



STUDIENVEREINIGUNG  
KARTELLRECHT

# ***Roundtable* Aktuelle Themen der jüngsten Behörden- und Gerichtspraxis**

**Arbeitssitzung vom 23. Juni 2023**

mit dem Center for the Law of Innovation and Competition,  
Universität Bern



Schweizerische Eidgenossenschaft  
Confédération suisse  
Confederazione Svizzera  
Confederaziun svizra

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

# *Roundtable*

## **Aktuelle Themen der jüngsten Behörden- und Gerichtspraxis**

Danièle Wüthrich-Meyer  
Vizepräsidentin der Wettbewerbskommission

23. Juni 2023



# Einleitung

## Tätigkeiten der WEKO im Berichtsjahr 2022 I

- RPW 2023/1 S. 2 ff (Jahresbericht)
- Verfügung Concessionari
  - Jahresbericht, S. 4
  
- Bloss 1 Sanktionsverfügung ? Nichts weiter im 2022? Falsch
- Vertikalbekanntmachung 22.12.2022
- Einsichtsgesuche 31.10.2022 (Submissionsabrede Graubünden)
- Verletzung der Meldepflicht 27.06.2022 (Swissgenetics)



# Einleitung

- Tätigkeiten der WEKO im Berichtsjahr 2022 II
  - Aufhebung vorsorgliche Massnahme 22.08.2022 (Mastercard)
  - Erste Erfahrungen nach der Einführung der relativen Marktmacht
  - Vernehmlassung Revision des Kartellgesetzes
  - Politische Vorstösse
  - 49 Zusammenschlussverfahren
  - Stellungnahmen / Gutachten Binnenmarktgesetz
  - Internationales
  - Kommissionsarbeit



# Kommissionsarbeit – Institutionenreform ?





# Die heutigen Themen

- Concessionari
  - Kurzer Überblick
- Vorabklärung Vertriebssystem von Yamaha Produkten
- Beratung Branchenstatistik Elektroapparate
  - Warum letztere im Zentrum der Ausführungen ?





# Concessionari VW

- Sachverhalt
  - Händlerinnen von Fahrzeugen im Tessin
  - Verkauf von Neufahrzeugen an Private und an das Gemeinwesen
- Beweismwürdigung
  - Aufteilung des Marktes
  - Ziel: Aufrechterhaltung hohes Niveau der Verkaufspreise
  - Koordination sämtlicher Verkaufsaktivitäten inkl. Submissionen
- Qualifikation
  - Abrede nach Art. 4 Abs. 1 KG und Verstoss nach Art. 5 Abs. 3 lit. a und c KG



# Vorabklärung Vertriebssystem Yamaha I

- Sachverhalt
    - Periodische Zusendung von Listen zu empfohlenen Verkaufspreisen durch die Importeurin
    - Händler haben diese zu ca 40 % befolgt, aber als unverbindlich eingestuft
    - Parallelimporte: Alleinbezugspflicht im Vertrag statuiert
  - Anhaltspunkte:
    - Preisbindung zweiter Hand (Art. 5 Abs. 4 KG)
    - Indirekte Beschränkung von passiven Verkäufen ausl. Händler (idem)
  - Verzicht auf Eröffnung einer Untersuchung (Anpassung der Vertriebsverträge)
- abrufbar auf Website WEKO - Entscheide



# Vorabklärung Vertriebssystem Yamaha II

## – Mögliche Kritiken

- Warum keine Eröffnung?
- Extensive Auslegung von Art. 5 Abs. 4 KG?





# Beratung Statistik Verkauf Elektroapparate (FEA) I

- Sachverhalt
  - Planung einer periodisch zu erscheinenden Branchenstatistik, dazu Datenerhebung bei Mitgl. (B2B)
  - 3 Gruppen von Daten: Produktkategorie, verkaufte Stückzahlen und damit erzielte Umsätze
  - Gesamtstückzahlen und –umsätze pro Absatzkanal
- Prüfung Sekretariat: Erinnerung an die praxisgemäss geltenden Grundsätze des Informationsaustausches – Panel nachmittags
- Folgerung: Informationsaustausch dann problematisch, wenn es sich um Informationen handelt, die ansonsten nicht zur Verfügung stehe

– RPW 2022/1, S. 74 ff



# Beratung Statistik Verkauf Elektroapparate (FEA) II

- Mögliche Kritiken
  - Statistiken: Unternehmensfremde Informationen
  - Austausch reduziert auf Informationen, die bereits bekannt sind, sei es im Unternehmen, sei es aufgrund von Veröffentlichungen
  - Verlässliche Marktinformationen fördern den Wettbewerb
- Meine Folgerung:
  - Ohne Vorwegnahme:
  - Es geht um sensible Information über Verkaufsmengen, Umsätze in den div. Absatzkanälen, damit um eine Ungewissheit über die strategische Umsetzung nach Erhalt von Infos, die i.d.R. dem Geschäftsgeheimnis unterstellt sind



# Ausblick 2023 – Rückblick 1. Semester 2023

- Erfreulich: eine Vielzahl an Entscheiden des Bundesverwaltungsgerichts
  - Die meisten haben diejenigen der WEKO bestätigt
  - Keine grundsätzlichen Korrekturen
- Relative Marktmacht
  - Leitentscheide zu erwarten – Beurteilung erfolgt im Einzelfall – Präjudizwirkung fraglich,
  - Allenfalls beschränkt auf die Erstellung der massgeblichen Kriterien

Sanierungsfusion CS – UBS

Der Lead liegt bei der FINMA – ein verstärktes Case Team ist an der Arbeit



# Quo vadis

- Nochmals Institutionenreform
  - Expertenkommission
  - Politische Gefahren
- Rolle der Anwaltschaft
- Rolle – Funktion der WEKO





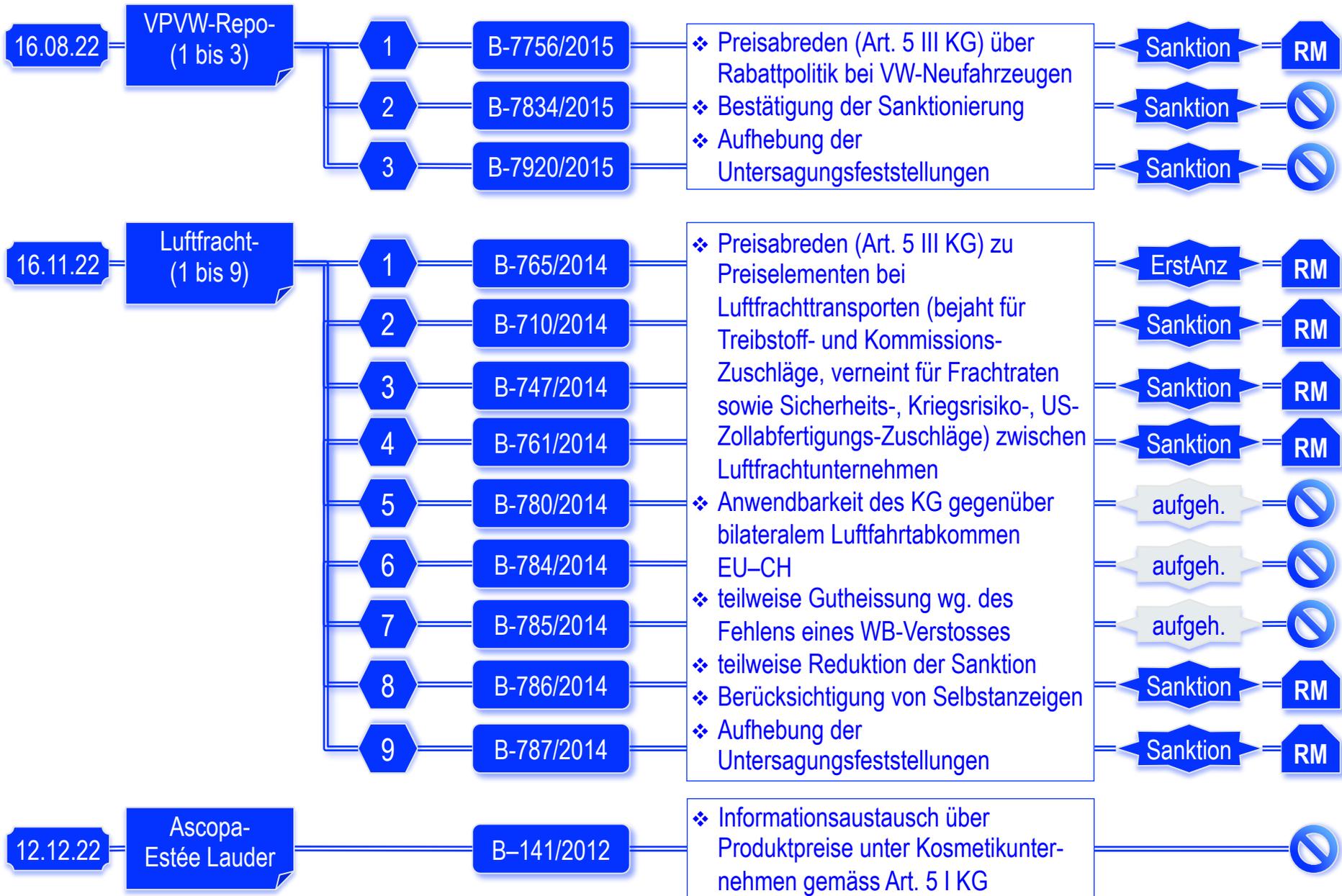


Dr. Ralf Michael Straub

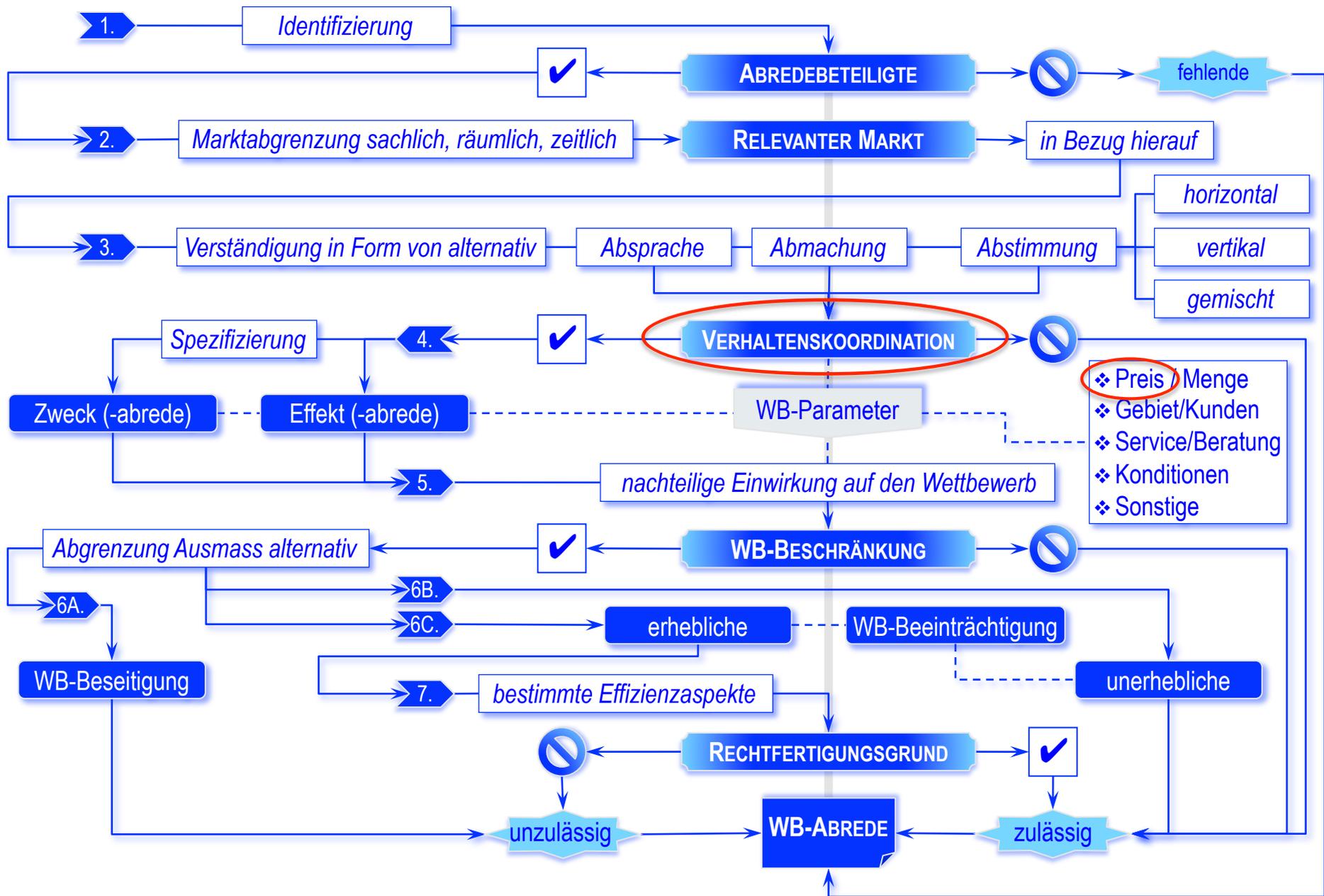
**AKTUELLE RECHTSPRECHUNG  
DES BUNDESVERWALTUNGSGERICHTS  
ZWISCHEN  
06/2022 UND 05/2023**

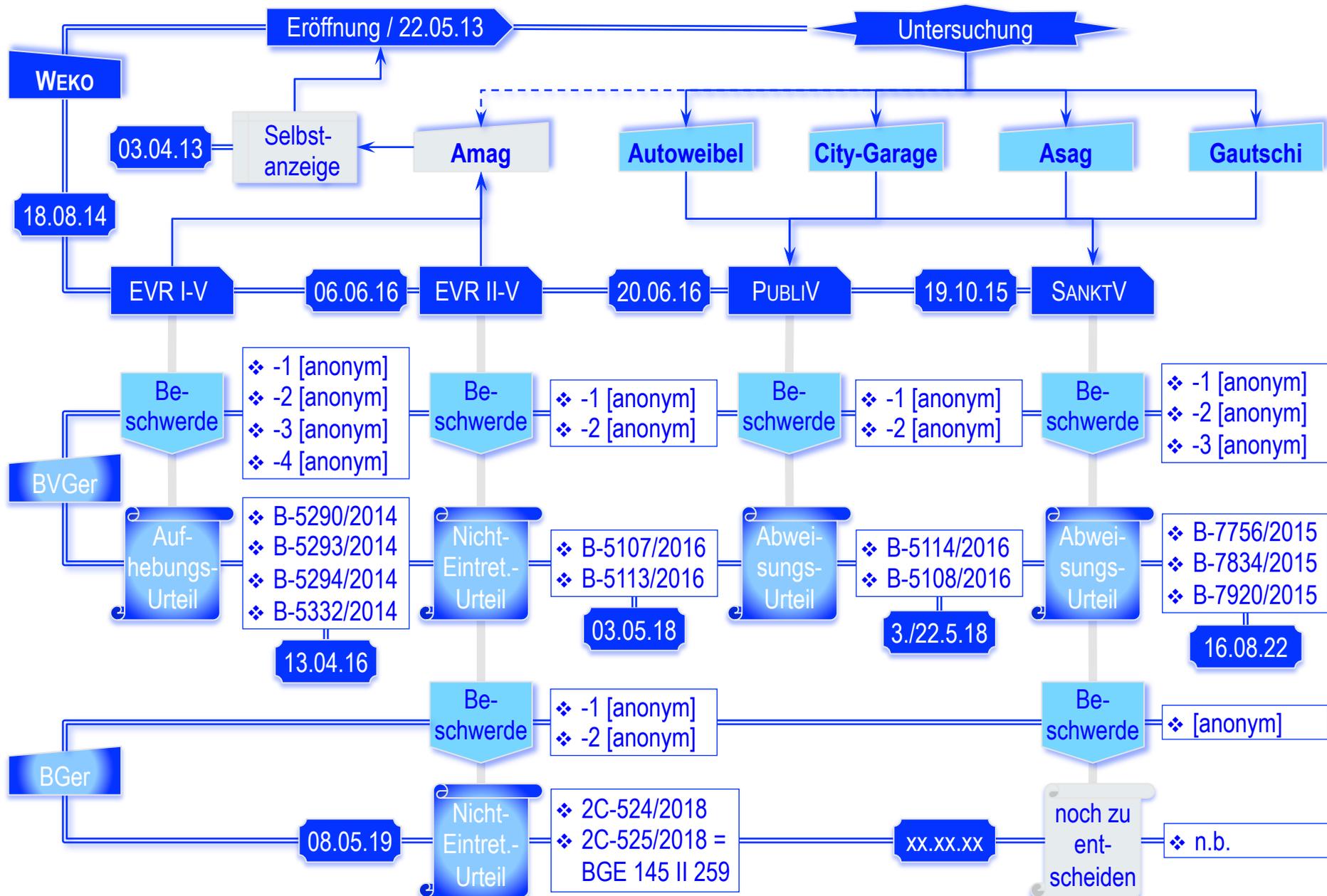
**STUDIENVEREINIGUNG KARTELLRECHT**

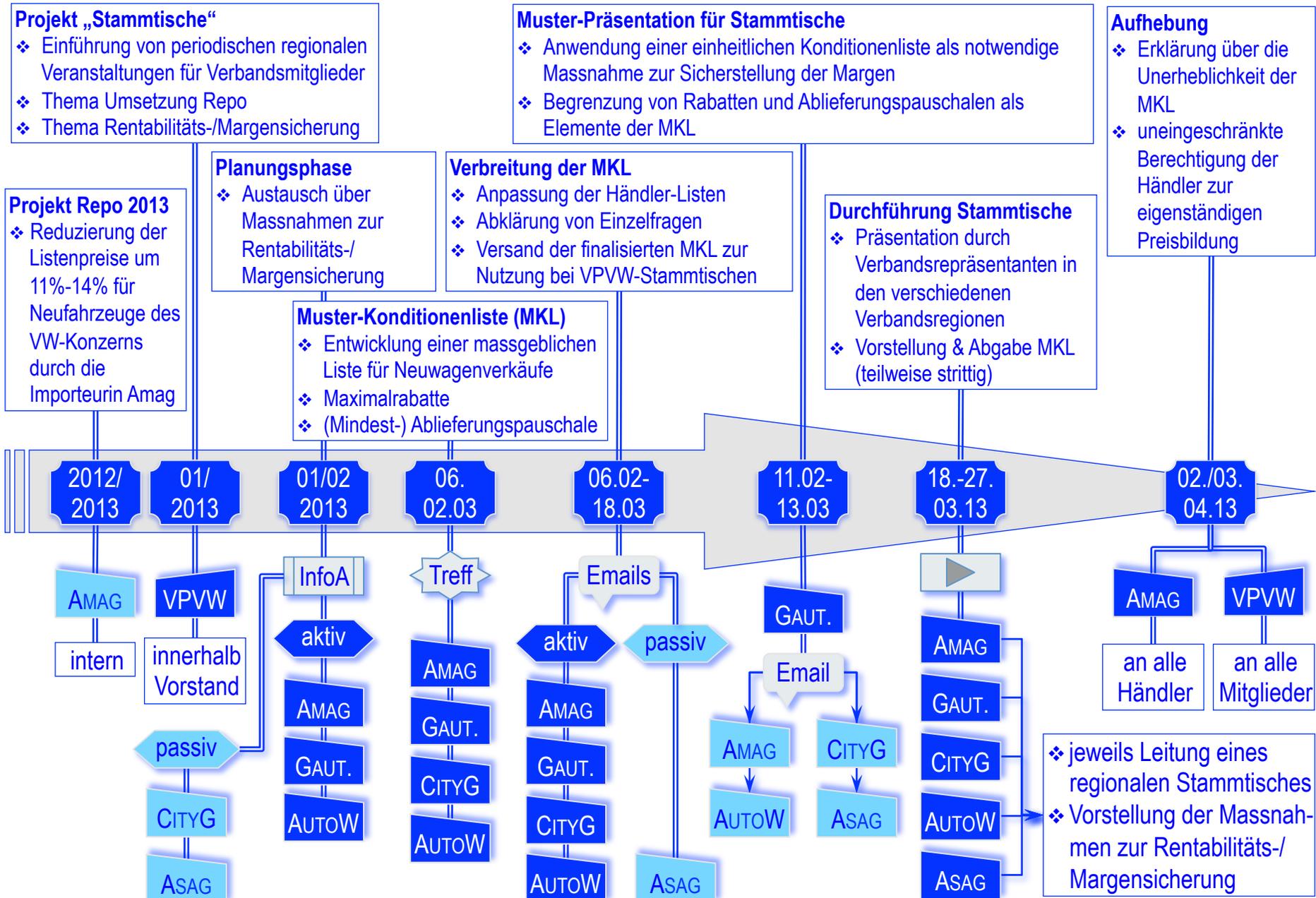
**ARBEITSSITZUNG BERN, 23. JUNI 2023**



31.08.22	Livre français-Dargaud-II	B-294/2022	❖ geändertes Urteil nach Rückweisungsurteil durch das BGer	
28.09.22	Co-Badging NCS-VM	B-1241/2021	❖ Abschreibungsentscheid nach Aufhebung der angeordneten vorsorglichen Massnahme durch die Wettbewerbskommission	
25.10.22	Verfahrensfragen	B-4139/2021	❖ NichteintretensE wg. fehlendem Beschwerdenachteil bei Antrag auf Akteneinsicht & Beweismassnahmen	
16.02.23	Auskunftsverweigerung	B-3882/2021	❖ Verletzung der Auskunftspflicht gemäss Art. 52 KG ❖ Sanktion	
04.08.22	KostenE	B-2784/2022	❖ Kostenentscheid nach BGer, 14.06.22, 2C_37/2020; Lf-LeGrand	
04.02.23	KostenE	B-430/2023	❖ Kostenentscheid nach BGer, 08.12.22, 2C_33/2020, Lf-Interforum	
22.02.23	KostenE	B-432/2023	❖ Kostenentscheid nach BGer, 08.12.22, 2C_52/2020, Lf-Glénat	
07.03.23	KostenE	B-431/2023	❖ Kostenentscheid nach BGer, 08.12.22, 2C_48/2020, Lf-Servidis	







**VPVW**

- ❖ Verband der Partner des Volkswagenkonzerns (Weko, RPW 2019/1, 84, Ziff. 12).
- ❖ Vereinigung von autorisierten Händlern für Neufahrzeuge der Marken des Volkswagenkonzerns.

**Repo**

- ❖ Abkürzung für Repositionierung; (BVGer, VPVW-Repo–3, SV D).
- ❖ Die gelegentliche Überprüfung und allfällige Anpassung der Listenpreise von Automobilen durch die Hersteller/Lieferanten.

**Konditionenlisten**

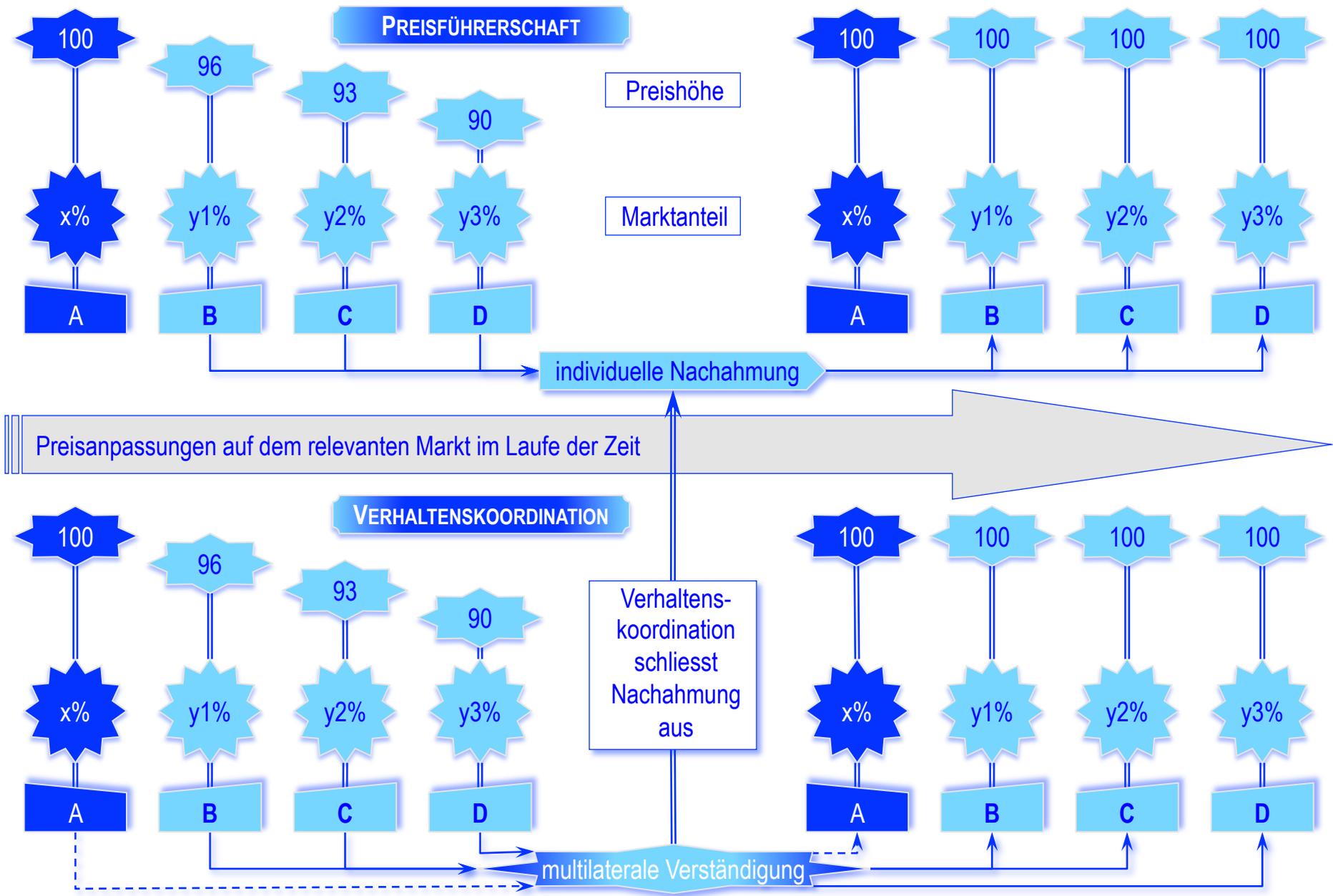
- ❖ Interne Preistabellen von Fahrzeughändlern (BVGer, VPVW-Repo–3, SV D).
- ❖ Sie bilden die Leitlinien für die Verkaufsmitarbeiter und enthalten die pro Marke sowie Modell geltenden Listenpreise des Herstellers/Lieferanten, ergänzt um darauf zu gewährende (Maximal-)Rabatte sowie Ablieferungspauschalen.

**Preisnachlässe**

- ❖ Rabatte im Sinne prozentualer Reduktionen des Kaufpreises gegenüber Endabnehmern (BVGer, VPVW-Repo–3, SV D).
- ❖ Hierbei erfolgt eine Differenzierung insbesondere nach Fahrzeugmodellen, Kundengruppen (Individualkunden / gewerbliche Kunden / Flottenbetreiber) sowie Zustand der Fahrzeuge (Neuwagen / Gebrauchtwagen).
- ❖ Verständigung unter den Abredebeteiligten über den Höchstsatz / Höchstbetrag, der als Rabatt gewährt wird.

**Ablieferungspauschalen**

- ❖ Beträge, die von den Händlern für gewisse Leistungen, die von ihnen in Zusammenhang mit dem Verkauf des jeweiligen Fahrzeugs erbracht werden, gegenüber dem Käufer verrechnet werden (BVGer, VPVW-Repo–3, SV D).
- ❖ Beispiele: Tankfüllung, Autobahnvignette, Einlösen und Bereitstellen des Fahrzeugs.
- ❖ Verständigung unter den Abredebeteiligten über den Mindestbetrag, der für die Ablieferungspauschale eingesetzt wird.



**Preisführerschaft – Inhalt**

- ❖ **Weko**, RPW 2019/1, 84, Ziff. 229: Eine Preisführerschaft liegt vor, wenn andere Unternehmen dem Preisführer bezüglich der Preise ohne Abstimmung folgen.
  - ❖ **BVGer VPVW-Repo–3 E. 8.3.2 a.E.**: Sachverhaltskonstellation, bei der ein Unternehmen seinen Preis aufgrund von Effizienzvorteilen so festzulegen vermag, dass die Konkurrenten gerade noch kostendeckend verkaufen können. Erhöht das führende Unternehmen den Preis, werden die Konkurrenten nachziehen. Sie werden es nicht wagen, dem führenden Unternehmen mittels tieferer Preise Marktanteile abzunehmen, denn es könnte seinen Preis jederzeit wieder senken und den Preiskampf letztlich gewinnen.
- ➔ **Anmerkung:** Die Preisführerschaft bildet demnach eine besondere Variante eines zulässigen Parallelverhaltens von Wettbewerbern.

**Preisführerschaft – Positiv-Charakteristika**

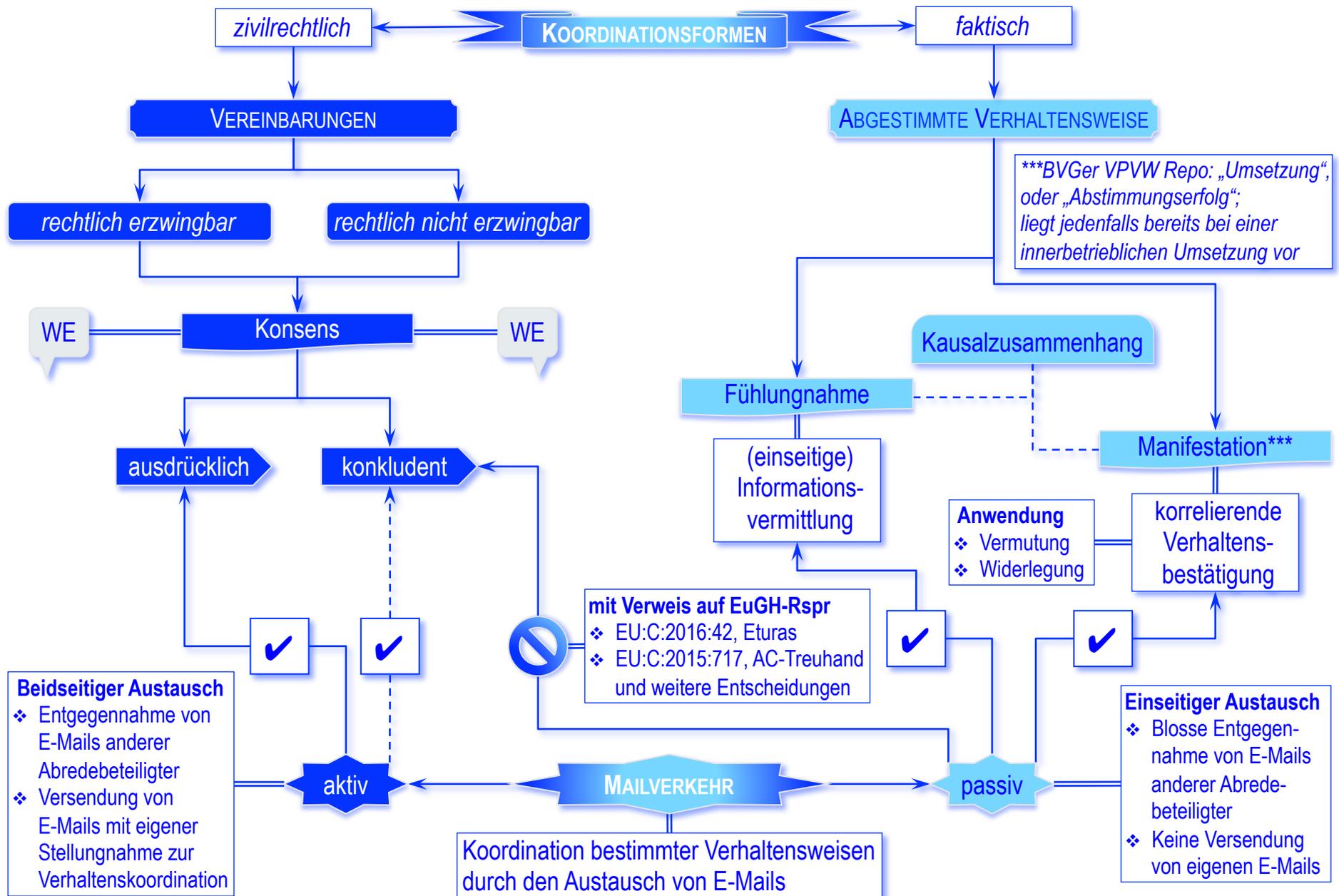
- ❖ **Marktanteil:** Weder in BVGer VPVW-Repo noch der Weko-Verfügung wird der Marktanteil näherungsweise angegeben, obschon auf die Grösse der Amag zur Begründung der Preisführerschaft von den Abredeteiligen abgestellt wird. Deshalb können keine Rückschlüsse auf eine massgebliche Marktanteilsschwelle als Indiz oder Beleg für eine Preisführerschaft gezogen werden.
- ❖ **Sonstige Merkmale:** Werden in BVGer VPVW-Repo nicht angesprochen. Inwieweit die per Definition massgeblichen Effizienzvorteile zu prüfen sind, um eine Preisführerschaft tatsächlich nachzuweisen, bleibt offen.

**Preisführerschaft – Negativ-Charakteristika**

- ❖ **Koordination mit anderen Wettbewerbern:** Die Koordination zwischen dem potentiellen Preisführer und kleineren Konkurrenzunternehmen oder nur unter diesen schliesst die Annahme einer Preisführerschaft aus.
- ❖ BVGer VPVW-Repo–3 E. 4.4.3.3: «Hätte das Unternehmen tatsächlich als Preisführerin agiert, hätte es keine Veranlassung gehabt, das Einverständnis kleinerer Konkurrenzunternehmen einzuholen und sich sogar deren abweichender Meinung anzuschliessen.»
- ❖ BVGer VPVW-Repo–3 E. 4.4.3.3: «Die kleineren Konkurrenzunternehmen wären nicht in der Position gewesen, mit einem Preisführer über Verkaufskonditionen zu verhandeln.»

**➔ Anmerkung: Verhältnis Preisführerschaft – Wettbewerbsabrede**

- ❖ Soweit eine Vereinbarung oder ein abgestimmtes Verhalten zwischen verschiedenen Unternehmen nachgewiesen wird, spielt der Aspekt der Preisführerschaft eines dieser oder eines anderen Unternehmens keine Rolle.
- ❖ Die Verhaltenskoordination geht dem Aspekt der Preisführerschaft in jedem Fall vor. Eine Verhaltenskoordination schliesst das Vorliegen einer Preisführerschaft jedenfalls für die Abredeteiligen aus.



**Weko**, RPW 2019/1, 84, Ziff. 225, 227: Qualifizierung der Verhaltenskoordination als Vereinbarung

- ❖ «[...] da in vorliegender Untersuchung die Tatbestandsvariante der abgestimmten Verhaltensweise nicht von Relevanz ist.»
- ❖ «Aufgrund der vorliegenden Korrespondenz, des Inhalts der vereinbarten Konditionenliste sowie der gehaltenen Präsentationen ist festzuhalten, dass die betroffenen Unternehmen eine Vereinbarung i.S.v. Art. 4 Abs. 1 KG über die gemeinsame indirekte Festsetzung des Verkaufspreises respektive einen Verzicht auf abweichende Konkurrenzangebote getroffen haben.»

**BVGer**, VPVW-Repo–1: Qualifizierung der Verhaltenskoordination als Vereinbarung

- ❖ Die Beurteilung stützt sich auf die aktive Beteiligung am Mailverkehr, aus der die Anpassung der eigenen Konditionenliste hervorgeht.
- ❖ Die Präsentation wird wegen des nicht mehr feststellbaren Inhalts nicht als massgeblich herangezogen.
- ❖ Die Teilnahme am Treffen zur Erstellung der Musterkonditionenliste wird zwar aufgeführt, aber nicht massgeblich berücksichtigt.

**BVGer**, VPVW-Repo–2: Qualifizierung der Verhaltenskoordination als Vereinbarung

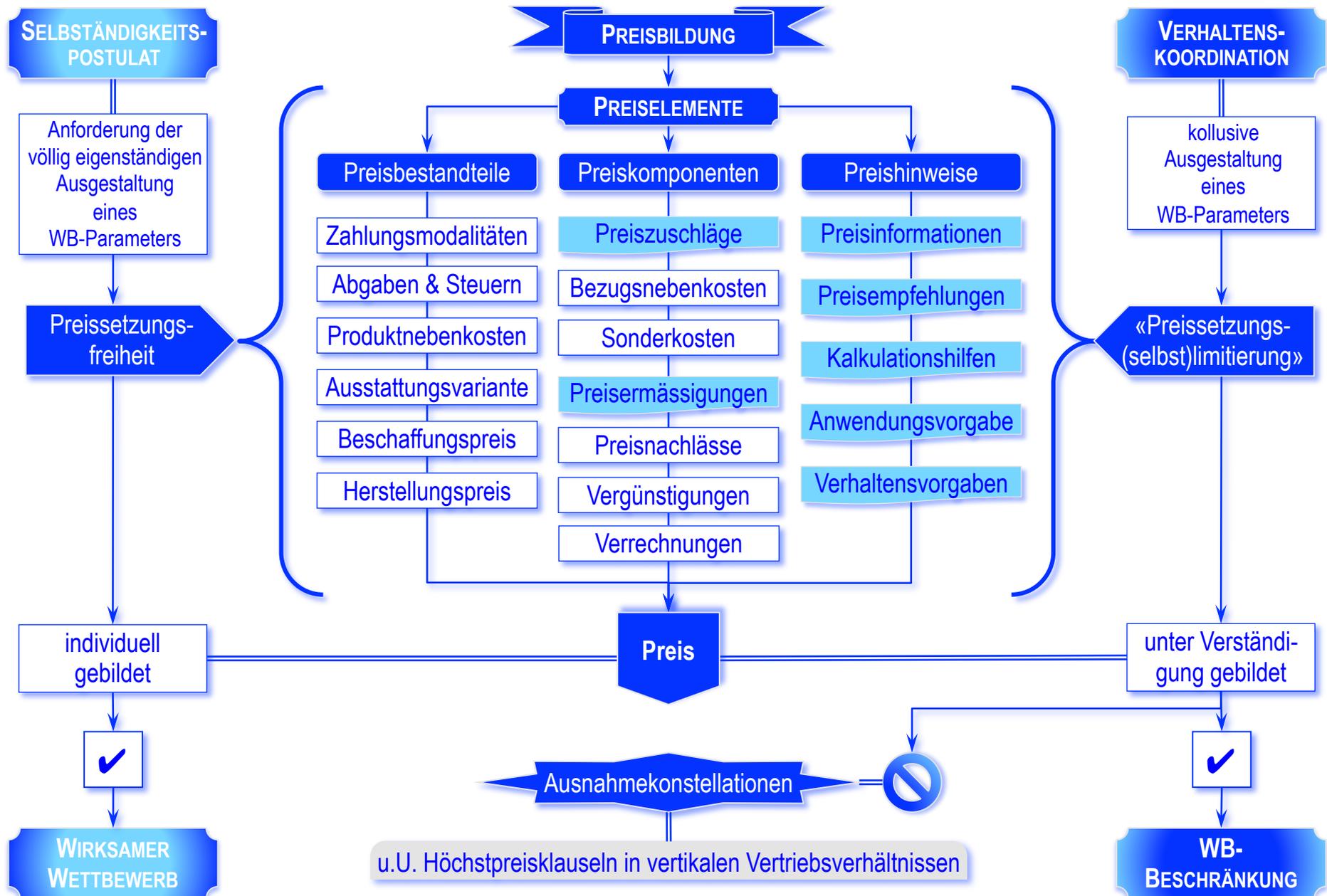
- ❖ Die Beurteilung stützt sich auf die aktive Beteiligung am Mailverkehr, aus der die Anpassung der eigenen Konditionenliste hervorgeht.
- ❖ Die Präsentation wird wegen des nicht genau festgestellten Inhalts nicht als massgeblich herangezogen.
- ❖ Die Teilnahme am Treffen zur Erstellung der Musterkonditionenliste wird zwar aufgeführt, aber nicht massgeblich berücksichtigt.

**BVGer**, VPVW-Repo–3: Qualifizierung der Verhaltenskoordination als abgestimmte Verhaltensweise

- ❖ Wegen der bloss passiven Beteiligung am Mailverkehr wird das Vorliegen einer Vereinbarung ausgeschlossen.
- ❖ Gleiches gilt für die Leitung der Präsentation wegen der Einmaligkeit der Teilnahme sowie Beweisproblemen zu deren Inhalt.
- ❖ Eine Teilnahme am Treffen zur Erstellung der Musterkonditionenliste hat unstrittig nicht stattgefunden.

**Anmerkungen zur Beurteilung der Verhaltenskoordination**

- ➔ Die unterschiedlichen Qualifizierungen und die jeweiligen Herleitungen hängen sehr stark von der individuellen Bewertung der jeweiligen Einlassungen der Parteien durch die *Weko* und das *BVGer* ab. Sie dürften daher nicht verallgemeinerungsfähig sein.
- ➔ z.B. werden in den Luftfrachtfällen gegenteilige Einschätzungen zur Verhaltenskoordination vorgenommen.
- ➔ Im Ergebnis zeigt sich allerdings, dass die Mitwirkung an einem fortgesetzten kollusiven Verhalten jedenfalls zumindest über die Variante der abgestimmten Verhaltensweise erfasst wird.



**Botschaft KG 1995, 567**

- ❖ Extensive Anwendung von Art. 5 KG auf eine Verständigung von Unternehmen über den Wettbewerbsparameter Preis.
- ❖ «Für die Unterstellung unter diesen Vermutungstatbestand ist die Wirkung der Preisfestsetzung entscheidend. Der Vermutungstatbestand bezieht sich auf jede Art des Festsetzens von Preiselementen oder Preiskomponenten. Mit welchen Mitteln diese erreicht wird, ist ohne Belang. Er erfasst ferner direkte oder indirekte Preisfixierungen. Er gilt bspw. nicht nur für Abreden über Rabatte, sondern auch für Vereinbarungen über Kriterien zur Anwendung von Rabatten, soweit diese zu einer Preisfestsetzung führen. Die gleichen Grundsätze gelten auch für Abreden über Kalkulationsvorschriften, soweit damit letztlich die Wirkung der Preisfestsetzung bezüglich einzelner Preiselemente erreicht wird.»
- **Anmerkung:** *Wenn eine Fixierung von Rabatten für die Verwirklichung einer Preisabrede ausreichend ist, kann das TBM des Festsetzens von Preisen in Art. 5 III KG von vornherein nicht auf bestimmte „Nettopreise“, „Endpreise“ oder „Gesamtpreise“ beschränkt sein.*

**BGE 129 II 18, Buchpreisbindung I, E. 6.5.5**

- ❖ Bestätigung dieses extensiven Ansatzes.
- ❖ «Eine Preisabrede liegt indessen nicht nur vor, wenn ein konkreter Preis, sondern auch, wenn bloss einzelne Komponenten oder Elemente der Preisbildung fixiert würden.»

**AB 2003, 330, Votum Fritz Schiesser für die Mehrheit der Ständeratskommission**

- ❖ Bestätigung und Erweiterung dieses extensiven Ansatzes durch die ausdrückliche Ankoppelung an das EU-Wettbewerbsrecht.
- ❖ «Harte Kartellabreden [Anm.: Preis-, Gebiets-, Mengen-, Kundenabreden] sollen daher nicht strenger, aber auch nicht milder als im EU-Wettbewerbsrecht behandelt werden».
- **Anmerkung:** *Das EU-Wettbewerbsrecht nimmt keine inhaltliche Differenzierung bei Preisabreden anhand der Art oder der Bedeutung eines Preiselementes oder dessen Einsatzes im Rahmen der Preisbildung vor. Selbst die bloss Informationsvermittlung über Preiselemente wird als Wettbewerbsabrede qualifiziert. Daher wird z.B. auch keine Differenzierung zwischen Brutto- und Nettopreisen vorgenommen. Zulässigkeit nur bei besonderen Ausnahmekonstellationen – wie Höchstpreisabreden in vertikalen Vertriebsverhältnissen, soweit diese nicht als Festpreise wirken.*

**BGE 147 II 72, Pfizer, E. 3.2, 3.5, 5.5**

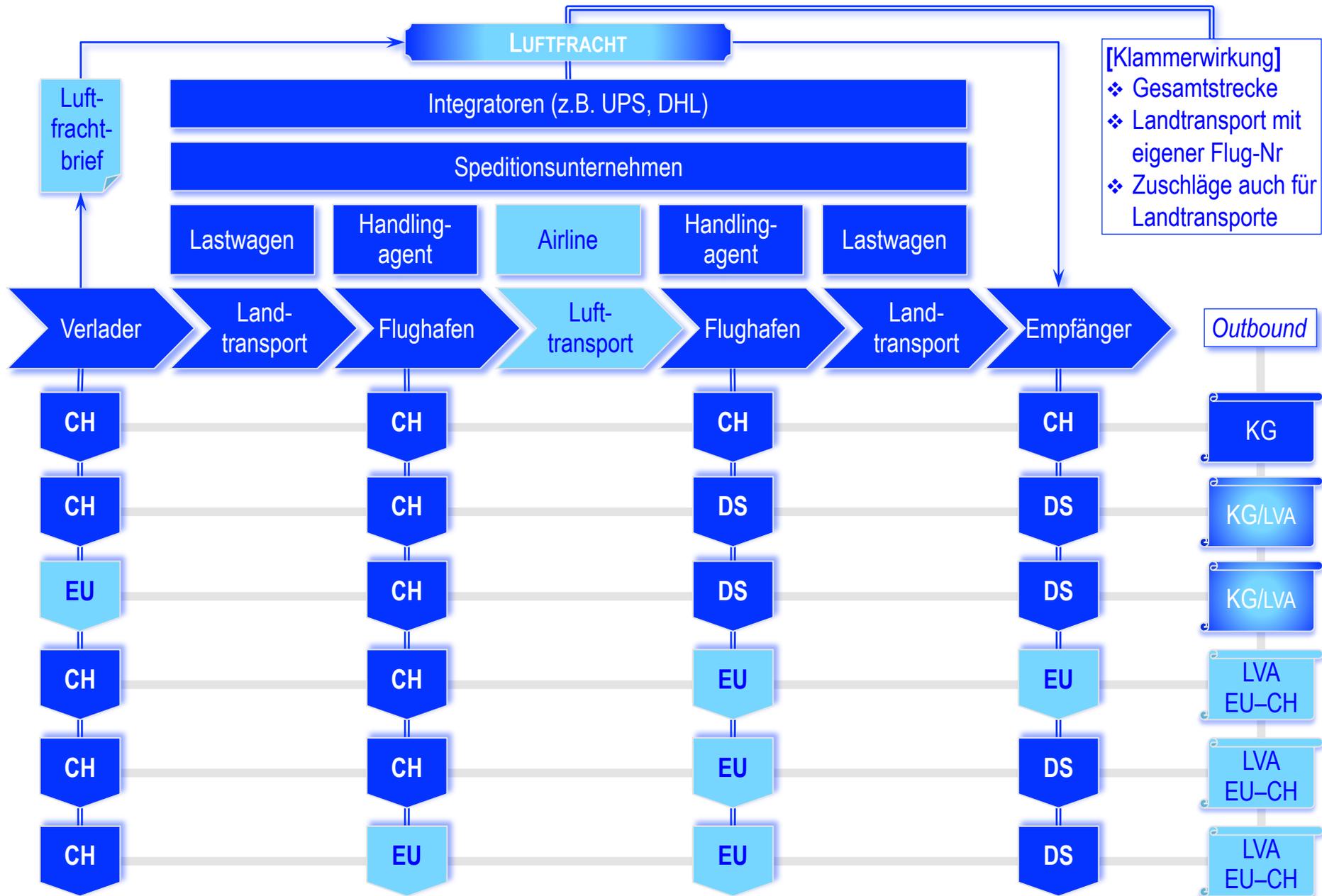
- ❖ «Abreden laufen dem Selbständigkeitspostulat zuwider und sind deshalb geeignet, zwischen den beteiligten Parteien die Ungewissheit über ihr zukünftiges Verhalten im Wettbewerb auszuschliessen. Die Verhaltenskoordination lässt somit die praktische Zusammenarbeit an die Stelle des mit Risiken verbundenen Wettbewerbs treten.»
- ❖ «Eine Wettbewerbsbeschränkung liegt dann vor, wenn durch eine Abrede die Handlungsfreiheit der Wettbewerbsteilnehmer hinsichtlich einzelner Wettbewerbsparameter (im Wesentlichen: Preis, Menge und Qualität, Service, Beratung, Werbung, Geschäftskonditionen, Marketing, Forschung und Entwicklung) so eingeschränkt wird, dass dadurch die zentralen Funktionen des Wettbewerbs in all seinen verschiedenen Facetten vermindert bzw. eingeschränkt werden (BGE 129 II 18, *Buchpreisbindung I*, E. 5.1).»
- ❖ «Eine, die freie Preisbildung einschränkende Abrede stellt eine Wettbewerbsbeschränkung dar.»
- ❖ «Preisabreden sind objektiv geeignet, eine Wettbewerbsbeschränkung herbeizuführen (BGE 144 II 246, *Altimum*, E. 6.4.2).»

**Zusammenfassung BVGer VWVP-Repo–3 E. 9.3.6 a.E.**

- ❖ «Demnach sind als Preisabreden alle Verhaltenskoordination zu qualifizieren, die in die eigenständige Preisbildung eines Unternehmens eingreifen und damit dessen Preissetzungsfreiheit einschränken, weil dadurch das Selbständigkeitspostulat verletzt wird.»
- ❖ **«Ein formaler Eingriff in die Preisgestaltung durch die Festlegung bestimmter Preiselemente ist bereits nach seinem Inhalt auf eine nachteilige Einwirkung auf den Wettbewerb ausgerichtet. Daher bezweckt er eine Wettbewerbsbeschränkung.»**
- ❖ «Dies entspricht im Ergebnis der Rechtslage im EU-Wettbewerbsrecht.»

**BVGer VWVP-Repo–3 E. 9.3.6: Auch kein Wesentlichkeitskriterium**

- ❖ **«Nach der Konzeption der einschlägigen Verbotsnormen des KG bildet der Aspekt der Wesentlichkeit kein Kriterium für die Abgrenzung oder Differenzierung von Preisabreden.»**
- ❖ «Einerseits würde dies der vom Gesetzgeber vorgesehenen einheitlichen Beurteilung von Preisabreden widersprechen.»
- ❖ «Andererseits sehen weder Art. 4 Abs. 1 KG noch Art. 5 Abs. 3 und 4 KG ein entsprechendes Kriterium vor.»
- ❖ «Ferner statuiert Art. 5 Abs. 1 KG mit dem Tatbestandsmerkmal der Erheblichkeit von Wettbewerbsbeeinträchtigungen bereits ein Kriterium, mit dem unerhebliche Sachverhalte von einer Qualifizierung als unzulässige Wettbewerbsabreden ausgeschlossen werden.»
- ❖ «Vielmehr ist eine Koordination von Preiselementen ungeachtet ihrer jeweiligen Bedeutung für den Preis eines Produkts verboten.»



**Gegenstand Luftverkehrsabkommen CH-EU** (BVGer, B-710/2014, *Luftfracht-2*, E. 3.1)

- ❖ Internationales Abkommen EU-Schweiz mit Regulierung der Zivilluftfahrt einschliesslich Liberalisierung des Luftverkehrs, Wettbewerb, technische Harmonisierung, Flugsicherheit, Luftsicherheit, Flugverkehrsmanagement, Umwelt- sowie Lärm- und Verbraucherschutz.
- ❖ Partieller Integrationsvertrag, mit dem das gesamte relevante (Luftfahrt-)Gemeinschaftsrecht in das CH-Recht übernommen und dessen Anwendung den Gemeinschaftsorganen übertragen wird.

**Anwendung LVA/EU-WBR sowie KG für Wettbewerbssachverhalte** (BVGer, B-710/2014, *Luftfracht-2*, E. 5.4)

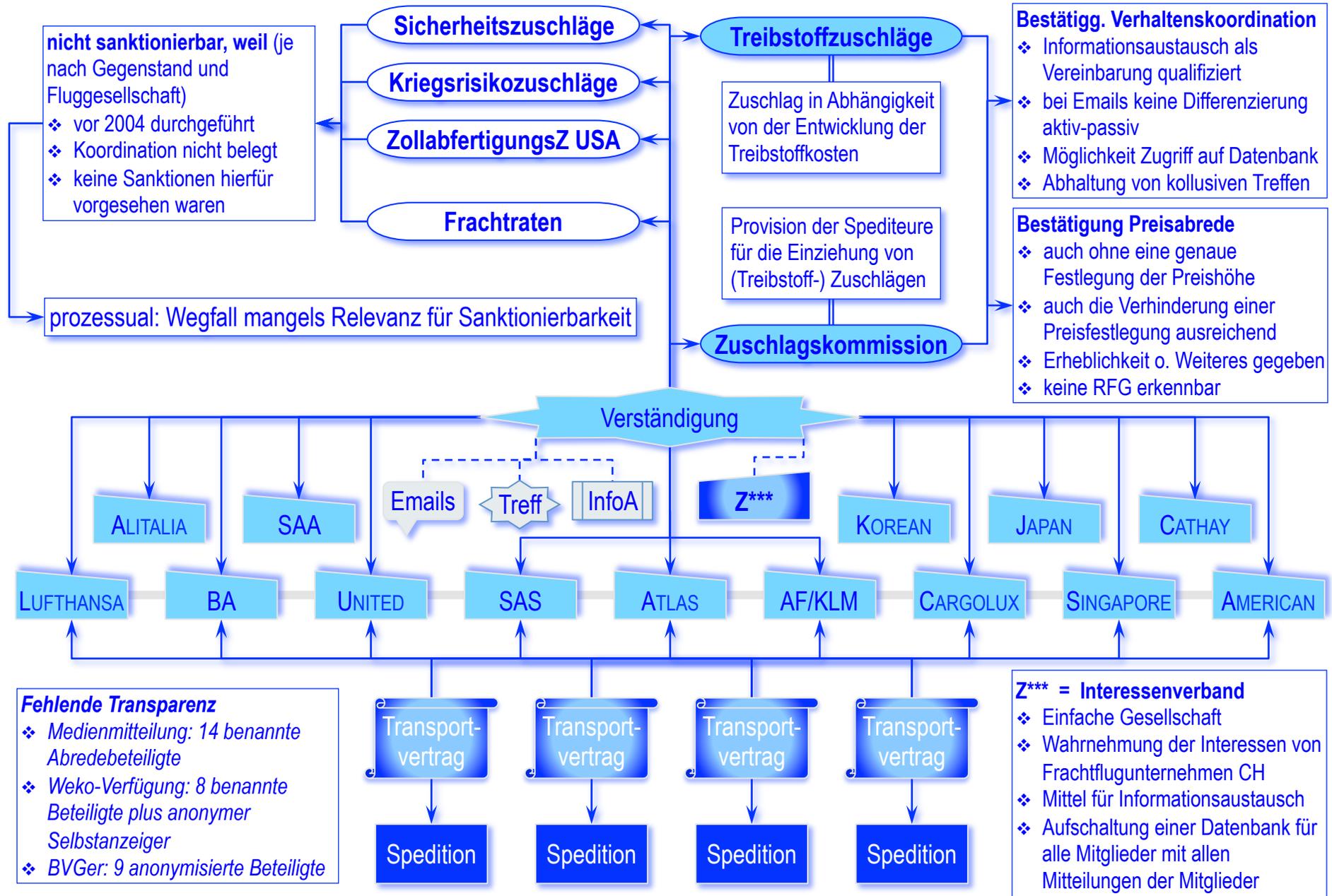
- ❖ Art. 11 Abs. 1 LVA: Bei Zusammenhang zum Gemeinsamen Markt die Art. 8 und 9 LVA/EU-WBR, Zuständigkeit EU-Kommission.
- ❖ Art. 11 Abs. 2 LVA: Bei Strecken zwischen CH und Drittstaaten das KG im Rahmen des Beurteilungsmassstabs von Art. 8 und 9 LVA, Zuständigkeit Weko.
- ❖ Art. 10 LVA: Bei ausschliesslichem Zusammenhang zum schweizerischen Markt das KG; Zuständigkeit Weko.

**Verständnis des Abgrenzungskriteriums «Strecken» in Art. 11 Abs. 2 LVA** (BVGer, B-780/2014, *Luftfracht-5*, E. 3.1)

- ❖ Die Weko hält die jeweiligen Angaben zum Ausgangs- und Bestimmungsort im Luftfrachtbrief für die Abgrenzung massgebend. Lagen Ausgangs- und Bestimmungsort ausserhalb der EU, war CH-Recht massgebend, auch wenn die Fracht vor- oder nachgängig per Strassentransport zu oder von einem Flughafen in der EU an den Abgangs- oder Bestimmungsort in der Schweiz transportiert wurde.
- ❖ Das BVGer kommt aufgrund einer Auslegung der Vorschrift zum Ergebnis, dass der Begriff «Strecken» nur tatsächliche Flugstrecken umfasst. Strassentransporte unterstehen ungeachtet ihrer Einbeziehung in den Luftfrachtbrief nicht dem LVA.

**Folgen der Auslegung durch das BVGer**

- ❖ Für drei Fluggesellschaften, die ihre gesamte schweizerische Fracht ausschliesslich per Strassentransport vom Abgangsort in der Schweiz an einen EU-Flughafen bzw. umgekehrt von dort an den schweizerischen Bestimmungsort transportiert haben, wird die Verfügung angesichts der fehlenden Anwendbarkeit des KG und der Unzuständigkeit der Weko vollständig aufgehoben und die Beschwerde dementsprechend vollumfänglich gutgeheissen.
- ➔ **Anmerkung:** *Wenn das LVA EU-CH für den Strassentransport nicht anwendbar ist, dann findet das KG auf Abreden zu Strassentransporten ohne Weiteres Anwendung. Soweit daher die festgestellte Koordination zu Treibstoffzuschlägen und Zuschlagskommissionen auch die Strassentransporte erfasst hat, wäre eine entsprechende Abrede nach KG zu verfolgen und zu sanktionieren (gewesen). Die Luftfracht-Urteile weisen hierzu allerdings keine Ausführungen auf.*



**BVGer, B-710/2014, Luftfracht–2, zur Qualifizierung der Verhaltenskoordinationen als Vereinbarung**

- ❖ E. 11.2: «Gestützt auf die von der Vorinstanz mosaikartig zusammengetragenen Einzelereignisse, die aktenmässig dokumentiert sind und von zahlreichen Selbstanzeigerinnen bestätigt werden, kann es als erwiesen gelten, dass im hier entscheidungserheblichen Zeitraum unter zahlreichen Luftfahrtunternehmen im lokalen Rahmen des Z. tatsächlich ein regelmässiger Informationsaustausch zur Erhöhung und Senkung von Treibstoffzuschlägen stattfand.»
  - ❖ E. 11.2.13: «Die geschilderten Ereignisse, die sich aus den diversen Selbstanzeigen und Antworten von Luftfahrtunternehmen sowie zahlreichen Emails und weiterer Akten ergeben, werden von der BF nicht in Abrede gestellt. Angesichts der erfolgten Informationsflüsse im Rahmen des von Z. und **den betroffenen Unternehmen spezifisch für Treibstoffzuschläge eingerichteten Marktinformationssysteme** kann der vorinstanzlichen Einschätzung, die Beschwerdeführerin habe sich zwischen April 2004 und Februar 2006 an diesem Informationsaustausch beteiligt, gefolgt werden.»
  - ❖ E. 11.2.13: «**Allen Gesellschaftern des Z. waren im Nachgang zu den diversen, oben geschilderten „Informationsrunden“ die Protokolle der Z-Treffen (etc.) über die [Verbandswebseite] grundsätzlich zugänglich.**»
  - ❖ E. 11.4: «Festzuhalten ist, dass nicht jede von der Vorinstanz aufgeführte Email zwischen den fraglichen Luftfahrtunternehmen für sich alleine betrachtet bereits als Beweis einer wettbewerbswidrigen Koordination gelten kann.»
  - ❖ E. 11.4: «Die unter der Erwägung 12.1.2 aufgeführten aufgezählten Kontaktaufnahmen im Rahmen des Z zeigen jedoch, dass sich die fraglichen Unternehmen, die Gesellschafter des Z., über Informationen ihrer Wettbewerber generell austauschen wollten und dies, wenn Anlass dazu bestand, jeweils auch taten, um so über die geplanten oder bereits vollzogenen Schritte der Konkurrenz informiert zu sein.»
  - ❖ E. 11.4: «Die Gesellschafter bzw. deren Vertreter trafen sich nicht nur informell, vielmehr **organisierten sie den Informationsaustausch im Z., in dessen Rahmen hier interessierend auch Informationen zu Treibstoffzuschlägen – und wie gesagt auch zur Nichtkommissionierung von Zuschlägen – systematisch gesammelt und verbreitet wurden.**»
  - ❖ E. 11.4: «Aufgrund der Umstände, insbesondere der Tatsache, dass **der Austausch der Informationen und deren Verbreitung institutionalisiert im Rahmen einer einfachen Gesellschaft stattfand, ist dabei nicht primär von einer abgestimmten Verhaltensweise, sondern von einer bezüglich des Informationsaustauschs getroffenen Vereinbarung** ausgehen.»
  - ❖ E. 12.2.6: «Wie bei Treibstoffzuschlägen und aus denselben Gründen ist somit auch in Bezug auf die Verweigerung der Kommissionierung auf eine Abrede gemäss Art. 4 Abs. 1 KG primär in Gestalt einer Vereinbarung zu schliessen.»
- ➔ **Anmerkung:** Massgebend für die Beurteilung der Verhaltenskoordination ist die **Zugänglichkeit der bereitgestellten Informationen** und nicht eine belegte Kenntnisnahme oder Verarbeitung der einzelnen Informationen.

**BVGer, B-710/2014, Luftfracht-2, zur Eventualqualifizierung der Verhaltenskoordination als abgestimmte Verhaltensweise**

- ❖ E. 11.4: «Im Übrigen wäre der innerhalb von Z erfolgte Informationsaustausch auch bei einer weniger strengen Betrachtungsweise zu beanstanden. Angesichts der Sachverhaltsschilderung liegt die allerdings widerlegbare Vermutung nahe, dass die BF ihre nicht bestrittenen Zuschläge effektiv aufgrund des Informationsaustauschs anpasste. Insoweit läge eine abgestimmte Verhaltensweise vor.»

**BVGer, B-710/2014, Luftfracht-2, E. 11.4, zur Abgrenzung von Vereinbarung und abgestimmtem Verhalten**

- ❖ «Die Schwierigkeit, den unter den Luftfahrtunternehmen erfolgten Informationsaustausch rechtlich entweder als Vereinbarung oder als abgestimmte Verhaltensweise zu erfassen, zeigt im Übrigen auch die Praxis der EU-Kommission in den parallel zur vorinstanzlichen Untersuchung beurteilten Verfahren zum „Luftfrachtkartell“ in der EU.»
- ❖ «Ähnlich wie die Vorinstanz, welche im Rahmen ihrer Einzelprüfung auf eine unzweideutige rechtliche Einordnung verzichtet, begnügt sich die EU-Kommission damit, den von ihr im Einzelnen dargestellten Informationsaustausch als komplex und unter Art. 101 AEUV fallend zu bezeichnen, ohne weiter zu differenzieren, ob eine Vereinbarung oder eine abgestimmte Verhaltensweise vorliegt.»

**BVGer, B-710/2014, Luftfracht-2, zur öffentlichen Distanzierung von den getroffenen Abreden**

- ❖ E. 11.4: «Dass sich die BF von der einfachen Gesellschaft oder vom Informationsaustausch [zu Treibstoffzuschlägen] distanziert hätte, macht sie nicht geltend.»
- ❖ E. 12.2.5: «**Eine nach aussen hin klar kommunizierte Distanzierung vom Meinungs austausch**, den die anderen Luftfahrtunternehmen zur Frage der Kommissionierung von Zuschlägen führten (insbesondere auch in Zusammenhang mit der vom Z. am 6. Juni 2005 versandten Email), ist nicht zu erkennen.»

**BVGer, B-710/2014, Luftfracht-2, zur Zweckabrede**

- ❖ E. 13.2: «Dabei stellt Art. 4 Abs. 1 KG als eine für den ganzen Erlass verbindliche Legaldefinition auch für Art. 5 Abs. 1 KG klar, dass auch der potentielle Wettbewerb geschützt werden soll. Entsprechend genügt es, wenn Wettbewerbsabreden nach Art. 4 Abs. 1 KG vorliegen, **dass die Abreden den Wettbewerb potentiell beeinträchtigen können** (vgl. BGE 143 II 297, *Gaba*, E. 5.4.2, 5.6).»
- ❖ E. 13.2: «Laut höchstrichterlicher Rechtsprechung wird mit Vereinbarungen und nicht erst mit der Praktizierung der Abrede-Typen nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG ein Klima der Wettbewerbsfeindlichkeit geschaffen, „das volkswirtschaftlich oder sozial schädlich für das Funktionieren des normalen Wettbewerbs ist“ (BGE 143 II 297, *Gaba*, E. 5.4.2).»

**BVGer, B-710/2014, Luftfracht–2, zur Qualifizierung der Verhaltenskoordination Treibstoffzuschläge als «positive» Preisabrede**

- ❖ E. 13.2: Auch wenn jeweils bezüglich der Treibstoffzuschläge (als Preiselement) nicht konkrete Preisniveaus – vertraglich – «vereinbart» wurden, **verminderte der systematische Austausch und die Weiterverbreitung der diesbezüglichen Preisdaten unter den Gesellschaftern die strategische Ungewissheit ebenso wie der Austausch über die zu verweigernde Kommissionierung**; beides erhöhte die Wahrscheinlichkeit eines wirksamen Kollusionsergebnisses stark (EuGH, 30.3.2022, T-324/17, Ziff. 363).
- ❖ E. 11.3: [...] kann von der Vorinstanz nicht verlangt werden, dass sie für jede Fluggesellschaft nachweisen müsste, dass diese die in der Schweiz verrechneten Treibstoffzuschläge gestützt auf den Informationsaustausch innerhalb des Z. tatsächlich auch entsprechend geändert hätte (vgl. auch BGE 143 II 297, *Gaba*, E. 5.4 ff., wonach Wirkungen nicht weiter zu untersuchen sind, soweit Kernbeschränkungen nach Art. 5 Abs. 3 KG betroffen sind).

**BVGer, B-710/2014, Luftfracht–2, zur Qualifizierung der Verhaltenskoordination Kommissionierung als «negative» Preisabrede**

- ❖ E. 13.2: «[...] besteht hier ein enger Zusammenhang zu den Wettbewerbsverhältnissen auf dem Luftfrachtmarkt, als die Abrede der Luftfrachtunternehmen, ihren Kunden (Spediteuren) keine Provisionen auf die Aufschläge zu bezahlen, darauf ausgerichtet war, sicherzustellen, dass durch Verhandlungen über Kundenrabatte kein Wettbewerb bei den Aufschlägen entsteht.»
- ❖ E. 13.2: «Bei einer solchen Verweigerung steht nicht eine angeblich unter Luftfahrtunternehmen koordinierte „positive“ Preisfestsetzung gegenüber Abnehmern eigener Dienstleistungen, sondern «negativ» die Verweigerung einer „Entlohnung“ von Spediteuren zur Diskussion.»
- ❖ E. 13.2: **«Der vom kartellrechtlichen Vereinbarungs begriff erfasste, gemeinsam „verabredete Plan“ kann sich nicht nur auf eine Einschränkung des jeweiligen Geschäftsverhaltens durch Festsetzung eines gegenseitigen Vorgehens im Markt, sondern auch auf ein Absehen davon beziehen.»**
- ❖ E. 13.2: «Wie die Vorinstanz zu Recht erkannt hat, wäre daher vom kartellrechtlichen Abredenbegriff nach Art. 4 KG auch eine Vereinbarung zwischen Luftfahrtunternehmen erfasst, in ihren jeweiligen individuellen Vertragsverhältnissen mit Spediteuren, letzteren einen bestimmten Preis nicht zu bezahlen. Dies entspricht auch der Rechtsauffassung der EU-Kommission.»
- ❖ E. 13.2: «Der Einwand, eine allfällige Abrede zu Kommissionen falle nicht unter Art. 5 Abs. 3 bzw. Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG, da eine Abrede der Airlines zum Preis, welche diese den Spediteuren für deren Dienstleistungen bezahlen, als eine nach Art. 5 Abs. 1 KG zu beurteilende Einkaufskooperation/-gemeinschaft (Einigung betreffend Einkaufspreise) anzusehen wäre, ist nicht stichhaltig.»

**BVGer, B-710/2014, Luftfracht–2, zur Qualifizierung der Preisabrede als erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung**

- ❖ E. 13.2: «Bei horizontalen oder vertikalen Abreden nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG handelt es sich somit in der Regel allein aufgrund ihres Gegenstands um erhebliche Wettbewerbsbeschränkungen im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG.
- ❖ E. 13.2: Ein Nachweis tatsächlicher Auswirkungen oder der Umsetzung einer Abrede nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG ist für diese Folgerung nicht erforderlich.»
- ❖ E. 13.2: «Ihre Schädlichkeit bewahren solche horizontalen Abreden nach Art. 5 Abs. 3 KG auch im Falle einer Widerlegung der Vermutung der Beseitigung des Wettbewerbs (vgl. BGE 147 II 72, *Hors-Liste–Pfizer*, E. 8.3.1; 143 II 297, *Gaba*, E. 9.4.4).
- ❖ E. 13.2: Im Übrigen erfüllen solche Abreden das Erheblichkeitskriterium nach Art. 5 Abs. 1 KG gemäss Bundesgericht ohne Abgrenzung eines bestimmten Markts.»
- ❖ E. 13.2: «Eine Einzelfallprüfung erfolgt gegebenenfalls im Rahmen der Effizienzprüfung gemäss Art. 5 Abs. 2 KG, wo beurteilt werden kann, ob die Abrede gesamtwirtschaftlich positive Wirkungen hat oder doch hauptsächlich der Erzielung einer Kartellrente dient (BGE 143 II 297, *Gaba*, E. 5.3.2, 5.4.2, 5.5, 7.1).»
- ❖ E. 13.2: «[...] liegt in beiden Fällen [der Verhaltenskoordinationen zu Treibstoffzuschlägen und Kommissionen] das Kriterium der Erheblichkeit nach Art. 5 Abs. 1 KG im Sinne der erwähnten höchstrichterlichen Ausführungen allein aufgrund des preisbezogenen Gegenstands vor, ohne Bezug auf einen Markt und auch ohne, dass eine quantitative Analyse der tatsächlichen Auswirkungen vorgenommen werden müsste. Ihre Schädlichkeit bewahren solche horizontalen Abreden nach Art. 5 Abs. 3 KG auch im Falle einer Widerlegung der Vermutung einer Beseitigung wirksamen Wettbewerbs.»
- ❖ E. 13.2: «Die der Beschwerdeführerin rechtsgenüchlich nachgewiesenen Abreden im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG zu den Treibstoffzuschlägen und der Verweigerung von Kommissionen stellen daher beide besonders schädliche horizontale Abreden im Sinne von Art. 5 Abs. 3 KG dar.»



Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit.



STUDIENVEREINIGUNG  
KARTELLRECHT

# ***Roundtable* Aktuelle Themen der jüngsten Behörden- und Gerichtspraxis**

**Arbeitssitzung vom 23. Juni 2023**

mit dem Center for the Law of Innovation and Competition,  
Universität Bern