



Schweizerische Eidgenossenschaft
Confédération suisse
Confederazione Svizzera
Confederaziun svizra

Wettbewerbskommission WEKO
Commission de la concurrence COMCO
Commissione della concorrenza COMCO
Competition Commission COMCO

Aktuelle Herausforderungen in Recht und Praxis des Wettbewerbs

Studienvereinigung Kartellrecht – Arbeitsgruppe Schweiz/
Center for the Law of Innovation and Competition,
Universität Bern

Arbeitssitzung vom 26. Juni 2020

Andreas Heinemann

Wettbewerbskommission | Uni Zürich



Überblick

COVID-19

Kartelle

- Flügel und Klaviere (BVGer)
- Automobil-Leasing
- Bauwirtschaft Graubünden

Vertikale Abreden

- Französischsprachige Bücher (BVGer)
- Bucher Landtechnik
- Stöckli

Marktbeherrschungsmisbrauch

- Swisscom ADSL (BGer)
- Hallenstadion Ticket Corner (BGer)
- Gasmarkt Zentralschweiz

Zusammenschlusskontrolle

- Sunrise/UPC
- SBB Cargo

De lege ferenda

- KG-Teilrevision



COVID-19-Krise (1)



- Interventionen WEKO / Sekretariat
- **Erster Fall** Mitte März 2020:
 - Ein **Verband wollte zentrale Stelle einrichten**, damit Kantone Dienstleistungen dort anfordern können
 - Leistungen von Mitgliedsfirmen sollten zu **Einheitspreis** von X CHF/Std. erbracht werden
 - Preis rund **25% höher** als vorher
 - Sekretariat intervenierte weil Beseitigung des Wettbewerbs drohte
 - Verband machte öffentliche Interessen der Kantone geltend; kein Rechtfertigungsgrund nach KG
- Reaktion war auch **Medienmitteilung vom 26. März 2020**:
 - Kartellrecht gilt auch in Corona-Krise
 - Wenn Regierung/Behörden Massnahmen anordnen, ist KG nicht anwendbar
 - Sekretariat steht für Fragen zu privaten Massnahmen zur Verfügung
 - Eingreifmöglichkeiten bei überhöhten Preisen



COVID-19-Krise (2)



- **Kritik an Schweizer Wettbewerbsbehörden**
- Kritik an «Untätigkeit» der Schweizer Wettbewerbsbehörden, EU-Kommission habe Vorschriften zur Linderung der Krise vorübergehend gelockert
- **Mitteilung der EU-Kommission** vom 8. April 2020 über einen befristeten Rahmen für Prüfung kartellrechtlicher Fragen bei Zusammenarbeit von Unternehmen in COVID-19-bedingten Notsituationen
 - **Zusammenarbeit von Unternehmen kann effizient sein**, um Versorgungsengpässen mit unverzichtbaren Waren und Dienstleistungen während des COVID-19-Ausbruchs zu begegnen
 - **Orientierungshilfen** zur Zusammenarbeitsinitiativen
 - Einführung **«Comfort Letter»** in Bezug auf Rechtmässigkeit konkreter Zusammenarbeitsinitiativen
- **WEKO/Sekretariat**: Anderer Ausgangspunkt, «Comfort Letter» schon vor COVID-19-Krise in Form von **Beratungen / Widerspruchsverfahren**



COVID-19-Krise (3)



- **Ausblick**
- Weg zurück zur Normalität dürfte lang werden – **Aufmerksamkeit und Wachsamkeit** bleiben gefragt
- **Mehr Prävention/Information** zu möglicherweise problematischen Kooperationen als Interventionen erwartet
- **Offen** ist, **ob** Auswirkungen der Krise zu **mehr oder zu weniger meldepflichtigen Zusammenschlussvorhaben** führen
- **Rückkehr zur Normalität** in der internationalen Zusammenarbeit (Kontakte zu Behörden, Konferenzen etc. vor Ort) **wird lang**
- **Arbeit und Funktionsweise** der Wettbewerbsbehörde durch «Grossereignis» **nicht stark beeinträchtigt**



BVGer – Flügel und Klaviere (1)



- Urteil vom 2. April 2020 i.S. Musik Hug/WEKO
- WEKO hatte Musik Hug wegen Preisabsprachen im Flügel- und Klaviervertrieb mit einer Sanktion von CHF 445'000 belegt, BVGer weist die Beschwerde ab.
- Musik Hug hatte im Verfahren vor WEKO Liquiditätsschwierigkeiten geltend gemacht, weshalb Wettbewerbsbehörden bei Beurteilung d. Verhältnismässigkeit d. Sanktion geprüft hatten, ob eine sog. **Inability to pay (ITP)** vorliegt
- BVGer beurteilt die Sanktion in Anbetracht der **ausreichenden Kapitalisierung** und **prognostizierten Liquidität** der Musik Hug zum angesetzten Verfügungszeitpunkt im Jahr 2015 als verhältnismässig. Auch die 2017 erfolgte Übernahme durch die Musikpunkt Holding ändert daran nichts.
- Ein Unternehmen, das Liquiditätsschwierigkeiten geltend mache, treffen **weit gehende Mitwirkungspflichten** bei der Ermittlung seiner Finanzlage
- BVGer führt in Begründung aus, für Prüfung der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit sei analog zur Berechnung der Sanktion nach Art. 49a KG an den **tatnächsten Umsatz anzuknüpfen**. Die bisherige Praxis der Wettbewerbsbehörden ist eine andere.



BVGer– Flügel und Klaviere (2)



- **Pro memoria: Praxis WEKO**
- **Basisbetrag** der Sanktion: Trägt der Schwere des Verstosses Rechnung und soll Kartellrente abschöpfen; massgebend sind Umsätze möglichst **nah am unzulässigen Verhalten**
- **Maximalsanktion**: Berücksichtigung der aktuellen finanziellen Leistungsfähigkeit bzw. Schmerzgrenze für sanktioniertes Unternehmen aus heutiger Sicht; massgebend sind Umsätze zum **Zeitpunkt Verfügung / Urteil**
- **Sanktionsreduktion infolge ITP**: Sanktion soll nicht zum Marktaustritt oder zu einer erheblichen Beeinträchtigung der Wettbewerbsfähigkeit des sanktionierten Unternehmens führen; massgebend sind Umsätze zum **Zeitpunkt Verfügung / Urteil**



BVGer– Flügel und Klaviere (3)



- **BVGer, 5.2.2.:** "Die Preislisten fallen unter den Vermutungstatbestand von Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG, womit ein Verstoss gegen das Kartellrecht mangels entsprechender Beanstandung der angefochtenen Verfügung durch die Beschwerdeführerin rechtskräftig feststeht."
- Dies entspricht der **Praxis in der EU**
- S. z.B. zuletzt OLG Schleswig, 17.2.2020 – Lkw-Kartell
"Die Abstimmung von Bruttolistenpreisen ist ein besonders wirksames Instrument zur Beeinflussung von Preisen und stellt eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung dar. Bruttolistenpreise sind der Ausgangspunkt für die Preisgestaltung der Lkw-Produzenten. Auch wenn nicht die Nettopreise der Kunden bestimmt worden sind, so sind doch die Preise durch Abstimmung der mittelbaren Festsetzung der Verkaufspreise in der Weise beeinflusst worden, dass die Kartellanten ihre alljährlichen Preiserhöhungen miteinander abgesprochen haben."



Kartelle – Automobil-Leasing



- Acht Finanzierungsunternehmen, die Leasing für Fahrzeuge anbieten, haben seit mehreren Jahren ein System zum **Austausch von Informationen** über die Zinssätze entwickelt. Sie tauschten Informationen über Aktionen und Elemente zur Berechnung einer Leasingrate aus.
- Abgesehen von einer Ausnahme haben sich alle Untersuchungsadressatinnen im Rahmen einer **einvernehmliche Regelung (EVR)** verpflichtet, künftig keine derartigen illegalen Abreden zu treffen. Gegenüber diesen EVR-Parteien wurde die Untersuchung im Juli 2019 durch die Kammer für Teilverfügungen abgeschlossen. Die Kammer verhängte Bussen in der Höhe von insgesamt CHF 30 Mio.
- **Eine EVR-Partei hat die Teilverfügung beim BVGer angefochten.**
- Gegenüber der Partei, mit der keine EVR zustande kam, wird die Untersuchung im **ordentlichen Verfahren** weitergeführt.



Kartelle – Bauwirtschaft Graubünden



- Untersuchung **«Strassenbau»**: Zwölf Strassenbauunternehmen hatten von 2004 bis 2010 mehrere hundert Projekte mit einem Beschaffungsvolumen von mindestens CHF 190 Mio. abgesprochen. Von den Abreden betroffen waren Kanton und Gemeinden.
- Untersuchung **«Engadin II»**: Zwei bzw. in einem Fall drei Unternehmen hatten im Hoch- und Tiefbau einzelne Bauprojekte im Oberengadin abgesprochen. Von den zehn unzulässigen Abreden sind Hoch- und Tiefbaubauten privater und kommunaler Bauherrinnen betroffen.
- Die WEKO büsste die Unternehmen im August 2019 für diese **unzulässigen Submissionsabreden** mit rund CHF 11 Mio.
- Neun der zwölf Strassenbauunternehmen hatten **vor dem WEKO-Entscheid** mit **Kartellopfern Vergleichsvereinbarungen** abgeschlossen. Sie verpflichteten sich darin, den Kanton und die betreffenden Bündner Gemeinden mit insgesamt rund CHF 6 Mio. zu entschädigen. Die WEKO **reduzierte die Sanktionen** der neun Unternehmen deshalb um insgesamt rund CHF 3 Mio.



BVGer – Französischsprachige Bücher



- Im Mai 2013 hatte die WEKO zehn in der Schweiz tätige Grosshändler von französischsprachigen Büchern wegen der **Behinderung von Parallelimporten** mit rund CHF 16,5 Mio. gebüsst. Sie hatten mit ihren Vertriebssystemen den Wettbewerb auf dem Beschaffungsmarkt eingeschränkt. Aufgrund von **Exklusivvereinbarungen** konnten die Buchhändler keine Bücher im Ausland beziehen. Entsprechend fanden zwischen 2005 und 2011 praktisch keine Parallelimporte statt.
- Urteil vom 30. Oktober 2019: Das **BVGer bestätigte den Entscheid** der WEKO, reduzierte allerdings in vier Fällen die gegen die Grosshändler ausgesprochenen Sanktionen. Insgesamt beläuft sich der Sanktionsbetrag auf rund CHF 14,5 Mio.
- Die Mehrheit der Parteien hat das Urteil ans BGer weitergezogen.



Vertikale Abreden – Bucher Landtechnik



- Bucher Landtechnik verpflichtete ihre Händler vertraglich dazu, sämtliche Ersatzteile für Traktoren der Marke New Holland bei ihr zu beziehen (**Bezugspflicht im Inland**).
- Zusätzlich zu dieser Bezugspflicht bestand ein **Anreizsystem**, welches die Bezugsmenge von Ersatzteilen mit den Rabattkonditionen für Traktoren der Marke New Holland verknüpfte.
- Die Bezugspflicht und das Anreizsystem haben **Verkäufe von ausländischen Lieferanten** an Händler von Bucher Landtechnik vertraglich **ausgeschlossen** und damit den Wettbewerb behindert.
- Die WEKO qualifizierte diese Verhaltensweisen als **unzulässige Gebietsschutzabreden** und büsste Bucher Landtechnik mit rund CHF 150'000.



Vertikale Abreden – Stöckli



- Zwischen der Stöckli Swiss Sports AG und ihren Skihändlern bestanden zwischen 2003 und 2018 **unzulässige vertikale Preisabreden**.
- Das Unternehmen verpflichtete die Händler, die **Schweizer Verkaufspreise von Stöckli nicht zu unterbieten**. Solche Vereinbarungen hemmen den Wettbewerb und verstossen gegen das Kartellgesetz. Die WEKO verhängte gegen Stöckli eine Sanktion von rund CHF 140'000.
- Stöckli kooperierte mit den Wettbewerbsbehörden und verpflichtete sich im Rahmen einer **EVR**, den Händlern **keine Mindest- oder Festverkaufspreise** vorzuschreiben.
- Einvernehmlich geregelt wurden auch der Umgang mit **Online-Handel**, **Querlieferungen** und **Direkt- und Parallelimporten**.
- Die volle Kooperation von Stöckli wirkte sich deutlich sanktionsmildernd aus.



BGer – Swisscom ADSL



- Urteil v. 9. Dezember 2019
- Beschwerde von Swisscom abgewiesen
- **ADSL-Preispolitik** zw. 2001-2007 erfüllt TB der **Kosten-Preis-Schere**
- Swisscom funktionierte zugleich als **Verkäuferin v. unentbehrlichen ADSL-Vorleistungen** gegenüber anderen Anbietern von Breitbandinternet und als **Internetprovider** im nachfolgenden Markt
- Swisscom verlangte bis Ende 2007 **missbräuchliche Preise für Vorleistungen**, zu knappe Differenz zw. Vorleistungskosten u. Endkundenpreisen (Kosten-Preis-Schere, KG 7 I)
- **KG 7 I** ist in der vorliegenden Konstellation mit Blick auf die Anforderungen von **EMRK 7 ausreichend bestimmt formuliert**, um das angelastete Verhalten zu erfassen. Das Handeln v. Swisscom kann angesichts d. Umstände zumindest als fahrlässig bezeichnet werden.
- Nicht zu beanstanden ist d. v. BVGer verhängte **Sanktion in Höhe von rund CHF 186** (mittelschwerer bis schwerer Verstoss)

BGer – Hallenstadion/Ticketcorner



- **Kooperationsvertrag** zw. Hallenstadion und Ticketcorner von 2009: Ticketcorner darf mind. 50 % aller Tickets für Veranstaltungen im Hallenstadion vertreiben (**Ticketingklausel**).
- WEKO: Untersuchung im 2011 **eingestellt**
- BVGer: **Beschwerde** von **Starticket** und **ticketportal** im 2016 gutgeheissen
- Hallenstadion u. Ticketcorner haben den Entscheid ans BGer weitergezogen.
- **BGer (Urteil v. 12. Februar 2020):**
- Hallenstadion verfügt über **marktbeherrschende Stellung** u. hat diese durch Verwendung der Ticketingklausel mit d. Veranstaltern **missbraucht** (Koppelung i.S.v. KG 7 II f).
- **Abrede zw. Hallenstadion u. Ticketcorner** stellt erhebliche Beeinträchtigung d. Wettbewerbs dar (KG 5 I), keine RFG ersichtlich, die Sache wird zur Festlegung notwendiger Verwaltungssanktionen / -massnahmen an WEKO zurückgewiesen.
- Gutgeheissen hat BGer Beschwerde einzig bezüglich Frage, **ob auch Ticketcorner ein missbräuchliches Verhalten** (KG 7) anzulasten ist, diesbezüglich sei der Sachverhalt ungenügend erstellt und seien von der WEKO weitere Abklärungen zu treffen



Marktbeherrschungsmisbrauch – Gasmarkt Zentralschweiz



- EGZ und ewl **missbrauchten** bisher beim Transport und der Verteilung von Erdgas über ihre Rohrleitungsnetze ihre **marktbeherrschende Stellung**.
- **Art. 7 Abs. 2 lit. a KG: Verweigerung d. Durchleitung** v. Erdgas durch e. **dritte Anbieterin** über ihre Netze zur Belieferung von bestimmten Kundengruppen > Endkunden konnten Anbieterin nicht frei wählen
- EGZ und ewl kooperierten mit der WEKO. Sie verpflichteten sich in einer EVR, künftig sämtlichen an ihre Netze angeschlossenen **Endkunden den Lieferantenwechsel zu ermöglichen**.
- Die WEKO berücksichtigte bei der Bemessung der Sanktion, dass EGZ und ewl **von sich aus ihr Netzgebiet öffnen**. Die ermässigte Busse beträgt rund CHF 2,6 Mio.



Zusammenschlusskontrolle – Sunrise/UPC



- Die zweitgrösste **Mobilfunknetzbetreiberin** (Sunrise) wollte die grösste **Kabelnetzbetreiberin** der Schweiz (UPC) übernehmen.
- **Kollektive Marktbeherrschung** auf dem Markt für **Breitbandinternet gegenüber Endkundinnen und Endkunden** in denjenigen Regionen, in denen nur die Kupferkabeltechnologie oder Koaxialkabeltechnologie zur Verfügung stehen?
- WEKO: **unwahrscheinlich**:
 - Unterschiedliche Technologien (Kupfer vs. Kabel)
 - Sunrise agierte bisher als «Maverick» und legte glaubhaft dar, dass sie auch nach der Übernahme ihre Wachstumsstrategie beibehält.
 - Möglicherweise wachsende Bedeutung der mobilen Technologien durch 5G
- **Genehmigung** ohne Auflagen oder Bedingungen



Zusammenschlusskontrolle – Beteiligung an SBB Cargo



- Das Zusammenschlussvorhaben:
 - Beteiligung von Planzer und Camion-Transport über ihre gemeinsame Tochtergesellschaft **Swiss Combi an der SBB Cargo** (zu 35%). Auch Galliker und Bertschi sind an Swiss Combi beteiligt (zu je 10%).
 - Ziel: **Einbringung der Logistikkenntnisse** zur Produktoptimierung und -entwicklung in die SBB Cargo > Verbesserung der Wirtschaftlichkeit und der Wettbewerbsfähigkeit
- Vertiefte Prüfung:
 - Der geplante Zusammenschluss führt zwar bei den **Umschlagsleistungen im kombinierten Verkehr im Raum Gossau/St. Gallen** zu einer marktbeherrschenden Stellung. Allerdings gibt es den beteiligten Unternehmen keine Möglichkeit, den wirksamen Wettbewerb zu beseitigen.
 - Deshalb hat die WEKO den Zusammenschluss **zugelassen**.



KG-Teilrevision



- 12. Februar 2020: Bundesrat beauftragt WBF, Vernehmlassungsvorlage auszuarbeiten
- **Modernisierung Fusionskontrolle**: Einführung **SIEC-Test**
- **Umsetzung Mo. Fournier 16.4094** «Verbesserung der Situation der KMU in Wettbewerbsverfahren» gem. Beschluss Parlament v. 5. März 2018
 - **Ordnungsfristen** für die Wettbewerbsbehörden und Gerichte
 - **Parteienentschädigung** in allen Phasen des kartellrechtlichen Verwaltungsverfahrens, neu somit **auch für die Verfahren vor WEKO**
- Zwei Elemente aus der vom Parlament abgelehnten KG-Revision von 2012
 - Stärkung **Kartellzivilrecht**
 - Verbesserung **Widerspruchsverfahren**
- Vernehmlassung sollte ursprünglich **im vierten Quartal 2020** eröffnet werden