



STUDIENVEREINIGUNG
KARTELLRECHT

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

Arbeitssitzung vom 17. Juni 2022

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

Jüngere Entscheidungen der WEKO

Studienvereinigung Kartellrecht | CLIC, Universität Bern

Roundtable "Aktuelle Themen der jüngsten Behörden- und
Gerichtspraxis"

Arbeitssitzung vom 17. Juni 2022

Wettbewerbskommission

Wichtigere jüngere Entscheidungen

- **Preisabreden:**
 - **Belagswerke (2022)**
 - ***Installations et services électriques dans la région genevoise (2021)***
- **Parallelimport - Gebietsschutz**
 - **Tabakprodukte (2021)**

Wichtigere jüngere Entscheidungen

- **Vorsorgliche Massnahmen**
 - **Co-Badging (2021)**
- **Widerspruchsverfahren**
 - **Belieferung Detailhandel**
- **Binnenmarktgesetz**
 - **Faire Beschaffungsbedingen**

Wichtigere jüngere Entscheidungen

- **Verfahren (Bundesgericht)**
 - **Einvernahme von ehemaligen Organen**
- **Bestätigung WEKO Praxis**
 - **Swisscom**
 - **Hors liste**

Formalistischer Ansatz des KG?

➤ **Nein**

➤ **Anpassung an das EU Recht**

Relative Marktmacht

- **Umsetzungskonzept**
 - **Viele Fragen sind zu beantworten**
 - **Noch keine Breitenwirkung**

Die neueste bundesgerichtliche Praxis zum Kartellrecht

Arbeitssitzung der Studienvereinigung Kartellrecht 17. Juni 2022

Christoph Errass

Inhalt

1. Erster Fall: Gehilfen im KG (BGE 2C_148/2018)
2. Zweiter Fall: KG und DSG (BGE 147 II 227)

Gehilfen im KG

1. Einleitung

- Medikamente gegen erektile Dysfunktion (5 Fälle)
 - U.a. 2C_148/2018
- Kurzer historischer Ablauf
 - BGE 141 II 66 (Art. 3 Abs. 1 KG; Vorbehaltene Vorschriften)
 - BGE 147 II 72 (Art. 4 Abs. 1, Art. 5 und 49a Abs. 1 KG)
 - Abrede in Form einer abgestimmten Verhaltensweise zw. Hersteller und Händler

2. 2C_148/2018

- E-mediat AG, Galexis AG, Unione Farmaceutica Distribuzione SA
 - = Scharnier zwischen den Abredeparteien, da sie i.W. das Informatikprogramm den Verkaufsstellen zur Verfügung stellten

Gehilfen im KG

3. Frage:

- Sind e-mediat et al. aber auch Gehilfen, weil sie Informatikprogramm für die sanktionierte Abrede zur Verfügung gestellt haben
 - So die Auffassung der WEKO (Hinweis erstens auf Art. 1, 2 und 5 VStrR und Art. 25 und 26 StGB und zweitens in den Erwägungen auf Art. 49a KG, aber mangels genügend schwerem Tatbeitrag keine Sanktionierung)

Gehilfen im KG

4. BGer

- KG kennt Begriff «Gehilfe» nicht
- Zwei mögl. Konstellationen, wo von einem Gehilfen gesprochen werden kann:
 - Art. 54 ff. KG (Strafsanktionen) -- > Verweis über Art. 57 KG auf VStrR
 - Art. 5 VStrR kennt Gehilfenschaft
 - Damit Art. 54 f. überhaupt anwendbar, bedarf es eines vorgängig erlassenen behördlichen Entscheids, dem zuwider gehandelt wurde
 - Adressat von Massnahmen nach Art. 30 KG bzw. von vwr Sanktionen nach Art. 49a Abs. 1 KG
 - wer durch das Gesetz angehalten wird, sich wettbewerbskonform zu verhalten
 - D.h. Gehilfe nur, wer die V'setzungen von Art. 4 Abs. 1 i.V.m. Art. 2 i.V.m. Art. 5 KG bzw. Unternehmen, die sich an einer unzulässigen Abrede nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG beteiligt haben (Art. 49a Abs. 1)
- Beide Konstellationen nicht erfüllt

DSG und KG (BGE 147 II 227)

1. Ausgangslage

- Submissionskartell im Kanton AG
 - E der WEKO
- Kanton AG auch Auftraggeber
 - Gesuch um Einsicht in Vf und Akten -- > WEKO teilweise Gutheissung -- > A. AG Beschwerde ans BVerwGer -- > Gutheissung
- WBF und Kanton Beschwerde ans BGer

2. Beschwerdelegitimation des Kantons

- Als Gesuchsteller im Vw-Verfahren und als potentieller Schadensersatzkläger in einem Zivilprozess ist der Kanton wie eine private Person betroffen

DSG und KG (BGE 147 II 227)

3. Zivil- vs Verwaltungsverfahren

- Unabhängig voneinander -- > Ob Zivilrichter durch Vw(ger)E gebunden ist, ist Sache des Zivilrichters
- Unterschiedliche Funktionen
- Unterschiedliche Prozessmaximen

4. Streitgegenstand

- Ob WEKO berechtigt ist, dem Kanton AG Einsicht in die Akten des kartellrechtlichen Sanktionsverfahrens zu gewähren
- Da keine diesbezügliche Bestimmung im KG besteht (wäre Rechtsgrundlage nach Art. 19 Abs. 1 Ingress DSG), ist allgemeine Amtshilfe nach Art. 19 Abs. 1 lit. a DSG zu prüfen

DSG und KG (BGE 147 II 227)

- Verschiedene Elemente: Daten, Empfänger, Erfüllung gesetzlicher Aufgabe, Unentbehrlichkeit (= strittiger Punkt)
- Unentbehrlichkeit
 - VI: nur unentbehrlich, wenn
 - In rechtskräftiger Sanktionsverfügung
 - Kartellrechtsverstoss festgestellt
 - BGer: Unentbehrlich, d.h.:
 - nicht rechtskräftig, da DSG parallel zu einem erstinstanzl. VwVerfahren anwendbar ist (Art. 2 Abs. 2 lit. c DSG)
 - Kein festgestellter Kartellrechtsverstoss, sondern auch wenn Aufgabenerfüllung nur möglich

DSG und KG (BGE 147 II 227)

- Weitere Elemente:
 - VI darf sich nicht an Stelle des Kantons setzen
 - Gefahr der Verjährung bei vielen Fällen -- > allfällige Verletzung des Rechts auf freien Zugang zu einem Gericht nach Art. 6 Ziff. 1 EMRK, wenn Schadenersatzforderung nicht geltend gemacht werden können
- 5. Bundesgericht hat in der Sache entschieden:
 - Strittig war nur noch Unentbehrlichkeit für Abklärung zivilrechtlicher Ansprüche
 - Art. 4 Abs. 3 DSG (Zweckbindung): erfüllt
 - Anforderungen des Art. 19 Abs. 4 DSG erfüllt



Kellerhals
Carrard

Aktuelle Themen der jüngsten Behörden- und Gerichtspraxis

Studienvereinigung Kartellrecht

Dr. Daniel Emch

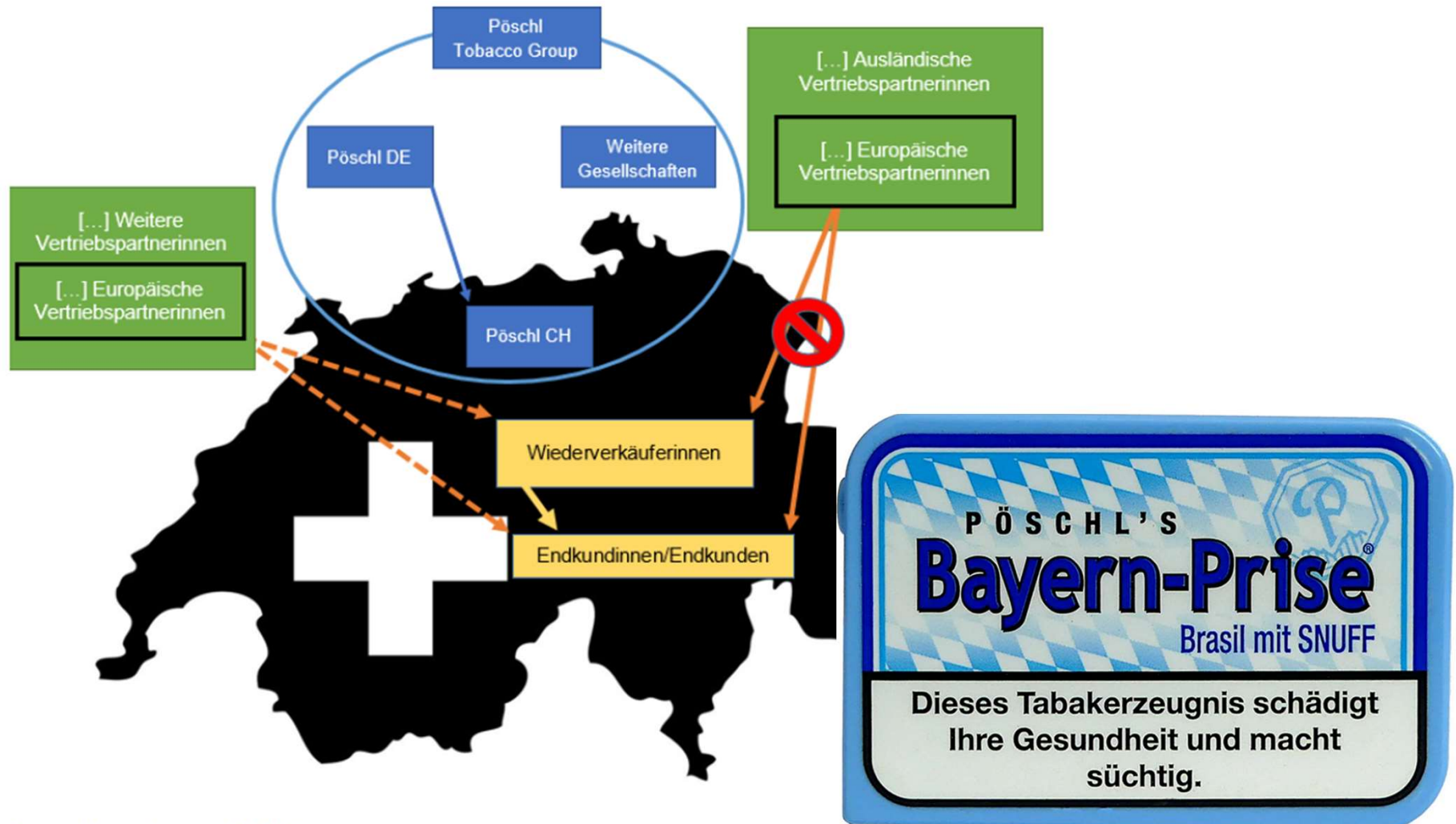
17. Juni 2022

1 **Belagswerke Bern** (Verfügung WEKO vom 16.12.2021, nicht publiziert)

- **Konkurrenzverbot im ABV = Gebietsabrede (KG 5 III c)**
 - Vertragsschluss im Jahre 1976!
 - 2016 Gründung eines Konkurrenzunternehmens durch zwei Berag-Aktionäre
 - Keine Wettbewerbsbeschränkung feststellbar
 - Trotzdem Sanktion
- **Weitere Aspekte der Untersuchung:**
 - Tiefere Preise für Aktionäre: Diskriminierungsmissbrauch (KG 7 II b)
 - Treuebonus: Behinderungsmissbrauch (KG 7 I), ev. Einschränkung des Absatzes (KG 7 II e)
 - Kreuzmandat in den VRs Berag und BLH = Info.-Austausch & Abrede gemäss KG 5 I



2 Pöschl Tabak (RPW 2021/4, S. 837)



Quelle: Darstellung der WEKO.

3 SIX DCC (Dynamic Currency Conversion)

- **Urteil B-831/2011 des Bundesverwaltungsgerichts vom 18.12.2018**
 - Interoperabilitätsverweigerung führt zu
 - Verweigerung Geschäftsbeziehung (KG 7 II a)
 - und Koppelung (KG 7 II f) von DCC mit Karten-Akzeptanzvertrag und Kartenterminal
 - KG 7 II = Gefährdungstatbestände:
 - Kein Nachweis einer Einwirkung auf den Wettbewerb erforderlich; potentiell nachteilige Einwirkung genügt
 - Keine Erheblichkeit zu prüfen



4 Fazit

- Vermutungstatbestände (KG 5 III und IV) sowie Missbrauchstatbestände (KG 7 II) werden in der Praxis als Gefährdungstatbestände verstanden
- Kein Nachweis einer wettbewerbsbeschränkenden Wirkung erforderlich
- Tatbestände gemäss KG 5 III/IV und 7 II (unbestimmte Gesetzesbegriffe) werden extensiv ausgelegt
- Dies führt zu erheblichem Compliance-Aufwand und zu Unsicherheiten für Unternehmen



Kellerhals
Carrard

Dr. iur. Daniel Emch, LL.M.

Rechtsanwalt, Partner

Effingerstrasse 1

CH-3001 Bern

Direktwahl +41 58 200 35 49

daniel.emch@kellerhals-carrard.ch



STUDIENVEREINIGUNG
KARTELLRECHT

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

Arbeitssitzung vom 17. Juni 2022

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