 Abs. 2bis KG gelten fortan als relativ marktmächtige Unternehmen solche, von denen Dritte beim Angebot oder bei der Nachfrage einer Ware oder Dienstleistung in einer Weise abhängig sind, sodass keine ausreichenden und zumutbaren Ausweichmöglichkeiten bestehen. Es ist somit in jedem Einzelfall zu beurteilen, ob gegenüber der jeweiligen Marktgegenseite im Zusammenhang mit einem spezifischen Produkt oder einer Dienstleistung eine solche Abhängigkeit besteht. Die Einhaltung der kartellrechtlichen Vorgaben ge-

gen Marktmachtmissbrauch ist entsprechend nicht mehr erst ab Marktanteilen von 4,0% in Betracht zu ziehen.

Ein Verstoß gegen das Missbrauchsverbot kann bei relativer Marktmacht – anders als bei marktbeherrschenden Unternehmen – nicht mit Bussgeldern bis zu 10% des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes sanktioniert werden. Die Rechtsdurchsetzung (insbesondere Schadenersatzforderungen) hat über Zivilverfahren zu erfolgen.

Andererseits wurde ein neuer Marktmissbrauchstatbestand eingeführt, der es marktbeherrschenden und relativ marktmächtigen Unternehmen verbietet, die Bezugsmöglichkeit von Waren oder Dienstleistungen im Ausland für Schweizer Kunden zu beschränken, sofern diese Waren oder Dienstleistungen sowohl in der Schweiz als auch im Ausland angeboten werden. Demnach muss es Schweizer Kunden möglich sein, Produkte zu den im Ausland branchenüblichen Bedingungen und Preisen zu erwerben.

Umsetzung und Fazit

Die neuen Vorschriften sind seit Anfang 2022 in Kraft. Entsprechend sind Schweizer Unternehmen, aber auch ausländische Unternehmen mit Ausrichtung auf Schweizer Kunden gefordert, ihre Vertriebswege und Lieferkonditionen zu überprüfen und allenfalls anzupassen. Dabei sollte der Fokus auf folgende Punkte gelegt werden:

- Beurteilung der eigenen Marktstellung. Besteht bei den eigenen Angeboten eine relative Marktmacht auf spezifischen Märkten?
- Identifizieren unterschiedlicher Lieferbedingungen auf dem Schweizer Markt und auf ausländischen Märkten.
- Sind diese unterschiedlichen Bedingungen bewusst gewollt?

- Sind die betreffenden Produkte und/oder Dienstleistungen vom neuen Geoblocking-Verbot ausgenommen?
- Gibt es sachliche Gründe für die unterschiedlichen Lieferbedingungen? Besteht diese sachliche Rechtfertigung einem unabhängigen Drittvergleich?
- Ist es Kunden in der Schweiz trotz der Unterschiede möglich, Produkte im Ausland zu den ausländischen Preisen bzw. Zahlungskonditionen zu erwerben (Shop-like-a-local-Prinzip)?

Insbesondere die Fragen rund um die sachlichen Gründe für eine erlaubte Diskriminierung von Schweizer Kunden dürften in der Praxis schwierig zu beurteilen sein. Hier bietet sich jedoch ein Blick auf die sich nun herausbildende Praxis im EU-Raum an, so lange noch keine einschlägige Schweizer Spruchpraxis besteht.

ÜBER DEN AUTOR

Lukas Bühlmann, LL.M., Rechtsanwalt, ist Partner bei der Anwaltskanzlei MLL Meyerlustenberger Lachenal Froriep AG in Zürich und leitet dort die Praxisgruppe ICT & Data Privacy. Mit seinem Team berät er Unternehmen und öffentliche Verwaltungen in Bezug auf Rechtsfragen im Digitalen Raum, insbesondere auch im Bereich des Cross-Border-Online-Handels.

iusNet

BANK- UND KAPITALMARKTRECHT



Kompakt und zeitsparend
informiert zum Bank-
und Kapitalmarktrecht

Rechtsprechung · Gesetzgebung
Kommentierung · Fachbeiträge

Das Informationssystem iusNet Bank- und Kapitalmarktrecht liefert über einen Newsletter bis zu 8 Mal pro Jahr einen raschen Überblick über die wichtigsten Entwicklungen in Rechtsprechung und Gesetzgebung.

Die Online-Plattform iusNet Bank- und Kapitalmarktrecht enthält nebst sämtlichen Inhalten aus dem Newsletter weitere Entscheide, Informationen zu Gesetzgebung, Kommentierungen sowie Fachbeiträge. Eine hilfreiche Suchfunktion führt Sie treffsicher zu den gewünschten Ergebnissen.

Kostenfreies Probeabo:
www.iusnet.ch/probeabo

Schulthess Juristische Medien AG
Zwingliplatz 2
8001 Zürich
info@iusnet.ch

Schulthess §