

NEUE ENTSCHEIDUNGEN UND INSTITUTIONNELLE REFORM

Monique Sturny, Rechtsanwältin/Patrik Ducrey, Direktor Sekretariat WEKO

INHALTSÜBERSICHT

- Erste Entscheide der WEKO zu relativer Marktmacht (Patrik Ducrey)
 - Madrigall/Payot
 - Galexis/Fresenius Kabi
- Y.-Agenturverträge: Vertrieb Mini/BMW (Monique Sturny)
- KAGA: Die MEGA-Untersuchung der WEKO (Patrik Ducrey)
- Automobil-Leasing: Informationsaustausch als Preisabrede (Monique Sturny)
- Verfahrenseinstellungen: Swisscom Directories und Novartis (Patrik Ducrey)
- Zusammenschlussvorhaben Post/Quickmail: Failing Company Defense (Monique Sturny)
- Urteile in Sachen «Engadin»: Hinweise zu Selbstanzeigen (Monique Sturny)
- Stand Institutionenreform (Patrik Ducrey)
- Aktuelles zum Binnenmarktgesetz (BGBM; Patrik Ducrey)

WEKO: MADRIGALL/PAYOT

- Klage von Payot, Madrigall verweigere Bezug von Büchern in F zu den dort üblichen Einkaufspreisen; Untersuchung der WEKO mit Entscheid vom 23.9.2024 abgeschlossen
- **Erster Schritt: Besteht relative Marktmacht?**
 - Beurteilung der Abhängigkeit (ausreichende und zumutbare Ausweichmöglichkeit):
 - Ermittlung der Ausweichmöglichkeiten
 - Feststellung der allfälligen Folgen des Ausweichens
 - Beurteilung der Zumutbarkeit der Folgen
 - Mangelnde Gegenmacht des abhängigen Unternehmens (ungleiche Machtverteilung)
 - Grobes Selbstverschulden (Abhängigkeit auf eigene Fehler zurückzuführen)
- **Zweiter Schritt: Liegt ein Missbrauch vor?**
 - Payot bezahlt wesentlich höhere Einkaufspreise als französische Buchhändler
 - Madrigall kann Mehrkosten nicht rechtfertigen
- Massnahme WEKO: Lieferung an Payot zu gleichen Konditionen wie F-Buchhändlern

WEKO: GALEXIS/FRESENIUS KABI

- Klage von Galexis, Fresenius verweigere Bezug von Trink- und Sondennahrung in D/NL (Bezug nur bei Fresenius Schweiz)
- Untersuchung mit Entscheid vom 24.6.2024 abgeschlossen mit folgendem Ergebnis
 - Galexis ist nicht von Fresenius Kabi abhängig
 - Nur beschränkte Ausweichmöglichkeit auf andere Anbieter
 - Gewisse Umsatzeinbussen als Folge der Auflösung der Lieferbeziehung
 - Entstehende Nachteile angesichts Finanzkraft Galexis gering und zumutbar
 - Kein klares Ungleichgewicht der Nachteile bei Auflösung Lieferbeziehung
 - Selbst bei Abhängigkeit wäre Verhalten wohl nicht missbräuchlich, da Konditionen im Ausland für Galexis nur geringfügig besser als bei Bezug in CH

Y.-AGENTURVERTRÄGE: VERTRIEB MINI/BMW (Schlussbericht Vorabklärung, RPW 2024/3, 656 ff.)

(I/II)

Umstellung auf Agenturmodell: Vorgesehenes Vergütungssystem:

- **Direkt übernommene Kosten:** z.B. Transport Fahrzeuge, zentrales Marketing, Schulungen
- **Provision:** [0-10%] der Provision für Deckung vertrags-/marktspezifischen Risiken
- **Nachschuss Ende Jahr:** soweit Kosten durch Provision nicht gedeckt
- **Variable Vergütung:** z.B. bei Zielerreichung Auftragseingänge
- **Transition Package:** Für Anlaufphase
- **Einmalzahlungen:** für punktuelle Leistungen
- **Erstattung bei Vertragsende:** Vergütung marktspezifischer Investitionen



Echtes Agenturverhältnis?

- Kriterien EU-Vertikalleitlinien
- Agent darf keine bedeutenden vertrags- und marktspezifischen Risiken tragen

Y.-AGENTURVERTRÄGE: VERTRIEB MINI/BMW (Schlussbericht Vorabklärung, RPW 2024/3, 656 ff.)

(II/II)

Prüfkriterien: Echte Agentur liegt vor, sofern:

- Agent...
 - kein Eigentum erwirbt
 - keine Kosten für Warenerwerb/-lieferung trägt
 - keine Lagerkosten/–risiken trägt
 - für Vertragserfüllung durch Kunden nicht haftet
 - für Verluste/Schäden gegenüber Kunden/Dritten nicht haftet
 - keine Pflicht hat, in verkaufsfördernde Massnahmen zu investieren
 - keine Kosten für marktspezifischen Investitionen trägt
 - keine anderen, nicht vergüteten Tätigkeiten auf gleichem sachlichem Markt für Auftraggeber tätig
- Kein Missbrauch des Agenturmodells bei paralleler Tätigkeit als Agent und Händler
- Keine Förderung kollusiver Verhaltensweisen



Anregungen:

- Möglichst vollständige Liste der durch die Provision abgegoltenen wesentlichen vertrags- und marktspezifischen Kosten
- Mitteilung, dass vertrags- und marktspezifische Investitionen, die auch nicht vom Y.-Agenturvertrag erfassten Leistungen zugutekommen, vom Auftraggeber vergütet werden
- Detaillierte redaktionelle Anpassungen des Y.-Agenturvertrags

KAGA – DIE MEGA-UNTERSUCHUNG

- Verhalten der KAGA und Vereinbarungen mit und zwischen Aktionärinnen behinderten Wettbewerb im stark regulierten Kies- und Deponiebereich zu Lasten von Konkurrentinnen, KMU und der öffentlichen Hand
 - Zusammenarbeit der Aktionärinnen im Rahmen der KAGA
 - Informationsaustausch im Verwaltungsrat der KAGA
 - Vorzugskonditionen für Aktionärinnen und Vereinbarungen über Nichtweitergabe
 - Konkurrenzverbot zu Lasten Aktionärinnen im KAGA-Gebiet
 - Kiebsbezugspflicht bei Deponierung von Aushub
- Geflecht von Verhaltensweisen und Abreden hat KAGA und Aktionärinnen vor Wettbewerb geschützt und Wettbewerber behindert
- Dritter Entscheid nach «KTB-Werke» (2018: Beton und Kies) und «Belagswerke Bern» (2021: Belagsmischgut)
- Teil-EVR abgeschlossen; Massnahmen zum künftigen Verhalten der KAGA vor BVGer angefochten

LEASING UND FINANZIERUNG VON FAHRZEUGEN: (I/III)

Informationsaustausch als Preisabrede (Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG)

Verfahrensablauf:

- Selbstanzeige 2013
- Hausdurchsuchungen 2014
- EVR: Genehmigungs- und Sanktionsverfügung vom 26. Juni 2019 (RPW 2024/3, 694 ff.)
- Beschwerde der CA Auto Finance Suisse SA: BVGer, Urteil B-4596/2019 vom 5. Juni 2023 (Beschwerde abgewiesen)
- Verfügung vom 10. Mai 2021 gegen Ford Credit (Switzerland) GmbH (RPW 2024/3, 717 ff.): keine EVR; unzulässige Preisabrede; Sanktion von ca. CHF 7.8 Mio. (angefochten)

Sachverhalt:

- **Austausch aktueller / zukunftsbezogener, sensibler und preisrelevanter, unternehmensspezifischer Informationen** (u.a. Zinssätze, Restwerte, Gebühren)
- Zwischen neun Leasing- und Finanzierungsunternehmen von Fahrzeugherstellern bzw. -Importeuren (Captives)
- Zwischen 2006 und 2014 an Treffen (Captive-Meetings) und in elektronischer Form

LEASING UND FINANZIERUNG VON FAHRZEUGEN: (II/III)

Informationsaustausch als Preisabrede (Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG)

Verfügung vom 10. Mai 2021 gegen Ford Credit (Switzerland) GmbH (RPW 2024/3, 717 ff.):
keine EVR; unzulässige Preisabrede; Sanktion von ca. CHF 7.8 Mio. (angefochten)

Vorliegen einer **Gesamtabrede**

(mit Verweis auf bestehende Praxis:
«Markt für Schlachtschweine – Teil B»,
«Luftfracht», «Strassenbeläge Tessin»,
«Abrede im Speditionsbereich»)



- Einheitlicher, fortdauernder Zweck
- Divergierende Interessen/Intensität der Teilnahme möglich
- In casu: 2006 – 2014 Verhaltensmuster eines systematischen und andauernden Austauschs
- Grundlage: Vereinbarung der Captives von 2006 bezüglich künftigem periodischem «Erfahrungsaustausch» und Behandlung von «Problemfällen»

LEASING UND FINANZIERUNG VON FAHRZEUGEN: (III/III)

Informationsaustausch als Preisabrede (Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG)

- **Abgestimmte Verhaltensweise:**
Kriterien gemäss «Pfizer»-Urteil:
 1. **Verhaltensabstimmung**
 2. **Tatsächliches Marktverhalten**
 3. **Kausalzusammenhang**
- **Bezweckte Wettbewerbsbeschränkung**
i.S.v. Art. 4 Abs. 1 KG
- **Horizontale Preisabrede**
i.S.v. Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG



1. **Verhaltensabstimmung mittels Informationsaustauschs:**
Mindestmass an Koordination, «gegenseitige Fühlungnahme», Austausch aktueller und zukünftiger, nicht aggregierter Preise in hoher Frequenz
2. **Tatsächliches Marktverhalten:**
erforderlich (Rz 264), aber ohne Weiteres gegeben: die Informationen konnten «**zwangsläufig nicht unberücksichtigt**» gelassen werden (Rz 269)
3. **Kausalzusammenhang:**
widerlegbare Vermutung

EINSTELLUNGEN: SWISSCOM DIRECTORIES/NOVARTIS

- **Swisscom Directories**

- Klagen von Kundinnen und einer Konkurrentin wegen Preiserhöhungen und Koppelung bei Eintragungen bei local.ch und search.ch
- Kunden können heute auf Verzeichnisse von Google und Bing ausweichen, local.ch und search.ch haben stark an Bedeutung verloren – keine Marktbeherrschung mehr und folglich auch kein Missbrauch möglich
- Beschwerde der Konkurrentin vor BVGer wegen Verfahrenseinstellung

- **Novartis:** Untersuchung zu möglichem Blocking Patent

- Es wurde untersucht, ob Klagen von Novartis darauf abzielten, eines ihrer dermatologischen Medikamente mit illegalen Mitteln zu schützen
- Heinemann-Test für Prüfung Missbrauch (Patent wird nicht benutzt, es behindert Substitutionswettbewerb, mit Patentklage wird Innovation des Konkurrenten blockiert, Patent schützt nicht Handelsfreiheit des Besitzers [FTO], Absicht nicht erforderlich)
- Untersuchung ergab, dass Novartis Patent und Klagen zum Erhalt FTO nutzte
- EU kam in paralleler Untersuchung unabhängig von WEKO zu gleichem Schluss

UNTERSAGUNG ZUSAMMENSCHLUSS POST/QUICKMAIL (RPW 2024/2, 378 ff.)

Zusammenschlussvorhaben Post CH AG / Quickmail Holding AG

- Seltener Fall einer Untersagung
- Meldepflicht nach Art. 9 Abs. 4 KG
- Angebot von Back Enterprises (1 CHF)
- **Failing Company Defense:** kumulative Voraussetzungen:
 1. Verschwinden des Unternehmens in kurzer Zeit
 2. Die anderen beteiligten Unternehmen würden die meisten/sämtliche Marktanteile absorbieren
 3. Keine wettbewerbsfreundlichere Lösung

1. **Erfüllt:** Überschuldung droht unmittelbar
2. **Erfüllt:** Absorption durch Post
3. **Nicht erfüllt, da für den Wettbewerb weniger schädliche Lösung besteht:**
 - Nachweis ernsthafter, erfolgloser Anstrengungen zugunsten anderer Lösung (Finanzierung oder alternativer Erwerber)
 - Kaufinteressent:
 - Angebot über dem Liquidationswert der Vermögenswerte
 - Tragfähiges langfristiges Konzept für Weiterführung (Strategie, Finanzierung)
 - Nicht relevant: Zu geringer Kaufpreis, fehlendes Vertrauen, Ablehnung durch Verkäufer, Ungewissheit des *Turnarounds*

SELBSTANZEIGEN / BONUSREGELUNG

Urteile i.S. «Engadin»

(I/II)

- **Risiko eines Verlusts des Sanktionserlasses bei Einwänden des Selbstanzeigers (BVGer, B-645/2018, Urteil vom 14. August 2023, *Engadin IV, Foffa Conrad*):**
 - Regelmässig kein vollständiger Sanktionserlass i.S.v. Art. 8 SVKG bei «**tatsächlichen oder rechtlichen Einwänden**» gegen das Vorliegen einer unzulässigen Wettbewerbsabrede; vorbehalten bleibt nur die «*Wahrnehmung elementarer Verteidigungsrechte*» (E. 16.3.33)
 - Offengelassen: Rechtliche Einwände, die «*nicht gegen die Kartellrechtswidrigkeit des eigenen Verhaltens gerichtet sind*», sondern andere Rechtsfragen betreffen, wie Qualifikation als sanktionierbare Abrede nach Art. 5 Abs. 3 oder 4 KG (E. 16.3.33)
 - *Aber*: Sanktionsreduktion für Erstanzeiger kann in diesen Fällen mehr als 50% (im konkreten Fall: 85%) betragen (unmittelbar gestützt auf Art. 49a Abs. 2 KG; vgl. E. 16.4.14, 17.4.28)

SELBSTANZEIGEN / BONUSREGELUNG

Urteile i.S. «Engadin»

(II/II)

- **BVGer, B-716/2018 vom 23. November 2023, Engadin VI, Implenja:**
 - Gültige Selbstanzeige über **Einzelsubmissionsabsprache** setzt hinreichend konkrete Angaben zum untersuchten Projekt voraus; nicht erfüllt bei blosser Anzeige einer **Gesamtabrede** (E. 12.3.3, 12.6.3 ff.)
 - **Kein Nachrückungsrecht** bei Wegfall der Selbstanzeige des Erstanzeigers (E. 12.7.3)
 - Kein erheblicher Mehrwert der Kooperation i.S.v. Art. 12 SVKG, wenn WEKO aufgrund anderer Selbstanzeige bereits über genügend Beweismittel verfügt (E. 14.3)
- **Strenge Anforderungen an notwendige Substantiierung einer Selbstanzeige (BVGer, B-721/2018 vom 25. April 2024, Engadin VIII, Lazzarini):**
 - Voraussetzung für Sanktionsreduktion: Unaufgeforderter, erheblicher Beitrag zur Aufdeckung der Wettbewerbsbeschränkung oder zur Vereinfachung des Verfahrens (E. 11.3.13)
 - Unternehmen trägt objektive Beweislast für behaupteten Mehrwert seiner Mitwirkung (E. 11.3.15)
 - Nicht erfüllt, bei blossen Mitwirkungsbemühungen ohne nähere Informationen oder Beweismittel über den konkreten Kartellrechtsverstoss, insb. wenn entscheidendes Beweismittel bereits früh von anderem Selbstanzeiger eingereicht wurde (E. 12.3)

STAND INSTITUTIONENREFORM

- Forderung nach Institutionenreform in Revision KG; Mandat an Expertengruppe 3/23
- Schlussbericht der Expertenkommission Seiler vom 1.12.2023; Hauptdiskussionspunkte
 - Trennung Untersuchung/Entscheid (aktuelle Struktur BV- und EMRK-konform)
 - Verfahrensdauer (vor WEKO vertretbar, zu lange vor BVGer)
 - Unabhängigkeit der Wettbewerbsbehörde (WEKO verkleinern auf 5-7 Mitglieder)
 - Empfehlung **Status Quo optimiert** (Verkleinerung und Professionalisierung WEKO, punktuelle Änderungen in Aufgabenverteilung zwischen WEKO und Sekretariat)
- Bundesrat erteilte 15.3.2024 Auftrag an WBF/SECO, eine Vernehmlassungsvorlage bis Mitte 2025 zu erarbeiten mit folgenden Eckpunkten:
 - Verkleinerung und Professionalisierung WEKO
 - Bessere Trennung Untersuchung/Entscheid, Unabhängigkeit WEKO stärken
 - Prüfung eines Verfahrensbeauftragten
 - Mitteilung Beschwerdepunkte nach Abschluss Ermittlungsverfahren
 - Nebenamtliche Fachrichterinnen am BVGer

AKTUELLES ZUM BINNENMARKTGESETZ (BGBM)

- Kantonale Marktzugangsbeschränkungen (BGBM 2 und 3)
 - Hebamme Luzern
 - Spitex-Organisationen Waadt
 - Anwaltspraktikum St. Gallen
- Übertragung der Nutzung kantonaler oder kommunaler Monopole (BGBM 2 VII)
 - Gastronomiebetriebe Stadt Zürich
 - Urteil BGer zu Basel Gateway Nord (BGBM 2 VII auch anwendbar auf beschränkt verfügbare, exklusive Nutzungsrechte bzw. geschlossene Märkte)
- Öffentliche Beschaffungen (BGBM 5)
 - Beschwerde möglich bei Verletzung des kantonalen Beschaffungsrechts und des BGBM (kommunale Beschaffung zur Sanierung von Wald- und Feldwegen)

DANKE ! MERCI ! THANK YOU !

VORNAME NAME Titel / PRENOM NOM Titre / FIRST NAME FAMILY NAME Title