

Die Seite der ASAS | La page de l'ASAS



association suisse du droit de la concurrence
schweizerische vereinigung für wettbewerbsrecht
associazione svizzera del diritto della concorrenza
swiss association of competition law

Lukas Poschung

Entwicklungen des Schweizer Kartellrechts im internationalen Kontext

Tagungsbericht der Zürcher Tagung der ASAS zum Wettbewerbsrecht

Hochkarätige Referenten der Wettbewerbskommission (WEKO), des Staatssekretariats für Wirtschaft (SECO), der Wissenschaft und der Anwaltschaft aus dem In- und Ausland diskutierten mit über 40 ebenso hochkarätigen Teilnehmenden die neusten kartellrechtlichen Entwicklungen in der Schweiz und der EU und deren Auswirkungen in der Praxis.

Des intervenants suisse et étranger de haut niveau issus de la Commission de la concurrence (COMCO), du Secrétariat d'État à l'économie (SECO), du monde scientifique et du barreau ont discuté avec plus de 40 participants des derniers développements en matière de droit des cartels en Suisse et dans l'UE, et de leurs conséquences dans la pratique.

Die Tagung wurde von der Schweizerischen Vereinigung für Wettbewerbsrecht (ASAS) organisiert und von den beiden Tagungsleitern NICOLAS BIRKHÄUSER und PHILIPP E. ZURKINDEN eröffnet, welche die Bedeutung des Austauschs in diesem von vielen Neuerungen im In- und Ausland gekennzeichneten Rechtsgebiet unterstrichen. Die engagierten Diskussionen auf höchstem Niveau zu den verschiedenen Themen bildeten neben den Referaten einen zentralen Bestandteil der Tagung.

Spirit Airlines und *Penguin Random House/Simon & Schuster* zeige. Im Vereinigten Königreich sei die Competition and Markets Authority (CMA) mit weitreichenden Kompetenzen ausgestattet worden, und in Deutschland sei das Instrumentarium des Bundeskartellamts um eine Sektoranalyse erweitert worden. Weiter verwies die Präsidentin auf Entwicklungen im Beschaffungswesen, wie etwa einem öffentlichen Wettbewerbsregister in Deutschland, das Unternehmen aufführt, bei denen es zu Wirtschaftsdelikten oder anderen erheblichen Straftaten gekommen ist. Schliesslich seien im internationalen Kontext zunehmend branchen- und sogar unternehmensspezifische Wettbewerbsregulierungen zu beobachten, wie etwa der Digital Markets Act und der Digital Services Act in der EU.

I. Key Note der WEKO-Präsidentin zu aktuellen und wichtigen Entwicklungen

In ihrem Referat bedauerte die Präsidentin der WEKO, LAURA MELUSINE BAUDENBACHER, die Stossrichtung der laufenden Kartellgesetzrevision mit Verweis auf ihrer Meinung nach gegenläufige internationale Entwicklungen. In den USA beispielsweise verfolgten die Behörden, unter anderem die Federal Trade Commission (FTC) unter der zur New Brandeis-Bewegung gehörenden Vorsitzenden Lina Khan, einen interventionistischeren Ansatz, wie die Verhinderung der Unternehmenszusammenschlüsse *Nvidia/Arm*, *JetBlue/*

II. Letzte Entwicklungen bei der Einführung der Investitionskontrolle (FDI)

Der Leiter des Ressorts Wachstum und Wettbewerbspolitik im SECO, RONALD INDERGAND, stellte die Geschichtshistorie und den aktuellen Entwurf für ein Investitionsprüfgesetz vor. Der Entwurf des Bundesrats sieht ein zweistufiges Genehmigungsverfahren für mittelbare oder unmittelbare Übernahmen von Schweizer Unternehmen, die in besonders kritischen Bereichen tätig sind, durch staatlich kontrollierte ausländische Investoren vor. Das Genehmigungsverfahren

LUKAS POSCHUNG, Rechtsanwalt, Zürich.

ist dem Meldeverfahren von Unternehmenszusammenschlüssen nachgebildet: Nach einer maximal einmonatigen Vorprüfung ist ein maximal dreimonatiges Prüfverfahren vorgesehen. Die Zuständigkeit für die Prüfung und die Genehmigung soll beim SECO liegen. Nachdem der Nationalrat den Anwendungsbereich am 17. September 2024 auf alle ausländischen Investoren, d.h. auch privat kontrollierte, ausgeweitet hat, hat die zuständige ständerätliche Kommission bei ihrem Rat beantragt, nicht auf die Vorlage einzutreten. Mit einer Inkraftsetzung ist, abhängig von den weiteren Parlamentsdebatten, frühestens im Verlauf des Jahres 2026 zu rechnen.

III. Letzte Entwicklungen bei der Revision des Kartellgesetzes

In seiner Tour d'Horizon fokussierte RICHARD STÄUBER von Homburger insbesondere auf Elemente der aktuellen Revision des Kartellgesetzes (KG) jenseits der Motion Français, welchen bisher weniger Aufmerksamkeit zugekommen seien und von denen in diesem Bericht nur auf die durch den Ständerat vorgenommenen Änderungen eingegangen wird: Die Einschränkung des horizontalen Vermutungstatbestands in Art. 5 Abs. 3 lit. a E-KG auf «Abreden über Mindest- oder Festpreise für Verträge mit Dritten» (anstelle der aktuellen Formulierung «Abreden über die direkte oder indirekte Festsetzung von Preisen») zielt auf Bruttopreisabreden ab, nehme aber bspw. auch Einkaufskartelle aus, welche Höchsteinkaufspreise vereinbaren. Das könne nicht die Intention sein. Die neue Formulierung lasse ausserdem die indirekte Preisfestsetzung unerwähnt. Ebenfalls kritisch sieht der Referent die Einführung einer expliziten Effizienzrechtfertigung für Abreden zur Sicherstellung der finanziellen Leistungsfähigkeit von Clubs von professionellen Ligen in einem zusätzlichen Art. 6 Abs. 4 E-KG. Anstelle von Einzelfallproblemen solle der Gesetzgeber das zugrundeliegende Phänomen generell-abstrakt regeln. Der ständerätliche Vorschlag einer «Compliance Defence» würde bei der Sanktionierung eine Differenzierung zwischen Fällen erlauben, in denen ein «rogue employee» in Verletzung der internen Vorgaben einen Verstoß begeht gegenüber Fällen, in denen der Kartellrechtskonformität in einem Unternehmen insgesamt eine geringere oder keine Bedeutung zukommt.

IV. Vermutungstatbestände/restrictions by object – Schweiz/EU: Vergleich in der Praxis

In ihren jeweiligen Referaten befassten sich RICHARD WHISH, Prof. em. am King's College London, und MANI REINERT von Bär & Karrer mit der Dogmatik bezweckter Wettbewerbsbeschränkungen. Unter dem Titel «Restrictions by object under Article 101» zeichnete RICHARD WHISH die Entwicklung in der EU nach, ohne auf die aktuelle politische Debatte zur Erheblichkeit in der Schweiz einzugehen. Die Hardcore-Kartelle in den Bereichen «Construction, Chemicals und Cement» in den 1960er Jahren seien klare Fälle der «object box» gewesen. Im Laufe der Jahre sei die «object box» ge-

wachsen. Im Fall *Cartes Bancaires*¹ habe der EuGH ein analytisches Gerüst geschaffen, um zu beurteilen, ob Verhaltensweisen in einem konkreten Fall als bezweckte Wettbewerbsbeschränkung (restriction by object) zu qualifizieren seien. Gemäss dieser Rechtsprechung sind im Sinn eines «basic reality check» der Inhalt der Abrede, ihr Ziel und der legale und ökonomische Kontext der Abrede zu beachten. Im Zweifelsfall ist gegen das Vorliegen einer bezweckten Wettbewerbsbeschränkung (restriction by object) zu entscheiden und eine Analyse der wirtschaftlichen Effekte durchzuführen.

MANI REINERT führte aus, dass die Dogmatik der bezweckten Wettbewerbsbeschränkung in der Schweiz bislang ein Schattendasein gefristet habe. Dies sei darauf zurückzuführen, dass in der Praxis das Tatbestandsmerkmal der Erheblichkeit die Zulässigkeitsdiskussion beherrscht habe, bis dem das Bundesgericht für Vermutungstatbestände ein Ende gesetzt habe. Der bundesgerichtlichen Praxis fehle ein der *Cartes Bancaires*-Doktrin vergleichbares analytisches Gerüst. Das Vorliegen einer bezweckten Wettbewerbsbeschränkung werde vielmehr gestützt auf den Hinweis zur Eignung der Wettbewerbsbeschränkung rasch angenommen. In Kombination mit der weiten Auslegung der Vermutungstatbestände gemäss Art. 5 Abs. 3 und 4 KG seien deshalb auch legitime Abreden einem Sanktionsrisiko ausgesetzt. Beispiele seien u.a. Einkaufsgemeinschaften, Mitversicherergemeinschaften, Versicherungspools, Alleinbelieferungspflichten, Bezugsbeschränkungen und Technologietransfervereinbarungen.² MANI REINERT plädierte deshalb dafür, die Vermutungstatbestände auf bezweckte Wettbewerbsbeschränkungen gemäss der Praxis des EuGH zu begrenzen und das Tatbestandsmerkmal der bezweckten Wettbewerbsbeschränkung strukturierter zu prüfen.

V. Relative Marktmacht – der erste Fall der WEKO

JÜRIG BICKEL und CHRISTOPH BRUNNER vom Sekretariat der WEKO präsentierten den ersten Fall betreffend den Tatbestand der relativen Marktmacht gemäss Art. 4 Abs. 2^{bis} und Art. 7 KG, den die WEKO diesen Juni entschieden hatte.³ Gemäss dieser Entscheidung erfolgt die Prüfung in zwei Schritten: *Relative Marktmacht* liegt vor, wenn eine Abhängigkeit, keine Gegenmacht und kein grobes Selbstverschulden des abhängigen Unternehmens vorliegt. Ein *Missbrauch* einer relativen Marktmacht liegt vor, wenn die Marktgegenseite behindert oder benachteiligt wird, ohne dass dafür sachliche Gründe bestehen. Im konkreten Fall hat die WEKO eine Abhängigkeit der Anzeigerin Galexis von Fresenius Kabi aufgrund der geschätzten direkten und weiteren Verluste der Galexis im Fall einer (hypothetischen) Beendi-

1 EuGH vom 11. September 2014, C-67/13 P, Rz. 53 ff., «Cartes Bancaires».

2 BGE 143 II 297 ff. E. 6.4, «GABA».

3 Einstellungsverfügung (Publikationsversion) vom 24. Juni 2024, heruntergeladbar von www.weko.admin.ch/weko/de/home/praxis/publierte-entscheide.html, zuletzt abgerufen am 23. Dezember 2024.

gung der Geschäftsbeziehung zu Fresenius Kabi im Verhältnis zu den Umsätzen der Galaxis verneint. Die nachteiligen Folgen des Ausweichens sind zumutbar. Im Sinn einer Eventualbegründung ist die WEKO ausserdem zum Schluss gekommen, dass selbst bei Bestehen einer relativen Marktmacht wohl kein Missbrauch vorliegen würde. Die WEKO hielt dabei fest, dass individuell ausgehandelte Konditionen zahlreiche Dimensionen (Preis, Rückgaberecht, Bestellfrist) haben und von diversen Faktoren (Einkaufsvolumen, Gegenleistungen wie z.B. Verkaufsanstrengungen, Verhandlungsgeschick) abhängig sind und keine einheitlichen «Marktpreise» oder «branchenüblichen Bedingungen» bestehen.

NICOLAS BIRKHÄUSER von Niederer Kraft Frey, der Fresenius Kabi im Verfahren betreffend eine mutmasslich relative Marktmacht vor der WEKO vertrat, fokussierte in seinem Referat auf mögliche Massnahmen zur Risikominimierung für Unternehmen, welche sich aus dem ersten Entscheid der WEKO und dem soweit ersichtlich ersten zivilgerichtlichen Urteil⁴ zur relativen Marktmacht ableiten lassen. Ausgangspunkt bildet die Prüfung von Geschäftsbeziehungen auf eine mögliche Abhängigkeit. Falls mutmasslich eine relative Marktmacht besteht, sind in Fällen betreffend das Bezugsrecht im Ausland gemäss Art. 7 Abs. 2 lit. g KG die branchenüblichen Konditionen und Preise im In- und Ausland zu analysieren. Bei dieser Analyse sind die betroffene Marktstufe und die in der Regel weite Streuung der Konditionen und Preise relevant. Es geht um die Produkte, «wie sie im Ausland angeboten werden» (Art. 7 Abs. 2 lit. g KG). Sofern es um eine Belieferung in der Schweiz geht, kommen weitere Kosten und Elemente hinzu, etwa für die Verzollung oder den Transport. Insgesamt ist zu beachten, dass eine absolute Preisgleichheit aufgrund von sich laufend verändernden und teilweise nicht objektiv messbaren Faktoren kaum möglich ist. Falls mutmasslich eine relative Marktmacht besteht, sind bei einem Abbruch oder einer Einschränkung der Geschäftsbeziehung angemessene Übergangs- und Umstellungsfristen zu gewähren.

VI. Investitionsschutz im Wettbewerbsrecht – Opportunitäten, Grenzen und Risiken unter der Fusionskontrolle, Art. 5 und Art. 7 KG

Ausgehend vom dem Investitionsschutz dienenden Nebenabredenprivileg bei Unternehmenszusammenschlüssen, vertrat MARCEL MEINHARDT von Lenz & Staehelin die These, dass der Investitionsschutz bei Vorliegen der übrigen Voraussetzungen auch gelten solle, wenn beispielsweise mangels gemeinsamer Kontrolle kein Zusammenschluss i.S.v. Art. 4 Abs. 3 KG vorliegt, weil die Gefahr der Aushöhlung von innen auch ohne Kontrolle bestehen könne. Weiter plädierte der Referent auch für die Anwendbarkeit des Investitionsschutzes unter Art. 7 KG und präsentierte die aktuelle Rechtsprechung in zwei Marktbeherrschungsfällen, in denen er die Swisscom vor Bundesgericht vertrat. Im Bundesgerichtsentscheid *WAN-Anbindung*⁵ stellte das Gericht u.a. fest, dass es «nicht Aufgabe des KG [ist], Unternehmen, wel-

che sich primär aufgrund des eigenen Verhaltens auf dem Markt nicht durchsetzen können, mit Mitteln des KG zu schützen». Im konkreten Fall konnte die Konkurrentin Sunrise, welche nicht rechtzeitig eigenständig in die Telekommunikationsinfrastruktur investiert hat, obwohl ihr diese Möglichkeit offen gestanden hätte, von der marktbeherrschenden Swisscom nicht verlangen, Zugang zur teureren und nicht regulierten Technologie mit höheren Datenübertragungsraten zum Preis der älteren und regulierten Technologie zu erhalten. Die Investition der Swisscom wurde folglich geschützt. Im Fall *Sport im Pay-TV*⁶ betreffend den Erwerb von exklusiven Live-Übertragungsrechten für Fussball- und Eishockeyspiele durch die Swisscom wurde «ein (gewisser) Investitionsschutz» anerkannt, mit Verweis auf die vollständige Integration der Swisscom, aber nicht als Rechtfertigung zugelassen. Dies, weil die Swisscom gewissen Wettbewerbern Zugang zu Content gewährt habe und anderen nicht, was zeige, dass ein hinreichender Investitionsschutz bestanden habe. Als Lösung biete sich gemäss dem Referenten an, Rechte in Paketen zeitlich beschränkt zu vergeben, damit sämtliche Bieter entscheiden können, welche sie erwerben wollen. Insgesamt sollen Behörden und Gerichte nicht intervenieren bevor überhaupt klar ist, dass sich die fraglichen Investitionen realisieren.

Im Anschluss an seinen Vorreferenten beleuchtete THOMAS GRAF von Cleary Gottlieb in Brüssel die europäische Praxis zum Investitions- und Eigentumsschutz im Zusammenhang mit Marktmissbrauchsfällen. Ausgehend von den in den Fällen *Bronner* und *Magill* entwickelten erhöhten Anforderungen an Liefer- und Lizenzpflichten unter Art. 102 AEUV beleuchtete der Referent die seither ergangene Rechtsprechung, welche den Anwendungsbereich der erhöhten Anforderungen sukzessive eingeengt hat. Die jüngsten Eingengungen waren Gegenstand in Verfahren, in denen der Referent Alphabet vertrat. Im Fall *Google Shopping*⁷ hat der EuGH die Anwendbarkeit der Bronner Kriterien auf Fälle eingeschränkt, in denen das marktbeherrschende Unternehmen den Input für sich selbst reserviert. Sobald die Tür zu einer Plattform oder Infrastruktur für Dritte geöffnet wird, ist sie grundsätzlich für alle offen (Grundsatz der offenen Tür). In den Schlussanträgen im Fall *Android Auto*⁸ empfiehlt die zuständige Generalanwältin dem EuGH eine Pflicht des marktbeherrschenden Unternehmens, in die Schaffung einer Zugangslösung zu investieren, was über eine Zugangspflicht auf eine bestehende Plattform hinausgehen würde. Ein Urteil des EuGH steht noch aus.

4 KGer Basel-Landschaft vom 13. Dezember 2023, RPW 2024/2, 588 ff., «Vorsorgliche Massnahmen/Missbrauch relativer Marktmacht».
 5 BGer 2C_698/2021 vom 5. März 2024, «WAN-Anbindung».
 6 BGer 2C_561/2022 vom 23. April 2024, «Sport im Pay-TV».
 7 EuGH vom 10. September 2024, C-48/22 P, «Google Shopping».
 8 Schlussanträge der Generalanwältin Leila Medina vom 5. September 2024, C-233/23, «Android Auto».

VII. Die Drittstaatssubventionsverordnung der EU und ihre Auswirkungen auf die Schweiz

MARIELENA DOEDING von Sullivan&Cromwell in London gab einen Überblick über die Entstehungsgeschichte, die wesentlichen Aspekte und ersten Erfahrungen mit der Drittstaatssubventionsverordnung der EU (FSR)⁹. Die FSR sieht eine Anmeldepflicht für Zusammenschlüsse und für die Teilnahme an öffentlichen Vergabeverfahren bei Erreichen bestimmter Schwellenwerte sowie Untersuchungen von Amtes wegen vor. Die Erfahrungen der Referentin betreffend Zusammenschlüsse zeigen, dass bei Erreichen des Schwellenwerts von EUR 500 Mio. Gesamtumsatz des Zielunternehmens (bzw., je nach Zusammenschlusstatbestand, eines der fusionierenden Unternehmen oder des GU) der relativ niedrige Schwellenwert von finanziellen Zuwendungen von Drittstaaten zugunsten der beteiligten Unternehmen von insgesamt über EUR 50 Mio. innerhalb der letzten drei Jahre regelmässig erreicht werde. Dies auch aufgrund des sehr weit gefassten und nicht abschliessend definierten Begriffs der finanziellen Zuwendung. Zwar führen nicht sämtliche finanziellen Zuwendungen zu einer Verzerrung des EU-Binnenmarkts, doch enthält Art. 5 FSR einen Katalog von «Hardcore» Drittstaatssubventionen, bei denen es «mit grösster Wahrscheinlichkeit» zu einer Verzerrung des Binnenmarkts kommt. Das Prüfverfahren gliedert sich analog zum Zusammenschlussverfahren in eine Phase 1 (25 Arbeitstage) und eine Phase 2 (90 Arbeitstage, verlängerbar) und liegt in der Zuständigkeit der EU-Kommission. Am 24. September 2024 hat die EU-Kommission die erste Über-

nahme unter der FSR nach einer Phase 2-Prüfung und unter Auflagen und Bedingungen genehmigt. Die Referentin hat dabei das übernehmende Unternehmen e& vertreten.

Auf das Referat seiner Vorreferentin aufbauend, erläuterte PHILIPP E. ZURKINDEN von Prager Dreyfuss die möglichen praktischen Auswirkungen der FSR auf die Schweiz. Er betonte, dass wir in der Schweiz kein allgemeines Beihilfe- und Subventionsverbot kennen und auf allen Staatsebenen eine Vielzahl an Subventionen besteht. Zur Illustration der praktischen Auswirkungen subsumierte der Referent die der UBS anlässlich der Übernahme der Credit Suisse gewährten umfangreichen Bundesgarantien bzw. die Liquiditätshilfen der SNB unter die FSR und kam dabei zu folgendem Schluss: Da nur Vorgänge nach Inkrafttreten der FSR von dieser erfasst sind, sei eine rückwirkende Anwendbarkeit der FSR auf die Übernahme UBS/CS ausgeschlossen. Die EU-Kommission könne die von der UBS erhaltenen finanziellen Zuwendungen bei künftigen Vorgängen prüfen. Dank der Abwägung gemäss Art. 6 FSR sollten daraus praktisch allerdings keine Probleme erwachsen, da die finanziellen Zuwendungen auch gewährt worden seien, um den EU-Binnenmarkt zu schützen.

Nach dem Schlusswort durch PHILIPP E. ZURKINDEN und NICOLAS BIRKHÄUSER bot ein Apéro nochmals die Gelegenheit, sich auszutauschen. NICOLAS BIRKHÄUSER hob zum Schluss die engagierten Diskussionen auf höchstem Niveau zu den verschiedenen Themen hervor. Die Veranstalter und die ASAS freuen sich, die Diskussion im Jahr 2025 auf dieser Plattform weiterzuführen. Die Zürcher Tagung der ASAS zum Wettbewerbsrecht findet jährlich statt.

⁹ Verordnung (EU) 2022/2560 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. Dezember 2022 über den Binnenmarkt verzerrende drittstaatliche Subventionen, ABl. L 330 vom 23. Dezember 2022.