



## Das neue Geodiskriminierungsverbot

### Der Tatbestand von Art. 3a Abs. 1 UWG

NICOLAS BIRKHÄUSER\*



MANUEL J. CONSTAM\*\*

Mit dem neuen Art. 3a UWG verbietet der Gesetzgeber jegliche Diskriminierung bei Preis oder Zahlungsbedingungen, die Blockierung bzw. Beschränkung des Zugangs zu einem Online-Portal und das Weiterleiten auf eine andere Version des Online-Portals (Geodiskriminierungsmaßnahmen). Der Beitrag untersucht diese drei Tatbestände und bietet zu deren Voraussetzungen eine vollständige Auslegung. Dabei ist insb. für den Tatbestand der Preisdiskriminierung hervorzuheben, dass der blosser Preisunterschied zwischen einem ausländischen und einem schweizerischen Angebot erst dann diskriminierend und unzulässig ist, wenn der Kunde in der Schweiz auf der ausländischen Website nicht wie ein Kunde des Angebotsstaates behandelt wird («Shop-like-a-local-Prinzip»). Um die einzelnen Tatbestände besser zu veranschaulichen, sind den theoretischen Ausführungen zahlreiche Praxisbeispiele beigefügt.

Dans le nouvel art. 3a LCD, le législateur interdit toute forme de discrimination au niveau des tarifs ou des conditions de paiement, le blocage ou la limitation de l'accès à une interface en ligne et la redirection vers une version différente de l'interface en ligne (mesures de géodiscrimination). L'article examine ces trois états de faits et propose une interprétation exhaustive de leurs conditions. En ce qui concerne la discrimination au niveau des tarifs, il convient en particulier de relever qu'une simple différence de prix entre l'offre étrangère et l'offre suisse n'est discriminatoire et illicite que si le client en Suisse n'est pas traité sur le site Internet étranger comme un client du pays où est proposée l'offre (principe du « shop-like-a-local »). Afin de mieux illustrer les différents états de faits, de nombreux exemples pratiques viennent compléter les explications théoriques.

#### Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Ausgangslage: Der neue Art. 3a UWG
- III. Die Tatbestandsmerkmale von Art. 3a UWG
  - A. Allgemeines
  - B. Anknüpfungspunkte der Diskriminierung
    1. Diskriminierung aufgrund von Nationalität, Wohnsitz oder Niederlassungsort
    2. Diskriminierung aufgrund des Sitzes des Zahlungsdienstleisters oder des Ausgabeorts des Zahlungsmittels
  - C. Diskriminierung bei Preis oder Zahlungsbedingungen (Art. 3a Abs. 1 lit. a UWG)
    1. Allgemeines
    2. Preisdiskriminierung
    3. Diskriminierung bei den Zahlungsbedingungen
  - D. Blockieren oder Beschränken des Zugangs zu einem Online-Portal (Art. 3a Abs. 1 lit. b UWG)
  - E. Weiterleiten ohne Einverständnis zu einer anderen als der ursprünglich aufgesuchten Version des Online-Portals (Art. 3a Abs. 1 lit. c UWG)
- IV. Die Möglichkeit der sachlichen Rechtfertigung

#### I. Einleitung

Die kürzlich in Kraft getretene Änderung des Lauterkeitsrechts, die das UWG mit einem neuen Art. 3a («Diskriminierung im Fernhandel») ergänzt hat, war eine Gesetzesrevision, die selbst in der Boulevardpresse mit Enthusiasmus aufgenommen wurde,<sup>1</sup> die aber immerhin

einige praktisch relevante Fragen aufwirft: Welche Unternehmen sind von der Verbotsnorm erfasst? Wann verstösst ein Unternehmen gegen die Verbotsnorm? Wie sind die Ausnahmetatbestände zu verstehen? Im vorliegenden Beitrag steht die Beantwortung der *Frage nach den Tatbestandsvoraussetzungen* im Vordergrund, die wohl auch für die Praxis von grosser Bedeutung sein wird. Die schwierige Frage der Auslegung der Ausnahmetatbestände kann indes nicht hier behandelt werden: Art. 3a Abs. 2 UWG sieht zwölf Ausnahmen vor. Sie alle hier zu behandeln, würde den Rahmen dieses Beitrags sprengen.<sup>2</sup>

#### II. Ausgangslage: Der neue Art. 3a UWG

Art. 3a UWG entstand vor dem Hintergrund der Beratungen um die *Volksinitiative «Stop der Hochpreisinsel – für faire Preise (Fair-Preis-Initiative)»*, deren Zustandekommen mit 107'889 gültigen Unterschriften am 17. Januar 2018 von der Bundeskanzlei festgestellt wurde.<sup>3</sup> Die von den Initianten angestrebte Teilrevision des Art. 96

<sup>1</sup> Vgl. etwa FABIAN PÖSCHL, Darum könntest Du ab 2022 deutlich günstiger online shoppen, 20 Minuten vom 11.10.2021.

<sup>2</sup> S. dazu eingehend den zu erscheinenden Beitrag der Autoren zu Art. 3a UWG in PETER JUNG/PHILIPPE SPITZ, Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, Stämpfli's Handkommentar, 3. A., Bern 2022 (zit. SHK UWG-Verfasser).

<sup>3</sup> Verfügung zur eidgenössischen Volksinitiative «Stop der Hochpreisinsel – für faire Preise (Fair-Preis-Initiative)». Zustandekommen, BBI 2018 217 f.

Abs. 1 BV<sup>4</sup> sollte den Auftrag an den Bund enthalten, «Massnahmen zur Gewährleistung der diskriminierungsfreien Beschaffung von Waren und Dienstleistungen im Ausland»<sup>5</sup> zu treffen. Die Initiative sah diese Massnahmen als Möglichkeit, das Phänomen der «Hochpreisinsel Schweiz» zu bekämpfen, und sprach damit ein Thema an, welches sowohl in beiden eidgenössischen Räten hin und wieder kontrovers aufgegriffen wurde<sup>6</sup> wie auch in der Öffentlichkeit regelmässig für emotionale Diskussionen sorgt:<sup>7</sup> Grundsätzlich zahlen schweizerische Konsumenten und Unternehmen für Produkte und Dienstleistungen höhere Preise als Nachfrager im Ausland.<sup>8</sup> Erklären lässt sich dies namentlich durch das hohe Lohnniveau,<sup>9</sup> die hohen Mieten und die hohen allgemeinen Produktionskosten und Vertriebskosten (unter anderem aufgrund der Kleinheit des Marktes und der Mehrsprachigkeit). Auch diverse Handelshemmnisse schotten gewisse Märkte trotz den Grundsätzen des Cassis-de-Dijon-Prinzips weiterhin ab (so insb. im Agrarsektor); bei der Preissetzung spielen zudem auch die Konkurrenzverhältnisse auf verschiedenen Märkten und die hohe Kaufkraft der Schweizer Konsumenten eine wesentliche Rolle.<sup>10</sup>

<sup>4</sup> Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV; SR 101).

<sup>5</sup> Verfügung zur eidgenössischen Volksinitiative «Stop der Hochpreisinsel – für faire Preise (Fair-Preis-Initiative)». Vorprüfung, BBl 2016 7095.

<sup>6</sup> S. namentlich das Postulat Eugen (05.3816), «Preisinsel Schweiz» vom 14. Dezember 2005; s. auch parlamentarische Initiative Altherr (14.449), «Überhöhte Importpreise. Aufhebung des Beschaffungszwangs im Inland» vom 25. September 2014; Standesinitiative des Kantons Schaffhausen (16.301), «Bekämpfung der Hochpreisinsel Schweiz» vom 22. Dezember 2015; Standesinitiative des Kantons Basel-Stadt (18.304), «Hochkosten- und Hochpreisinsel Schweiz. Für faire Beschaffungspreise» vom 14. März 2018; vgl. mit ähnlichem Grundthema, aber spezifisch auf den Zeitschriftenmarkt bezogen, die parlamentarische Initiative de Buman (16.420), «Für angemessene Zeitschriftenpreise in der Schweiz» vom 18. März 2016.

<sup>7</sup> S. dazu PETER V. KUNZ, *Wirtschaftsrecht: Grundlagen und Beobachtungen*, Bern 2019, § 4 N 13 ff. und § 14 N 11.

<sup>8</sup> Vgl. m.w.H. Botschaft vom 29. Mai 2019 zur Volksinitiative «Stop der Hochpreisinsel – für faire Preise (Fair-Preis-Initiative)» und zum indirekten Gegenvorschlag (Änderung des Kartellgesetzes), BBl 2019 4877 ff. (zit. Botschaft Fair-Preis-Initiative 2019), 4886.

<sup>9</sup> S. dazu FRANZ BÖNI/ALEX WASSMER, *Die Behinderung von Parallelimporten gekoppelt mit Ausbeutungsmisbrauch*, sic! 2016, 135 ff., 135; REINER EICHENBERGER, *Hochpreisinsel Schweiz: Ursachen, Folgen, wirkungsvolle Rezepte, Agrarwirtschaft und Agrarsoziologie 2005*, 41 ff., 45.

<sup>10</sup> Vgl. zum Ganzen Botschaft Fair-Preis-Initiative 2019 (FN 8), 4890 ff.; s. auch NICOLAS F. DIEBOLD, *Geografische Preisdiskriminierung – wettbewerbsrechtliche Grenzen und Grenzen des Wettbewerbsrechts*, recht 2017, 157 ff., 158 f.; RICHARD STÄUBER/ANDREAS BURGER, *Einführung der relativen Marktmacht in der Schweiz: Ein*

Vom Parlament wurde die Fair-Preis-Initiative zwar abgelehnt, im Rahmen eines indirekten Gegenvorschlags nahm es aber deren Hauptanliegen auf, was sich in einer Revision sowohl des Kartellgesetzes wie auch des UWG ausdrückte. Auf kartellrechtlicher Seite wurden sachlich ungerechtfertigte Preis- und Bedingungsdiskriminierungen beim Zugang zu Waren und Dienstleistungen in der Schweiz und im Ausland verboten und das Konzept der relativen Marktmacht eingeführt,<sup>11</sup> in das Lauterkeitsrecht wurde mit dem neuen Art. 3a UWG<sup>12</sup> ein sog. *Geodiskriminierungsverbot* aufgenommen.<sup>13</sup> Dazu sei angemerkt, dass dieser allgemeinere Begriff gegenüber dem bereits verbreiteten Terminus des Geoblockingverbots u.E. zu bevorzugen ist,<sup>14</sup> denn Art. 3a verbietet nicht nur eigentliche Geoblocking-Massnahmen (vgl. Art. 3a Abs. 1 lit. b und c UWG) – verstanden als technische Massnahmen privater Produkte- oder Dienstleistungsanbieter, die den Zugriff eines Kunden auf bestimmte Online-Inhalte aufgrund seines geographischen Standortes, seines Sitzes oder seiner Herkunft beschränken<sup>15</sup> –, sondern darüber hinaus auch *jegliche Diskriminierung* beim Preis und bei den Zahlungsbedingungen (Art. 3a Abs. 1 lit. a UWG).

In erster Linie will das lauterkeitsrechtliche Geoblockingverbot dem schweizerischen Kunden den diskriminierungsfreien Einkauf im Ausland ermöglichen<sup>16</sup> (sog. «Shop-like-a-local-Prinzip»<sup>17</sup>). Als Kunden gelten je-

taugliches Instrument gegen hohe Schweizer Preise?, ZWeR 2021, 235 ff., 236.

<sup>11</sup> S. insb. Art. 4 Abs. 2<sup>bis</sup> und Art. 7 Abs. 1 und Abs. 2 lit. g KG; vgl. dazu eingehend PETER GEORG PICT, *Relative Marktmacht und Geoblocking: neues Wettbewerbsrecht in der Schweiz*, *Wirtschaft und Wettbewerb* 2021, 336 ff.; STÄUBER/BURGER (FN 10), 235 ff.; s. dazu auch der zu erscheinende Beitrag von NICOLAS BIRKHÄUSER/MANUEL J. CONSTAM, *Geodiskriminierung im Lauterkeits-, Kartell- und Immaterialgüterrecht*, SZK 2022.

<sup>12</sup> Bundesgesetz vom 19. Dezember 1986 gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG; SR 241).

<sup>13</sup> Vgl. zur Entstehungsgeschichte dieser Norm eingehend LEANDER D. LOACKER/LARA BLUMER, *Zum neuen Geodiskriminierungsverbot im UWG*, SJZ 2021, 1055 ff.

<sup>14</sup> Vgl. auch LOACKER/BLUMER (FN 13), 1061.

<sup>15</sup> S. zum Begriff des Geoblockings PETER GEORG PICT, *EU Geoblocking rules – need for action in Switzerland?*, Jusletter vom 21.10.2019, N 1; JOCHEN BERNHARD, in: Stefan Meßmer/Jochen Bernhard (Hrsg.), *Praxishandbuch Kartellrecht im Unternehmen*, 2. A., Berlin/Boston 2018, 207 ff., 238; LOACKER/BLUMER (FN 13), 1061; GIULIA MARA MEIER, *Geoblocking in der Schweiz und der EU*, AJP 2021, 873 ff., 873.

<sup>16</sup> Vgl. Votum Bellaïche, AB 2020 N 219; RETO HEIZMANN, *Verbot des Geoblockings: massvolle Fortentwicklung des Lauterkeitsrechts*, *Anwaltsrevue* 2021, 72 ff., 76; s. auch Votum Ritter, AB 2020 N 211; Votum Grossen, AB 2020 N 213; Votum Roduit, AB 2020 N 214; Votum Munz, AB 2020 N 215; Votum Gugger, AB 2020 N 219; Votum Michaud Gigon, AB 2021 N 143.

<sup>17</sup> HEIZMANN (FN 16), 76; MEIER (FN 15), AJP 2021, 874.

doch nicht nur Endkunden bzw. *Konsumenten*, sondern auch *Unternehmen*, die damit Waren und Dienstleistungen im Ausland zu gleichen Preisen bzw. Konditionen beziehen können wie ihre ausländischen Mitbewerber.<sup>18</sup> Wohl ist dieser weite Schutzbereich darauf zurückzuführen, dass Art. 3a UWG nicht bloss den diskriminierungsfreien Waren- und Dienstleistungsbezug im Fernhandel ermöglichen will, sondern primär das (rechts- und aussenwirtschaftspolitische) Ziel der *Bekämpfung der sog. «Hochpreisinsel Schweiz» bzw. eine Milderung der «Schweiz-Zuschläge»* verfolgt.<sup>19</sup> Ob ein lauterkeitsrechtliches Geodiskriminierungsverbot dafür das geeignete Mittel ist, wird sich zeigen, kann aber zumindest bezweifelt werden, denn die eigentlichen Ursachen der hohen schweizerischen Preise spricht die Revision nicht an: Statt den Abbau protektionistischer Massnahmen und anderer Handelshemmnisse, wie diese gerade etwa im Agrarbereich verbreitet sind, oder eine konkretere Öffnung zum Binnenmarkt der EU bzw. des EWR voranzutreiben, begnügt sich die Revision mit einer weiteren Verbotsnorm im UWG, das ohnehin schon mit wachsender Tendenz in ein Konglomerat verschiedener rechtspolitischer Bestimmungen ohne inneren Zusammenhang verfällt.<sup>20</sup>

### III. Die Tatbestandsmerkmale von Art. 3a UWG

#### A. Allgemeines

Die Verbotsnorm von Art. 3a Abs. 1 UWG sieht neben gemeinsamen Voraussetzungen<sup>21</sup> drei Tatbestandsvarianten vor, die alternativ erfüllt werden können: die *Diskriminierung bei Preis oder Zahlungsbedingungen*, die *Blockierung bzw. Beschränkung des Zugangs zu einem Online-Portal* und das *Weiterleiten auf eine andere Version des Online-Portals* als die ursprünglich aufgesuchte ohne Einverständnis des Kunden. Diese (Diskriminierungs-) Tatbestände knüpfen an verschiedene Merkmale des Kunden an, von denen unten die Rede sein wird.

Die Tatbestände sind grundsätzlich – wenngleich mit teilweiser Abweichung – an die *Geoblocking-Verordnung der EU*<sup>22</sup> angelehnt. Deren praktischer Zweck ist ähnlich gefasst wie Art. 3a UWG, wenngleich dieser Verordnung grundsätzlich der unionsrechtliche Binnenmarktgedanke zugrunde liegt: Sie soll ungerechtfertigtes Geoblocking sowie andere Formen der Diskriminierung basierend auf Staatsangehörigkeit, Wohnsitz oder Niederlassungsort des Kunden unterbinden.<sup>23</sup> Der schweizerische Gesetzgeber rechtfertigte die Ähnlichkeit seiner lauterkeitsrechtlichen Norm zur europäischen Regulierung mit dem Argument der Vereinfachung der praktischen Anwendung;<sup>24</sup> es wird sich jedoch zeigen, dass er – wie so oft bei der Übernahme von Erlassen der EU – der europäischen Vorlage nicht immer konsequent folgte, sondern teilweise signifikant davon abwich. Teilweise lassen sich die Differenzen erklären, teilweise ist jedoch keine Erklärung ersichtlich.<sup>25</sup>

#### B. Anknüpfungspunkte der Diskriminierung

##### 1. Diskriminierung aufgrund von Nationalität, Wohnsitz oder Niederlassungsort

Als allgemeine Voraussetzung verlangt Art. 3a Abs. 1 UWG in erster Linie, dass die verbotene Geodiskriminierungsmassnahme an die Nationalität, d.h. die *Staatsbürgerschaft* des Kunden in der Schweiz, an seinen *Wohnsitz* oder seinen *Niederlassungsort* anknüpft. Damit wollte der Gesetzgeber einerseits sämtliche Personen in der Schweiz schützen, ungeachtet ihrer Staatsbürgerschaft, indem sie auch aufgrund ihres schweizerischen

<sup>18</sup> Vgl. dazu Voten Gutjahr und Pult, AB 2020 N 213.

<sup>19</sup> Vgl. Votum Burgherr, AB 2020 N 209; Votum Gutjahr, AB 2020 N 213; Votum Pult, AB 2020 N 213; Votum Bendahan, AB 2021 N 143; Votum Michaud Gigon, AB 2021 N 483; vgl. auch HEIZMANN (FN 16), 77.

<sup>20</sup> Zu den Entwicklungen im UWG vgl. MEIER (FN 15), AJP 2021, 879; zur Einordnung der neuen Verbotsnorm s., wenngleich u.E. nicht immer überzeugend, HEIZMANN (FN 16), 76 f.; vgl. dazu eingehend SHK UWG-BIRKHÄUSER/CONSTAM (FN 2), Art. 3a N 15 ff.

<sup>21</sup> S. dazu SHK UWG-BIRKHÄUSER/CONSTAM (FN 2), Art. 3a N 37 ff.

<sup>22</sup> Verordnung (EU) 2018/302 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 28. Februar 2018 über Massnahmen gegen ungerechtfertigtes Geoblocking und andere Formen der Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit, des Wohnsitzes oder des Ortes der Niederlassung des Kunden innerhalb des Binnenmarkts und zur Veränderung der Verordnung (EG) Nr. 2006/2004 und (EU) 2017/2394 sowie der Richtlinie 2004/22/EG, ABl. L 60 I 1 ff. vom 2. März 2018.

<sup>23</sup> S. zur Geoblocking-Verordnung der EU statt vieler MEIER (FN 15), AJP 2021, 882 ff.

<sup>24</sup> Vgl. Votum Michaud Gigon, AB 2021 N 143; Votum Birrer-Heimo, AB 2021 N 146; s. auch Protokoll der WAK-N vom 11. und 12. Januar 2021, wo speziell auf die EU-Kompatibilität des Ausnahmekatalogs hingewiesen wurde.

<sup>25</sup> Die Problematik stellt sich v.a. mit Bezug auf die Ausnahmetatbestände von Art. 3a Abs. 2 UWG, vgl. dazu SHK UWG-BIRKHÄUSER/CONSTAM (FN 2), Art. 3a N 48 ff.

Wohnsitzes<sup>26</sup> oder Niederlassungsorts<sup>27</sup> nicht diskriminiert werden dürfen; andererseits orientierte er sich damit am europäischen Vorbild, welches gleiche Anknüpfungspunkte für die Diskriminierungstatbestände der Geoblocking-Verordnung vorsieht.<sup>28</sup>

Die Staatsbürgerschaft, der schweizerische Wohnsitz oder der Niederlassungsort muss somit die *direkte Ursache der Diskriminierung* darstellen, z.B. indem ein Anbieter von seinem in der Schweiz niedergelassenen Kunden aufgrund dessen Gesellschaftssitzes höhere Preise verlangt oder indem ein Online-Händler wegen der Erkennung der schweizerischen IP-Adresse seines Kunden diesen auf eine andere, schweizerische Website weiterleitet.

## 2. Diskriminierung aufgrund des Sitzes des Zahlungsdienstleisters oder des Ausgabeorts des Zahlungsmittels

Mit dem Verbot der Anknüpfung der Geodiskriminierungsmassnahme an diese im wesentlichen technischen Kriterien soll vermieden werden, dass Kunden im Ausland zwar dort die Ware oder die Dienstleistung auswählen können, der Geschäftsabschluss schliesslich jedoch verweigert oder ein höherer Preis verlangt wird, weil sie die Transaktion über einen Zahlungsdienstleister oder mit einem Zahlungsmittel aus der Schweiz abwickeln wollen.<sup>29</sup> Vom Geodiskriminierungsverbot sind somit auch Formen der *indirekten Diskriminierung* erfasst: Die unzulässige Ungleichbehandlung muss nicht unbedingt an die üblichen Kriterien wie Nationalität, Wohnsitz oder Niederlassungsort anknüpfen, sondern kann sich auch auf zahlungstechnische Sachverhaltselemente stützen, die einfache Rückschlüsse auf den Standort des Kunden erlauben.<sup>30</sup>

<sup>26</sup> Vgl. Art. 23 Abs. 1 ZGB; vgl. dazu statt vieler BSK ZGB I-STAEHELIN, Art. 23 N 1 ff., in: Thomas Geiser/Christina Fountoulakis (Hrsg.), Zivilgesetzbuch I, Basler Kommentar, 6. A., Basel 2018 (zit. BSK ZGB I-Verfasser); s. auch AUGUST EGGER, Zürcher Kommentar, Zivilgesetzbuch, Art. 1–89 ZGB, Personenrecht, 2. A., Zürich 1930, Art. 23 ZGB N 1 ff.

<sup>27</sup> Vgl. dazu insb. KUKO ZPO-HAAS/SCHLUMPF, Art. 12 N 7 ff., in: Paul Oberhammer/Tanja Domej/Ulrich Haas (Hrsg.), Kurzkommentar ZPO, 3. A., Basel 2021; auch gegen *schweizerische Zweigniederlassungen ausländischer Unternehmen* darf u.E. nicht diskriminiert werden.

<sup>28</sup> S. Notiz des WBF zuhanden der WAK-S vom 4. März 2021, Internet: <https://tinyurl.com/23yx4wwf> (Abruf 27.12.2021), 4.

<sup>29</sup> Vgl. für das Unionsrecht JOHANNES SAFRON, Die neue Geoblocking-Verordnung: Neue Diskriminierungsverbote für den grenzüberschreitenden Handel, VbR 2019, 84 ff., 88; s. auch KRISTINA EHLE/STEPHAN KRESS, Kaufen ohne Grenzen – die neue Geoblocking-Verordnung der EU, CR 2018, 790 ff., 792.

<sup>30</sup> Vgl. Erw. 6 Geoblocking-Verordnung; HARALD LETTNER, Die Geoblocking-Verordnung, wbl 2019, 241 ff., 243; PETER GEORG PICHT,

Der Begriff des *Zahlungsdienstleisters* entstammt dem Unionsrecht<sup>31</sup> und bezeichnet verschiedene Institute, die Zahlungsdienste anbieten, so insb. Dienste, welche die Einzahlung auf ein Konto, die Führung eines Zahlungskontos oder die Ausführung von Zahlungsvorgängen oder Geldtransfers ermöglichen.<sup>32</sup> Der Sitz des Zahlungsdienstleisters bestimmt sich nach zivilrechtlichen Kriterien.<sup>33</sup>

Im Visier der vorliegenden Bestimmung liegt folglich v.a. die (indirekte) Diskriminierung aufgrund des schweizerischen Sitzes der Bank des Kunden, die den Zahlungsvorgang abwickelt und einen Rückschluss auf den geographischen Standort des Kunden ermöglicht.

Statt den Terminus des «Zahlungsinstruments» zu verwenden, der dem Unionsrecht folgen würde, entschied sich der Gesetzgeber zur Bezeichnung des zweiten indirekten Diskriminierungstatbestands für den Begriff des *Zahlungsmittels*, wie er auch an anderen Stellen im schweizerischen Recht verwendet wird. Der Begriff ist weit auszulegen. Laut der Definition des Bundesgesetzes über die Währung und die Zahlungsmittel<sup>34</sup> sind – sofern im vorliegenden Zusammenhang relevant – die vom Bund ausgegebenen Münzen, die von der Schweizerischen Nationalbank ausgegebenen Banknoten und auf Franken lautende Sichtguthaben bei der Schweizerischen Nationalbank *gesetzliche Zahlungsmittel*.<sup>35</sup> Ferner bezeichnet das Geldwäschereigesetz<sup>36</sup> auch *Kreditkarten* und *Reisechecks* als Zahlungsmittel. Überhaupt gelten als solche,

The EU Geo-Blocking Regulation from a Competition Law Perspective, JECLP 2020, 244 ff., 248.

<sup>31</sup> Vgl. Art. 1 und 4 Ziff. 11 der Richtlinie (EU) 2015/2366 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. November 2015 über Zahlungsdienste im Binnenmarkt, zur Änderung der Richtlinien 2002/65/EG, 2009/110/EG und 2013/36/EU und der Verordnung (EU) Nr. 1093/2010 sowie zur Aufhebung der Richtlinie 2007/64/EG (Text von Bedeutung für den EWR), ABl. L 337 vom 23. Dezember 2015, 35 ff.

<sup>32</sup> Art. 4 Ziff. 2 Richtlinie 2015/2366; THOMAS NAGEL, Der persönliche und sachliche Geltungsbereich des schweizerischen Geldwäschereigesetzes, Zürich 2020, N 397; s. auch SHK GwG-SCHÄREN, Art. 2 N 103 ff., in: Peter V. Kunz/Thomas Jutzi/Simon Schären (Hrsg.), Geldwäschereigesetz, Stämpfli Handkommentar, Bern 2017; CORNELIA STENGEL/THOMAS WEBER, Digitale und mobile Zahlungssysteme: Technologie, Verträge und Regulation von Kreditkarten, Wallets und E-Geld, Zürich 2016, N 3.

<sup>33</sup> Art. 56 ZGB; s. dazu insb. BSK ZGB I-HUGUENIN/REITZE (FN 26), Art. 56 N 1 ff.

<sup>34</sup> Bundesgesetz vom 22. Dezember 1999 über die Währung und die Zahlungsmittel (WZG; SR 941.10).

<sup>35</sup> Art. 2 WZG; STENGEL/WEBER (FN 32), N 20.

<sup>36</sup> Bundesgesetz vom 10. Oktober 1997 über die Bekämpfung der Geldwäscherei und der Terrorfinanzierung (Geldwäschereigesetz, GwG; SR 955.0).

so die FINMA, eigentlich «alle Zahlungsmittel, deren Wert im Moment der Emission feststeht».<sup>37</sup>

Im Fokus der Bestimmung steht das Verbot jeglicher Geodiskriminierung aufgrund der Verwendung eines schweizerischen Zahlungsmittels (Schweizer Franken, schweizerische Kredit- oder Debitkarten, Checks auf Schweizer Franken usw.), weshalb auch der *Ausgabeort des Zahlungsmittels* ausschlaggebend ist, der sich am zivilrechtlichen Sitz, Wohnsitz, Niederlassungsort oder bei der schweizerischen Zweigniederlassung des Herausgebers des Zahlungsmittels befindet.

## C. Diskriminierung bei Preis oder Zahlungsbedingungen (Art. 3a Abs. 1 lit. a UWG)

### 1. Allgemeines

Das Verbot der Diskriminierung bei Preis oder Zahlungsbedingungen beruht auf der Verschmelzung separater Verbotsnormen der europäischen Geoblocking-Verordnung: des Verbots unterschiedlicher allgemeiner Geschäftsbedingungen (AGB) und des Verbots unterschiedlicher Zahlungsbedingungen. In der Literatur wird teilweise kritisiert,<sup>38</sup> dass das unionsrechtliche Verbot ungleich breiter ist als sein schweizerisches Pendant, da es auf Diskriminierung durch AGB abstellt und dafür von einem weiten Begriffsverständnis ausgeht, der nicht nur – wie in der Schweiz – den Preis umfasst, sondern auch sämtliche andere Vertrags-, Zahlungs- und Lieferbedingungen sowie Informationen, die von einem Anbieter oder in seinem Namen für die Öffentlichkeit bestimmt sind.<sup>39</sup>

### 2. Preisdiskriminierung

Art. 3a Abs. 1 lit. a UWG verbietet Diskriminierungen des Kunden in der Schweiz hinsichtlich des Preises (Preisdiskriminierung). Den Begriff des *Preises* präzisiert das Gesetz nicht näher. Der Lehrmeinung, wonach dieser wohl den Nettopreis umfasst, ist zuzustimmen.<sup>40</sup> Diese Klarstellung wäre im Gesetzestext allerdings wünschenswert gewesen, denn Abweichungen, die bloss auf Steuern,

Zölle, Zulassungsgebühren oder unterschiedliche Versandkosten zurückzuführen sind, sollten nicht zum Preis i.S. dieser Bestimmung gerechnet werden.<sup>41</sup>

Damit eine unzulässige *Preisdiskriminierung* vorliegt, bedarf es der Erfüllung zweier Voraussetzungen: *Erste Voraussetzung* ist das *Vorliegen eines preislichen Unterschieds* zwischen dem Angebot an ausländische Kunden und dem Angebot an den fraglichen Kunden in der Schweiz, sofern dieser nicht auf Steuern, Lieferkosten oder dergleichen zurückzuführen ist; irrelevant ist der zahlenmässige Umfang der Preisdifferenz. Dieser grundsätzlich sehr breite Tatbestand wird jedoch durch die *zweite Voraussetzung* der *Diskriminierung* relativiert: Nebst dem preislich unterschiedlichen Angebot muss der Anbieter, um sich unzulässig zu verhalten, den Kunden aufgrund seines Sitzes, Wohnsitzes oder Niederlassungsorts in der Schweiz anders behandeln als seine übrigen Kunden; dies umfasst aber nicht die Weigerung der Lieferung in die Schweiz.<sup>42</sup>

Folglich ist das Preisdiskriminierungsverbot nicht dahingehend zu interpretieren, dass jegliches Angebot in der Schweiz, welches auf einen höheren Nettopreis als im Ausland lautet, gegen das Geodiskriminierungsverbot verstösst, bloss weil im Ausland die gleiche Ware oder Dienstleistung zu einem niedrigeren Preis offeriert wird: Auch abgesehen von den oben genannten Gründen (Steuern, Lieferkosten und dergleichen) sollte – und kann – die Bestimmung *keine vollständige Preisharmonisierung* mit dem Ausland erzwingen. Daran ändert auch nichts, dass die Bestimmung den Zweck der Bekämpfung der «Hochpreisinsel» verfolgt, denn eine solche preisliche Angleichung an jedes ausländische Angebot wäre praktisch nicht durchführbar und mit unverhältnismässigen Konsequenzen verknüpft. Einziger Anhaltspunkt für eine solche Praxis im Wortlaut der Bestimmung wäre höchstens die Formulierung «in der Schweiz» in Art. 3a Abs. 1, die sich auf Preisdiskriminierung beziehen könnte; aus den Materialien geht jedoch hervor, dass sich diese Wendung auf «Kunden in der Schweiz», also auf Merkmale der Kundenschaft und nicht der Diskriminierung, bezieht.<sup>43</sup> Bei vollständiger Preisharmonisierung müssten etwa temporäre

<sup>37</sup> FINMA RS 2011/1 vom 20. Oktober 2010, Tätigkeit als Finanzintermediär nach GwG, N 64.

<sup>38</sup> S. LOACKER/BLUMER (FN 13), 1065.

<sup>39</sup> Vgl. Erw. 15 Geoblocking-Verordnung; s. dazu insb. auch MANSOUR POUR RAFSENDJANI, Die europäische Geoblocking-Verordnung und ihre Auswirkung auf Vertriebsverträge, ZVertriebsR 2018, 210 ff., 213; SAFRON (FN 29), 86.

<sup>40</sup> LOACKER/BLUMER (FN 13), 1065; vgl. für die EU Art. 2 Ziff. 14 Geoblocking-Verordnung.

<sup>41</sup> In der EU analog, vgl. SAFRON (FN 29), 86; s. auch LOACKER/BLUMER (FN 13), 1065.

<sup>42</sup> S. dazu sogleich die Ausführungen weiter unten, im selben Abschnitt.

<sup>43</sup> Der Begriff «Kunden in der Schweiz» stammt entstehungsgeschichtlich von der Verwaltung, vgl. Notiz des WBF zuhanden der WAK-S vom 4. März 2021, Internet: <https://tinyurl.com/23yx4wwf> (Abruf 27.12.2021), 4; vgl. dazu etwa auch den französischen Wortlaut («client en Suisse»), der ebenfalls nur diese Auslegung zulässt.

Aktionen, Rabatte oder Sonderpreise im Ausland auch jedes Mal für die Schweiz gelten;<sup>44</sup> es würde sich überhaupt jedes Mal die Frage stellen, welches (ausländische) Angebot als preislicher Richtwert für das schweizerische Äquivalent dienen soll.<sup>45</sup> Nach einhelliger Auffassung ist dies auch nicht die Praxis in der EU, wengleich die Mitgliedstaaten zusammen einen stark vereinheitlichten Binnenmarkt bilden: Anbieter dürfen in unterschiedlichen Mitgliedstaaten weiterhin unterschiedliche Preise verlangen, solange einem Kunden aus einem Mitgliedstaat A nicht verwehrt wird, den Vertrag zu den Bedingungen abzuschliessen, die eigentlich für die Kunden aus einem anderen Mitgliedstaat B gelten sollten (und sich u.a. z.B. die Ware in den Mitgliedstaat B liefern zu lassen).<sup>46</sup>

Für Art. 3a UWG ist, wie auch in der EU, das «Shop-like-a-local-Prinzip» massgebend, welches dem Kunden ermöglichen soll, ein im Ausland gemachtes Angebot zu den dortigen Preisen und Konditionen beziehen zu können;<sup>47</sup> dies spiegelt sich auch in der Voraussetzung der Diskriminierung. Positiv formuliert ist Art. 3a Abs. 1 lit. a UWG folglich v.a. als *Verpflichtung* des Anbieters zu verstehen, dem Kunden in der Schweiz Waren oder Dienstleistungen zum gleichen Nettopreis wie im Ausland anzubieten oder aber dem Kunden in der Schweiz den Zugang zu seinem (günstigeren) ausländischen Angebot desselben Produkts zu dortigen Preisen und Konditionen zu *ermöglichen*.<sup>48</sup>

Nach Massgabe von Art. 3a Abs. 1 lit. a UWG diskriminierend und somit unzulässig wäre die Praxis eines Anbieters, der einen deutschen Online-Shop betreibt, von seinen Kunden zwingend die Angabe des Landes zu verlangen, in dem sie sich befinden oder in welches geliefert werden soll, und je nach Länderwahl die Preise unwiderruflich zu erhöhen bzw. zu senken. Es muss aber nach der hier vertretenen Auffassung zulässig sein, den Konsumenten die (freiwillige) Wahl zu geben, das Land zu bestimmen, aus welchem sie bestellen bzw. in welches sie die

Produkte geliefert haben wollen, und für die verschiedenen Lieferorte unterschiedliche Preise zu verlangen (die etwa mit der Grösse des Marktes, unterschiedlichen Kosten etc. im Zusammenhang stehen können), solange der Kunde weiterhin die *freie Wahl* hat, jederzeit ein im Ausland gemachtes Angebot zu den dortigen Preisen und Konditionen zu beziehen, d.h., sich zu diesen Preisen und Konditionen im Ausland beliefern zu lassen wie die Konsumenten im Ausland.

Eine Preisdiskriminierung i.S.v. Art. 3a Abs. 1 lit. a UWG liegt somit erst dann vor, wenn es dem Kunden in der Schweiz aufgrund seines Standorts tatsächlich nicht möglich ist, die Ware in Deutschland zu beziehen, etwa weil bei Eingabe der schweizerischen Rechnungsadresse die Transaktion gesperrt wird. Erst dann ist der Tatbestand der *Diskriminierung* erfüllt.

Betrieibt ein Anbieter<sup>49</sup> sowohl einen Online-Shop im Ausland (z.B. in Deutschland mit Adresse «shop.de») als auch einen in der Schweiz («shop.ch») und bietet in beiden Shops die gleiche Ware an, jedoch in Deutschland für 50 Euro netto und in der Schweiz für 70 Franken netto, oder betreibt ein Anbieter ein und denselben Online-Shop und bietet den Konsumenten die (freiwillige) Wahl, das Land zu bestimmen, aus welchem sie bestellen bzw. in welches sie geliefert haben wollen, so verstösst er nicht gegen das Geodiskriminierungsverbot, bloss weil er unterschiedliche Preise in beiden Ländern verlangt.<sup>50</sup> Für eine Verletzung des Geodiskriminierungsverbots wäre vielmehr erforderlich, dass der Lieferant im Ausland dem Kunden in der Schweiz verwehren würde, den Vertrag zu den Bedingungen abzuschliessen, die für die Kunden aus dem anderen Staat gelten, d.h. im vorliegenden Beispiel, die Ware auf dem Online-Shop im Ausland zu kaufen und sich die Ware an eine Adresse im Ausland liefern zu lassen.

Analog zur EU,<sup>51</sup> wo dies auch explizit in der Geoblocking-Verordnung erwähnt und in der Literatur einhellig festgehalten wird, vertritt auch in der Schweiz die bereits existierende Lehre zu Recht, dass Art. 3a Abs. 1 lit. a UWG dem Anbieter *keine Lieferpflicht* auferlegt:<sup>52</sup> Bestellt der Kunde im Ausland und bietet der Anbieter keine Lieferung in die Schweiz an, so ist er gezwungen,

<sup>44</sup> Namentlich für solche Angebote kennt die Geoblocking-Verordnung der EU eine Ausnahme, vgl. Art. 4 Abs. 2 Geoblocking-Verordnung.

<sup>45</sup> Vgl. zu dieser Problematik in der EU MARTIN ROTHERMEL/WOLFGANG SCHULZ, One Year After – Geoblocking-Verordnung: Fragen und Schnittstellen, K&R 2019, 367 ff., 370.

<sup>46</sup> EHLE/KRESS (FN 29), 794; gl.M. JOCHEN BERNHARD, Die Geoblocking-Verordnung in der Praxis, NJW 2019, 472 ff., 475; DANIEL DOHRN/CHRISTOPHER KLEINERT, Die Geoblocking-Verordnung im Kontext des europäischen Kartellrechts und ihre Auswirkungen auf Vertriebsverträge, ZWeR 2020, 131 ff., 135; CHRISTIAN KOHLER, Zum Verbot des Geoblocking im europäischen Binnenmarkt: Angriff auf die Vertragsfreiheit und Schwächung des Verbraucherschutzes?, ZEuP 2020, 253 ff., 256; LETTNER (FN 30), 246; PICHT (FN 30), 248; POUR RAFSENDJANI (FN 39), 213; ROTHERMEL/SCHULZ (FN 45), 369; SAFRON (FN 29), 86.

<sup>47</sup> Vgl. HEIZMANN (FN 16), 77; MEIER (FN 15), AJP 2021, 874.

<sup>48</sup> Wohl gl.M. HEIZMANN (FN 16), 77.

<sup>49</sup> Der Anbieter kann nach der hier vertretenen Auffassung sowohl in der Schweiz wie auch in Deutschland ansässig sein, um in den Anwendungsbereich des Geodiskriminierungsverbots zu fallen, s. dazu eingehend SHK UWG-BIRKHÄUSER/CONSTAM (FN 2), Art. 3a N 41 ff.

<sup>50</sup> In der EU analog, vgl. statt vieler SAFRON (FN 29), 86.

<sup>51</sup> Erw. 28 Geoblocking-Verordnung; s. u.a. auch KOHLER (FN 46), 256; LEANDER D. LOACKER, The rise and fall of a defining criterion? The targeting of digital commercial activities as a factor establishing consumer jurisdictions before and after the Geo-Blocking Regulation, in: Peter Mankowski (Hrsg.), Research Handbook on the Brussels Ibis Regulation, Cheltenham/Northampton 2020, 207 ff., 222; ROTHERMEL/SCHULZ (FN 45), 369.

<sup>52</sup> Vgl. HEIZMANN (FN 16), 76; LOACKER/BLUMER (FN 13), 1065; MEIER (FN 15), AJP 2021, 875.

die bestellte Ware im Ausland abzuholen.<sup>53</sup> Am wirksamsten dürfte das Preisdiskriminierungsverbot somit wohl v.a. im Dienstleistungsbereich sein, z.B. für Konzertkarten oder Hotelbuchungen.<sup>54</sup> Hier handelt es sich um vor Ort – insb. im Ausland – erbrachte Dienstleistungen, für welche die Lieferungsproblematik entfällt und wo der Kunde in der Schweiz entsprechend auch vorbehaltlos in den Genuss des günstigeren ausländischen Angebots kommen kann.

### 3. Diskriminierung bei den Zahlungsbedingungen

Das Diskriminierungsverbot bei den Zahlungsbedingungen verpflichtet den Anbieter, den Kunden in der Schweiz beim Zahlungsvorgang gleich zu behandeln wie die ausländische Kundschaft, sofern er die Ungleichbehandlung nicht sachlich rechtfertigen kann, etwa weil der Zahlungsdienst in der Schweiz nicht angeboten wird.<sup>55</sup> Praktisch bedeutet dies, dass ein Anbieter sämtliche von ihm *im ausländischen Online-Shop* tatsächlich akzeptierten Zahlungsmittel auf diesem ausländischen Shop auch in ihrer schweizerischen «Ausführung» annehmen muss, sofern es eine solche gibt und sie zulässig ist;<sup>56</sup> analog entspricht dies der Regelung in der EU.<sup>57</sup> Nicht verpflichtet ist er aber, im ausländischen Online-Shop alle auch nur erdenklichen schweizerischen Zahlungsmittel anzunehmen.

Bietet ein Anbieter also etwa die Möglichkeit, mit einer spezifischen Kreditkartenmarke zu bezahlen (z.B. Visa oder MasterCard), so muss er auch eine in der Schweiz ausgegebene Karte der gleichen Marke akzeptieren. Gleiches gilt auch für andere Zahlungsmittel wie Rechnungen oder Checks. Bloss weil er mit schweizerischen Kunden rechnen muss, muss aber ein Anbieter nicht zwingend sämtliche schweizerischen Zahlungsmittel annehmen.

Nicht dazu verpflichtet ist der Anbieter folgerichtig, stets auch die Zahlung in Schweizer Franken zuzulassen; akzeptiert der Anbieter dagegen aber auf seinem schwedischen Online-Shop etwa Zahlungen in Euro, so muss auch der Kunde in der Schweiz auf diesem Online-Shop mit Euro zahlen dürfen, denn die mittelbare Diskriminierung

dadurch, dass Währungen je nach Wohnort oder Sitz des Kunden akzeptiert werden, wäre wiederum unzulässig.<sup>58</sup>

Wie dies auch die Lehre in der EU vertritt<sup>59</sup> und oben bereits angedeutet, muss es jedoch möglich sein, auf *unterschiedlichen*, länderspezifischen Online-Shops des gleichen Anbieters *jeweils unterschiedliche Zahlungsmittel* zu akzeptieren. Dies entspricht dem gleichen Ansatz wie bei der Preisdiskriminierung: Der blosser Unterschied von Preis und Zahlungsbedingungen zwischen der Schweiz und dem Ausland stellt noch keinen Verstoss gegen das Geodiskriminierungsverbot dar; erst die aktive Ungleichbehandlung des Kunden begründet diesen.

So kann ein Anbieter auf seinem deutschen Online-Shop bloss Zahlungen in Euro oder mit Visa-Karte akzeptieren, jedoch auf seinem schweizerischen Shop nur Schweizer Franken und klassische Papierrechnungen genehmigen, ohne gegen Art. 3a Abs. 1 lit. a UWG zu verstossen. *Unzulässig* wäre sein Verhalten erst dann, wenn er dem Kunden in der Schweiz auf dem deutschen Online-Shop nur Zahlungen per Papierrechnung erlauben und damit den Tatbestand der Diskriminierung erfüllen würde.

Bei der Verwendung elektronischer Zahlungsmittel wie Kreditkarten sollte es, wie auch in der EU,<sup>60</sup> überdies trotz des Gleichbehandlungsgebots weiterhin möglich sein, unterschiedliche *Kreditkartengebühren* zu verlangen, sofern diese gerechtfertigt sind und auch den tatsächlich entstandenen, unmittelbaren Kosten der Transaktion entsprechen und nicht etwa eine verdeckte Preiserhöhung darstellen. Der Anbieter soll nicht für hohe Gebühren, die ausserhalb seines Einflussbereichs liegen, bestraft werden. Diese Transaktionskosten muss er folglich auf den Kunden abwälzen können.

### D. Blockieren oder Beschränken des Zugangs zu einem Online-Portal (Art. 3a Abs. 1 lit. b UWG)

Art. 3a Abs. 1 lit. b UWG verbietet die Zugangsbeschränkung oder Sperrung eines Online-Portals aufgrund ortsbezogener Daten des Kunden in der Schweiz;<sup>61</sup> verboten ist mithin die klassische Form des Geoblockings.<sup>62</sup>

<sup>53</sup> Solange die Transaktion abgeschlossen werden kann, kann der Anbieter auch nur eine Lieferung an eine deutsche Adresse anbieten und muss den Kunden nicht in der Schweiz bedienen.

<sup>54</sup> Vgl. MEIER (FN 15), AJP 2021, 875.

<sup>55</sup> Analog in der EU, vgl. BERNHARD (FN 46), 475.

<sup>56</sup> Vgl. aber die Ausführungen sogleich unten betreffend das Angebot unterschiedlicher Zahlungsmittel in *unterschiedlichen*, länderspezifischen Online-Shops.

<sup>57</sup> Vgl. Art. 5 Abs. 1 Geoblocking-Verordnung; s. dazu auch BERNHARD (FN 46), 475; DOHRN/KLEINERT (FN 46), 135; ROTHERMEL/SCHULZ (FN 45), 370; PICHT (FN 30), 248; SAFRON (FN 29), 88.

<sup>58</sup> Analog in der EU, vgl. BERNHARD (FN 46), 475; TORSTEN KRAUL/HANNO SCHAPER, Die Geoblocking-Verordnung – zwei Schritte vorwärts, ein Schritt zurück?, DB 2018, 618 ff., 621.

<sup>59</sup> Vgl. EHLE/KRESS (FN 29), 795 f.; ROTHERMEL/SCHULZ (FN 45), 370.

<sup>60</sup> Vgl. Art. 5 Abs. 3 Geoblocking-Verordnung.

<sup>61</sup> Vgl. zur ähnlichen Rechtslage in der EU statt vieler MARTIN ROTHERMEL/WOLFGANG SCHULZ, Die neue Geoblocking-Verordnung: Grundlagen, Fragen und Schnittstellen, K&R 2018, 444 ff., 447.

<sup>62</sup> S. dazu auch PICHT (FN 15), N 10.

Das Gesetz präzisiert den Begriff des *Online-Portals* nicht näher; er wird im Bundesrecht überhaupt auch nur sehr sporadisch verwendet,<sup>63</sup> weshalb es nicht einleuchtet, warum der Gesetzgeber nicht bloss den Begriff der «Online-Benutzeroberfläche»<sup>64</sup> der Geoblocking-Verordnung der EU übernommen hat. Es wird daher zweckmässig sein, den Terminus «Online-Portal» im Ansatz analog auszulegen: Darunter sind Internetseiten oder Teile davon, Apps oder sonstige Softwareprogramme zu verstehen, die dazu dienen, den Kunden Zugang zu Waren oder Dienstleistungen zu gewähren mit dem Ziel der Tätigkeit eines Geschäfts über diese Waren und Dienstleistungen.<sup>65</sup> Von der EU mangels entsprechender gesetzlicher Grundlage im UWG nicht zu übernehmen ist jedoch die Beschränkung der erfassten Online-Portale auf solche, die von einem Anbieter oder in dessen Namen betrieben werden und bloss Waren und Dienstleistungen desselben Anbieters vertreiben.<sup>66</sup> In der EU fallen Online-Plattformen wie z.B. eBay, die eine Art «Marktplatz» für Drittanbieter schaffen, nicht unter den Begriff der «Online-Benutzeroberfläche». Für diese gewichtige Einschränkung des Begriffs bietet das schweizerische Recht, wie oben erwähnt, keine gesetzliche Grundlage und keine weiteren Anhaltspunkte, wenngleich damit der Anwendungsbereich des Diskriminierungsverbots erheblich erweitert wird. Ob tatsächlich Online-Plattformen wie eBay, Etsy oder Facebook Marketplace unter Art. 3a Abs. 1 lit. b UWG fallen sollten, ist zwar fragwürdig, es ist aber wohl so hinzunehmen – möglicherweise ist dies auf ein Versehen des Gesetzgebers zurückzuführen.

Verboten ist jegliche *technische Massnahme* des Anbieters, die dem potenziellen Kunden in der Schweiz den Zugriff auf einzelne Online-Angebote oder auf ganze Internetseiten oder Apps aufgrund ortsbezogener Daten (z.B. Erkennung der IP-Adresse oder GPS-Daten) verwehrt oder beschränkt, indem etwa nur Teile der Internetseite zugänglich sind. Jeder potenzielle Kunde in der Schweiz muss stets die unbeschränkte Möglichkeit haben, jedes ausländische Online-Portal anzusteuern und sich die dort aufgeführten, ggf. länderspezifischen Angebote anzuschauen.<sup>67</sup>

Unzulässig verhält sich somit etwa ein Anbieter, der die IP-Adresse des Kunden in der Schweiz erkennt und ihm deshalb den Zugang zur Online-Seite versperrt, auf der er die spezifischen Ausstattungen, wie sie für den deutschen Markt vorgesehen sind, finden kann.

Dem Schweizer Kunden muss somit der Zugriff auf sämtliche Internet-Angebote eines ausländischen Online-Shops, einschliesslich temporärer Rabatte und Aktionen, gewährt werden; technische Massnahmen, die dies verunmöglichen würden, sind nach Massgabe von Art. 3 Abs. 1 lit. b UWG verboten. Das eigentliche *Geoblockingverbot* von Art. 3 Abs. 1 lit. b UWG regelt aber bloss die Frage des Zugangs zum Angebot, nicht aber die des Geschäftsabschlusses.<sup>68</sup> Ist der Zugriff möglich, der Geschäftsabschluss bei einem günstigeren Angebot aber nicht, liegt eine Preisdiskriminierung i.S.v. Art. 3 Abs. 1 lit. a UWG vor, sofern diese auf den Standort oder das Zahlungsmittel des Kunden zurückzuführen ist.

### E. Weiterleiten ohne Einverständnis zu einer anderen als der ursprünglich aufgesuchten Version des Online-Portals (Art. 3a Abs. 1 lit. c UWG)

Der dritte verbotene Tatbestand ist das Weiterleiten des Kunden auf eine andere als die ursprünglich aufgesuchte Version des Online-Portals, auch hier wieder aufgrund ortsbezogener Daten, sofern er nicht dazu zugestimmt hat.

Die erste Voraussetzung ist das Weiterleiten auf eine andere Version des Online-Portals (sog. *Rerouting* oder *Autoforwarding*<sup>69</sup>). Dies ist dann der Fall, wenn der Kunde nicht auf der zuerst angesteuerten Website verbleiben kann, sondern automatisch auf eine neue Seite geleitet wird. Der Tatbestand ist sehr breit gefasst: Es genügt, dass die neue Seite sich in Layout, Sprache, Preisen oder anderen Merkmalen von der ursprünglichen Seite unterscheidet, etwa weil sie spezifisch auf den schweizerischen oder internationalen Markt ausgerichtet ist<sup>70</sup> oder auch bloss weil sie z.B. statt einer deutschen Top-Level-Domain («.de») eine schweizerische führt («.ch»). Mit dieser Massnahme soll verhindert werden, dass der Anbieter selbst wählen kann, auf welche Angebote der Kunde in

<sup>63</sup> Vgl. insb. Art. 4 der Verordnung vom 20. Juni 2018 über das Datenbearbeitungssystem des Sprachdienstes des EDA (SR 172.010.60); Art. 4 der Verordnung vom 17. Oktober 2018 über das Datenbearbeitungssystem «e-vent» des Konferenzdienstes des EDA (Verordnung «e-vent»; SR 235.25).

<sup>64</sup> Vgl. Art. 3 Abs. 3 Geoblocking-Verordnung.

<sup>65</sup> Vgl. Art. 2 Ziff. 16 Geoblocking-Verordnung.

<sup>66</sup> Kritisch zu diesem Definitionsaspekt SAFRON (FN 29), 88.

<sup>67</sup> Vgl. analog KOHLER (FN 46), 255; s. zudem auch BERNHARD (FN 46), 474; DOHRN/KLEINERT (FN 46), 135.

<sup>68</sup> Vgl. KRAUL/SCHAPER (FN 58), 620.

<sup>69</sup> Vgl. EHLE/KRESS (FN 29), 793; JOCHEN HOFFMANN, Verbraucherkolisionsrecht unter der Geoblocking-Verordnung, JZ 2018, 918 ff., 919; MEIER (FN 15), AJP 2021, 873; ROTHERMEL/SCHULZ (FN 45), 369.

<sup>70</sup> Vgl. dazu in der EU etwa LETTNER (FN 30), 244 f.; es ist unerheblich, ob die ursprünglich angesteuerte Website günstigere Angebote führt oder nicht, vgl. BERNHARD (FN 46), 474.



der Schweiz zugreifen kann, und diese allenfalls zu dessen Nachteil geographisch segmentieren kann.

Sucht der Kunde in der Schweiz z.B. nach den für den deutschen Markt erdachten Angeboten eines bestimmten Produkts und wird er unfreiwillig zu den schweizerischen Angeboten weitergeleitet, ist der Tatbestand erfüllt.

Die zweite Voraussetzung ist sodann der Mangel einer *Einwilligung* durch den Kunden. Stimmt er der Weiterleitung ausdrücklich zu, z.B. über ein eingeblendetes Dialogfeld oder ein Kästchen mit einer Schweizer Flagge,<sup>71</sup> ist diese zulässig; die Einwilligung kann für den weiteren Gebrauch des Online-Portals gespeichert werden.<sup>72</sup> Die Geoblocking-Verordnung der EU fügt dabei noch die Voraussetzung hinzu, dass die ursprünglich angesteuerte Website für den Kunden weiterhin leicht zugänglich bleibt,<sup>73</sup> z.B. über ein Auswahlfenster bei den Seiteneinstellungen. Es ist u.E. sinnvoll, diese Anforderung zu übernehmen, denn das Sperren der ursprünglich aufgesuchten Internetseite nach Erhalt der Zustimmung gälte wohl als Verstoß gegen Art. 3a Abs. 1 lit. b UWG.

#### IV. Die Möglichkeit der sachlichen Rechtfertigung

Durch die Möglichkeit der sachlichen Rechtfertigung wird das Geodiskriminierungsverbot von Art. 3a Abs. 1 UWG wesentlich eingeschränkt – sofern dessen Anwendbarkeit durch Vorliegen eines Ausnahmetatbestands nach Art. 3a Abs. 2 UWG nicht ohnehin ausgeschlossen ist.<sup>74</sup> Mit dieser allgemeinen Rechtfertigungsmöglichkeit unterscheidet sich auch hier wieder das schweizerische Geodiskriminierungsverbot von seinem unionsrechtlichen Pendant, welches bloss für einzelne Tatbestände spezifische Rechtfertigungsgründe kennt.<sup>75</sup>

Als sachlich gerechtfertigt gelten Preisdiskriminierung und Geoblocking u.E. dann, wenn die Massnahmen *auf objektive Gründe zurückzuführen sind, die nicht im direkten Einflussbereich des Anbieters liegen*.

Als Beispiele dafür nennen die Lehre und die Materialien insb. Zollgebühren, unterschiedliche Mehrwertsteuern oder höhere Versandkosten und Handling, z.B. weil der Anbieter mit einem externen Paketdienstleister arbeitet,<sup>76</sup> was für den Kunden in der Schweiz wiederum höhere Preise verursachen kann. Berücksichtigt werden können auch anderweitige höhere Kosten, die etwa durch Zulassungsgebühren oder hoheitliche Importanforderungen an Produktbeschaffenheit, Etikettierung usw. verursacht werden. Man bedenke aber, dass diese Konstellationen nur dann denkbar sind, wenn der ausländische Anbieter überhaupt die Lieferung in die Schweiz anbietet und/oder eine Präsenz in der Schweiz unterhält.

Ebenfalls als sachlich gerechtfertigt gelten Geodiskriminierungs- und insb. Geoblocking-Massnahmen für Waren und Dienstleistungen, die in der Schweiz rechtlich nicht zugelassen sind.

Dies kann z.B. für bestimmte Waffen<sup>77</sup> oder nicht homologierte Automobile der Fall sein oder aber für Arzneimittel und Medizinprodukte, deren Inverkehrbringen i.d.R. von einer Zulassung abhängig ist.<sup>78</sup>

Regelmässig ungerechtfertigt dürften jedoch unterschiedliche *Ex-Factory*-Preise sein, die der Hersteller selbst je nach Absatzmarkt festlegt und die nicht auf höhere externe Kosten zurückzuführen sind.<sup>79</sup> Vertreibt also ein Anbieter ein schweizerisches Produkt im Ausland zum günstigeren Preis als in der Schweiz, ist zu vermuten, dass die Erbringung einer sachlichen Rechtfertigung Schwierigkeiten bereiten wird. Auch der Einwand der Branchenüblichkeit der Massnahme kann, in Anwendung allgemeiner Grundsätze des Lauterkeitsrechts,<sup>80</sup> nicht als sachliche Rechtfertigung gelten. Ferner können auch nicht Gegenstand einer sachlichen Rechtfertigung solche Geodiskriminierungsmassnahmen bilden, die aus sonstigen Gründen widerrechtlich sind, namentlich weil sie gegen kartellrechtliche Vorschriften verstossen.<sup>81</sup>

<sup>71</sup> Vgl. BERNHARD (FN 46), 472, 474; EHLE/KRESS (FN 29), 793.

<sup>72</sup> EHLE/KRESS (FN 29), 793; kritisch hinsichtlich Einhaltung des EU-Datenschutzrechts ROTHERMEL/SCHULZ (FN 61), 448; s. auch BERNHARD (FN 46), 474 f., der bloss das Speichern der Eingabe, nicht aber der IP-Adresse des Kunden empfiehlt.

<sup>73</sup> Vgl. Art. 3 Abs. 2 Geoblocking-Verordnung.

<sup>74</sup> Vgl. LOACKER/BLUMER (FN 13), 1064.

<sup>75</sup> MEIER (FN 15), AJP 2021, 875; s. bspw. Art. 4 Abs. 1 lit. b Geoblocking-Verordnung; vgl. zum Fehlen einer allgemeinen Rechtfertigungsmöglichkeit kritisch HOFFMANN (FN 69), 922.

<sup>76</sup> LOACKER/BLUMER (FN 13), 1064; MEIER (FN 15), AJP 2021, 875; s. auch Notiz des WBF zuhanden der WAK-S vom 4. März 2021, Internet: <https://tinyurl.com/23yx4wwf> (Abruf 27.12.2021), 4.

<sup>77</sup> S. dazu Art. 5 des Bundesgesetzes vom 20. Juni 1997 über Waffen, Waffenzubehör und Munition (Waffengesetz, WG; SR 514.54).

<sup>78</sup> Vgl. Art. 9 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 15. Dezember 2000 über Arzneimittel und Medizinprodukte (Heilmittelgesetz, HMG; SR 812.21).

<sup>79</sup> LOACKER/BLUMER (FN 13), 1064; s. auch DIEBOLD (FN 10), 159.

<sup>80</sup> SHK UWG-JUNG, ART. 2 N 125, in: Peter Jung/Philippe Spitz (Hrsg.), Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, Stämpfli's Handkommentar, 3. A., Bern 2022; s. auch BGE 94 IV 34 E. 1b; HGer ZH, HE130306-O, 26.3.2014, E. 5.2.4e.

<sup>81</sup> Vgl. zu diesem Thema eingehend BIRKHÄUSER/CONSTAM (FN 11).