



Verfügung

vom 27. Mai 2019

in Sachen

Untersuchung **22-0455** gemäss Art. 27 KG
betreffend

Edelmetalle

wegen möglicherweise unzulässiger Wettbewerbsabrede gemäss
Art. 5 Abs. 3 KG

gegen

- Bank Julius Bär & Co. AG**, Bahnhofstrasse 36, Zürich
vertreten durch die Rechtsanwälte Dr. Patrick Sommer und Marion Wyler, CMS von Erlach Poncet AG, Dreikönigstrasse 7, 8022 Zürich
- Barclays Bank plc**, 1 Churchill Place, London E14 5HP, United Kingdom
vertreten durch Rechtsanwalt Prof. Dr. Patrick Krauskopf, AGON Partners, Wiesenstrasse 17, 8008 Zürich
- Deutsche Bank Aktiengesellschaft**, Taunusanlage 12, 60325 Frankfurt am Main, Deutschland
vertreten durch die Rechtsanwälte Dr. Marcel Meinhardt und Dr. Felix Prümmer, Lenz & Staehelin, Brandschenkestrasse 24, 8027 Zürich
- HSBC Bank plc.**, 8 Canada Square, London, E14 5 HQ
vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Benoît Merkt, Lenz & Staehelin, Route de Chêne 30, 1211 Genève 17
- Mitsui & Co. Precious Metals, Inc.**, Delaware
vertreten durch die Rechtsanwälte Prof. Dr. Philipp Zurkinden und Bernhard Lauterburg, Prager Dreifuss AG, Schweizerhof-Passage 7, CH-3001 Bern
- Morgan Stanley**, 1585 Broadway Avenue, New York, NY 10036
vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Mani Reinert, Bär & Karrer AG, Brandschenkestrasse 90, 8027 Zürich
- UBS Group AG**, Bahnhofstrasse 45, 8001 Zürich
vertreten durch Homburger AG, Dr. Marcel Dietrich, Andreas Burger, Prime Tower, Hardstrasse 201, 8005 Zürich

Besetzung

Andreas Heinemann (Präsident, Vorsitz),
Danièle Wüthrich-Meyer (Vizepräsidentin),
Florence Bettschart-Narbel, Nicolas Diebold, Winand Emons,
Andreas Kellerhals, Isabel Martínez, Rudolf Minsch, Martin Rufer

Inhaltsverzeichnis

A	Verfahren	4
A.1	Gegenstand der Untersuchung.....	4
A.2	Prozessgeschichte.....	4
B	Erwägungen	5
B.1	Geltungsbereich.....	5
B.1.1	Persönlicher Geltungsbereich	5
B.1.2	Sachlicher Geltungsbereich.....	5
B.1.3	Örtlicher und zeitlicher Geltungsbereich	6
B.2	Vorbehaltene Vorschriften	6
B.3	Einstellung der Untersuchung 22-0455: Edelmetalle.....	6
B.3.1	Zuständigkeit.....	6
B.3.2	Voraussetzung der Verfahrenseinstellung im Allgemeinen	6
B.3.3	Kein Nachweis für das Vorliegen eines Kartellrechtsverstosses	7
C	Kosten	7
D	Ergebnis	8
E	Dispositiv	9

A Verfahren

A.1 Gegenstand der Untersuchung

1. Gegenstand der Untersuchung bilden diverse Verhaltensweisen im Bereich des Handels mit Edelmetallen, welche möglicherweise Abreden im Sinne des Kartellgesetzes sein könnten. Als Edelmetalle (Precious Metals = PM) gelten dabei Gold, Silber, Platin und Palladium.
2. Zu beurteilen sind Kommunikationen (Chats) zwischen hauptsächlich in Singapur stationierten Händlern der Untersuchungsadressatinnen, welche folgende Verhaltensweisen darstellen könnten:
 - (1) Allfällige Vereinbarungen von Bid-/Offer-Spreads im Edelmetallhandel. Beim Spread handelt es sich um die Differenz zwischen dem Bid- und Offer-Preis zu dem ein Edelmetallhändler bereit ist, ein gewisses Edelmetall zu handeln; er korreliert mit der Gewinnmarge auf einer Transaktion. Spreads sind einer der Parameter, in Bezug auf welche Edelmetallhändler miteinander im Kundengeschäft sowie im Interbanken-Handel konkurrieren. Ein engerer Spread entspricht einem kompetitiveren Preis aus Kundensicht, führt aber zu einer geringeren möglichen Gewinnmarge der Bank bzw. des Handelshauses.
 - (2) Allfällige Koordinierungen von Kaufs- und Verkaufsstrategien um von Marktbewegungen zu profitieren und um sogenannte «Stop loss Orders» auszulösen.
 - (3) Allfälliger Austausch von vertraulichen Informationen, etwa über Handelspositionen, Handelsstrategien und spezifische pendente oder bevorstehende Aufträge.
3. Es stellt sich die Frage, ob diese Verhaltensweisen zwischen den Edelmetallhändlern der Untersuchungsadressatinnen zu einem Kartellrechtsverstoss in der Form einer unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung gemäss Art. 5 KG geführt haben.

A.2 Prozessgeschichte

4. Im Jahr 2014 wurde beim Sekretariat eine Selbstanzeige mündlich zu Protokoll gegeben. Darin wurden mögliche unzulässige Absprachen im Bereich des Handels mit Edelmetallen angezeigt. Bis zum 26. Mai 2016 ergänzte die Selbstanzeigerin ihre Selbstanzeige in mehreren mündlichen Protokollaussagen.
5. Am 23. September 2015 eröffnete das Sekretariat der Wettbewerbskommission (Sekretariat) im Einvernehmen mit dem Präsidenten eine Untersuchung gegen (in alphabetischer Reihenfolge): Bank Julius Bär & Co. AG (Julius Bär), Barclays Bank plc (Barclays), Deutsche Bank Aktiengesellschaft (Deutsche Bank), HSBC Bank plc. (HSBC), Mitsui & Co. Precious Metals, Inc. (MPM), Morgan Stanley, Morgan Stanley & Co. LLC (Morgan Stanley) und UBS (alle zusammen Untersuchungsadressatinnen). Gleichzeitig wurde der ersten Selbstanzeigerin gemäss Art. 9 Abs. 3 lit. a SVKG mitgeteilt, dass sie die Voraussetzungen für die „conditional leniency“ erfüllt hat. Bereits vor der Untersuchungseröffnung trat der damalige Direktor des Sekretariates in den Ausstand aufgrund einer Verwandtschaftsbeziehung zu einer Person, die bei einer der Untersuchungsadressatinnen angestellt war.
6. Nach der Verfahrenseröffnung erfolgten zwei weitere Selbstanzeigen, welche in mehreren mündlichen Protokollaussagen ergänzt wurden.
7. Mit den Verhaltensweisen war nicht nur die WEKO, sondern waren namentlich auch die Europäische Kommission, das US-amerikanische Departement of Justice (DoJ), die Competition Commission of Singapore (CCS), die Australian Competition and Consumer Commission

(ACCC), die New Zealand Commerce Commission (NZCC) sowie das britische Office of Fair Trading (OFT) befasst.

B Erwägungen

B.1 Geltungsbereich

B.1.1 Persönlicher Geltungsbereich

8. Das Kartellgesetz (KG)¹ gilt in persönlicher Hinsicht sowohl für Unternehmen des privaten wie auch für solche des öffentlichen Rechts (Art. 2 Abs. 1 KG). Als Unternehmen im Sinne des Kartellgesetzes gelten sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform (Art. 2 Abs. 1^{bis} KG).

9. Bei Konzernen stellen die rechtlich selbstständigen Konzerngesellschaften mangels wirtschaftlicher Selbstständigkeit keine Unternehmen im Sinne von Art. 2 Abs. 1bis KG dar. Als Unternehmen gilt in solchen Fällen der Konzern als Ganzes.²

10. Bei den Untersuchungsadressatinnen handelt es sich je um Banken-Gruppen unter einheitlicher Leitung. Julius Bär, Barclays, Deutsche Bank, HSBC, MPM, Morgan Stanley und die UBS bilden Konzerne, welche als Ganzes den Unternehmensbegriff von Art. 2 Abs. 1^{bis} KG erfüllen.

B.1.2 Sachlicher Geltungsbereich

11. In sachlicher Hinsicht erstreckt sich das Kartellgesetz auf das Treffen von Kartell- und anderen Wettbewerbsabreden, auf die Ausübung von Marktmacht sowie auf die Beteiligung an Unternehmenszusammenschlüssen (Art. 2 Abs. 1 KG).

12. Der Begriff der Wettbewerbsabrede wird in Art. 4 Abs. 1 KG definiert. Nach dem Wortlaut des Gesetzes genügt bereits das Bezwecken einer Wettbewerbsbeschränkung, um vom Anwendungsbereich der Norm erfasst zu werden. Die Abrede muss noch keine Wirkung gezeitigt haben. Die subjektive Ansicht der an der Abrede Beteiligten ist unerheblich; eine Abrede muss nach Art. 4 Abs. 1 KG objektiv geeignet sein, eine Wettbewerbsbeschränkung herbeizuführen.³

13. Ob die Parteien solche Abreden getroffen haben und ob eine unzulässige Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 KG vorliegt, wird nachfolgend im Rahmen der Beurteilung erörtert. Es wird auf die dortigen Ausführungen verwiesen und auf deren Wiedergabe an dieser Stelle verzichtet.

¹ Bundesgesetz vom 6.10.1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251).

² Urteil des BGER 2C_484/2010 vom 29.6.2012, E. 3 (= RPW 2013/1, 118 f.; nicht publizierte Erwägung in BGE 139 I 72), *Publigroupe SA et al./WEKO*; Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 335 E. 4.1, *Publigroupe SA und Mitbeteiligte/WEKO*; Urteil des BVGer B-8399/2010 vom 23.9.2014, E. 2.4, *Siegenia-Aubi AG/WEKO*. Vgl. auch JENS LEHNE, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 2 KG N 27; SAMUEL JOST, Die Parteien im verwaltungsrechtlichen Kartellverfahren in der Schweiz, Basel 2013, Rz 335 und 341.

³ Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 756 f. E. 3.2.3, *Gaba/WEKO*; Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 813 E. 3.2.6, *Gebro/WEKO*.

B.1.3 Örtlicher und zeitlicher Geltungsbereich

14. Auf Ausführungen zum örtlichen wie auch zum zeitlichen Geltungsbereich des Kartellgesetzes kann vorliegend verzichtet werden. Erwähnt sei immerhin, dass es gemäss dem Bundesgericht genügt, wenn sich ein Auslandsachverhalt in der Schweiz auswirken *kann*, woraus folgt, dass die Prüfung einer bestimmten Intensität der Auswirkungen im Rahmen von Art. 2 Abs. 2 nicht notwendig und auch nicht zulässig ist.⁴ Der Umstand, dass die Händler hauptsächlich in Singapur tätig waren, führt daher nicht dazu, dass das Kartellgesetz nicht anwendbar wäre.

B.2 Vorbehaltene Vorschriften

15. Dem Kartellgesetz sind Vorschriften vorbehalten, die auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen Wettbewerb nicht zulassen, insbesondere Vorschriften, die eine staatliche Markt- oder Preisordnung begründen, und solche, die einzelne Unternehmen zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben mit besonderen Rechten ausstatten (Art. 3 Abs. 1 KG)⁵. Ebenfalls nicht unter das Gesetz fallen Wettbewerbswirkungen, die sich ausschliesslich aus der Gesetzgebung über das geistige Eigentum ergeben. Hingegen unterliegen Einfuhrbeschränkungen, die sich auf Rechte des geistigen Eigentums stützen, der Beurteilung nach diesem Gesetz (Art. 3 Abs. 2 KG).

16. In den hier zu beurteilenden Märkten gibt es keine Vorschriften, die Wettbewerb nicht zulassen. Der Vorbehalt von Art. 3 Abs. 1 und 2 KG wird von den Parteien auch nicht geltend gemacht.

B.3 Einstellung der Untersuchung 22-0455: Edelmetalle

B.3.1 Zuständigkeit

17. Die Einstellung einer Untersuchung stellt für die davon Betroffenen eine verfahrensabschliessende Anordnung dar, die grundsätzlich von der WEKO zu erlassen ist (Art. 18 Abs. 3 KG). Ausnahmsweise ist die Kammer für Teilverfügungen der WEKO zuständig, wenn die Einstellung nur gegenüber einem Teil der Verfahrensparteien erfolgt (Art. 19 Abs. 2 Bst. a i.V.m. Abs. 1 GR-WEKO⁶). Im vorliegenden Fall soll das Verfahren gegenüber allen Parteien eingestellt werden, weshalb die Gesamtkommission der WEKO zuständig ist.

B.3.2 Voraussetzung der Verfahreneinstellung im Allgemeinen

18. Die Voraussetzungen der Verfahreneinstellung sind im Kartellrecht nicht explizit geregelt. Aus der Natur und dem Zweck kartellrechtlicher Untersuchungen folgt, dass die WEKO eine Untersuchung dann mit einer Einstellungsverfügung abschliesst, wenn das untersuchte Verhalten entweder kartellrechtlich unbedenklich ist oder nach durchgeführten Ermittlungsmassnahmen durch das Sekretariat kein Kartellverstoss nachgewiesen wurde oder nachgewiesen werden konnte.

⁴ Vgl. BGE 143 II 297, E. 3, insbes. E. 3.2 und E. 3.7.

⁵ Vgl. dazu ausführlich Urteil des BGer 2C.75/2014 vom 28.1.2015, passim (= RPW 2015/1, 131 ff. E. 3.2), *Hors-Liste Medikamente/Pfizer*.

⁶ Geschäftsreglement der Wettbewerbskommission vom 15.6.2015 (SR 251.1; Geschäftsreglement WEKO, GR-WEKO).

B.3.3 Kein Nachweis für das Vorliegen eines Kartellrechtsverstosses

19. Auslöser der vorliegenden Untersuchung war die Bonusmeldung der ersten Selbstanzeigerin, wonach sie Hinweise auf mögliche Verstösse im Handel mit Edelmetallen gefunden habe.

20. Nicht Gegenstand des angezeigten Verhaltens ist – im Gegensatz zu den LIBOR/TIBOR/EURIBOR-Fällen oder zum Fall Währungswechselkurse – die Koordinierung zur Beeinflussung von Benchmark-Rates oder -Fixings. Kern des untersuchten Verhaltens bilden Austausch bezüglich Bid-/Offer-Spreads betreffend der Spot-Preise im Interbanken Handel. Der Edelmetall Spot Handel findet nicht an einer zentralisierten Börse statt; er ist vielmehr ein over-the-counter («OTC») Geschäft, bei dem die Teilnehmer direkt miteinander kommunizieren. OTC Handel wird oft über elektronische Handelsplattformen durchgeführt, die direkt die Kaufs- und Verkauforders für die verschiedenen Metalle sammeln und eine augenblickliche Ausführung des Handels ermöglichen.

21. Die Analyse der eingereichten Chats hat ergeben, dass sich die Händler zwar zuweilen über die von ihnen angebotenen Spreads ausgetauscht haben, dass sich aber keine konkreten Abreden bezüglich bestimmter Kunden nachweisen lassen. Es handelte sich grundsätzlich um vereinzelte und isolierte Kommunikationen, mit welchen ein Händler bei einem anderen Händler etwa nachfragte, was für einen Spread er für eine bestimmte Transaktion offerieren würde; es ging m.a.W. nicht um eine Transaktion, bei welcher sich die sich austauschenden Händler aktuell konkurrierten. Ein solcher Informationsaustausch kann dennoch zu einer Wettbewerbsabrede in Form einer abgestimmten Verhaltensweise führen, namentlich dann, wenn dadurch die Transparenz auf dem Markt derart erhöht wird, dass das Verhalten der Konkurrenten vorhersehbar wird. Im vorliegenden Fall führte die niedere Frequenz des Austausches in Kombination mit dem Umstand, dass die Preise bzw. Spreads im Handel mit Edelmetallen dauernd wechseln (nicht stabil sind) dazu, dass die ausgetauschten Informationen die Markttransparenz nicht in einer Art und Weise erhöht hat, dass das zukünftige Verhalten der am Austausch beteiligten Händler vorhersehbar geworden wäre. Hinzu kommt, dass die am Austausch beteiligten Händler nur einen geringen Marktanteil auf dem gesamten relevanten Markt (weltweiter Edelmetall Spot Handel) auf sich vereinigen konnten, was den Wert der erhaltenen Informationen und ihre Eignung für eine Abstimmung weiter verminderte. Eine oder mehrere Abreden über Spreads in der Form von Vereinbarungen oder abgestimmten Verhaltensweisen sind daher nicht nachgewiesen.

22. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass durch die Untersuchung keine unzulässige Wettbewerbsabrede festgestellt wurde. Der Fall ist daher einzustellen.

23. Das vorliegende Ergebnis stimmt soweit ersichtlich mit demjenigen der anderen Wettbewerbsbehörden überein, welche sich mit dem vorliegenden Sachverhalt beschäftigt haben. In keiner anderen Jurisdiktion wurde bisher das Vorliegen von kartellrechtlich unzulässigen Abreden im Handel mit Edelmetallen festgestellt.

C Kosten

24. Nach Art. 53a KG und Art. 2 Abs. 1 GebV-KG⁷ ist gebührenpflichtig, wer ein Verwaltungsverfahren verursacht hat.

⁷ Verordnung vom 25.2.1998 über die Gebühren zum Kartellgesetz (Gebührenverordnung KG, GebV-KG; SR 251.2).

25. Das Verursacherprinzip wird durch Art. 3 Abs. 2 GebV-KG eingeschränkt. Demnach entfällt die Gebührenpflicht für Unternehmen, bei denen sich aber der Anfangsverdacht im Laufe der Untersuchung nicht erhärtet und das Verfahren aus diesem Grund eingestellt wird.⁸

26. Nachdem das vorliegende Verfahren ohne Folgen einzustellen ist, entfällt für die Verfahrensparteien die Gebührenpflicht. Eine Parteientschädigung ist hingegen im erstinstanzlichen Verfahren nicht zu entrichten.

D Ergebnis

27. Zusammenfassend kommt die WEKO gestützt auf die vorstehenden Erwägungen zu dem Ergebnis, dass sich gegenüber den Untersuchungsadressatinnen ein Verstoss gegen das Kartellgesetz nicht konkretisiert hat, weshalb das Verfahren einzustellen ist.

⁸ BGE 128 II 247, 257 f. E. 6.1 e contrario (= RPW 2002/3, 546 f.), *BKW FMB Energie AG*; Art. 3 Abs. 2 Bst. b und c GebV-KG.

E Dispositiv

Aufgrund des Sachverhalts und der vorangehenden Erwägungen verfügt die WEKO (Art. 30 Abs. 1 KG):

1. Die Untersuchung 22-455: Edelmetalle wird eingestellt.
2. Den Verfahrensparteien sind keine Verfahrenskosten aufzuerlegen.

Die Verfügung ist zu eröffnen an:

- Bank Julius Bär & Co. AG, Bahnhofstrasse 36, Zürich
vertreten durch die Rechtsanwälte Dr. Patrick Sommer und Marion Wyler, CMS von Er-
lach Poncet AG, Dreikönigstrasse 7, 8022 Zürich
- Barclays Bank plc, 1 Churchill Place, London E14 5HP, United Kingdom
vertreten durch Rechtsanwalt Prof. Dr. Patrick Krauskopf, AGON Partners, Wiesen-
strasse 17, 8008 Zürich
- Deutsche Bank Aktiengesellschaft, Taunusanlage 12, 60325 Frankfurt am Main,
Deutschland
vertreten durch die Rechtsanwälte Dr. Marcel Meinhardt und Dr. Felix Prümmer, Lenz
& Staehelin, Brandschenkestrasse 24, 8027 Zürich
- HSBC Bank plc., 8 Canada Square, London, E14 5 HQ
vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Benoît Merkt, Lenz & Staehelin, Route de Chêne 30,
1211 Genève 17
- Mitsui & Co. Precious Metals, Inc., Delaware
vertreten durch die Rechtsanwälte Prof. Dr. Philipp Zurkinden und Bernhard Lauter-
burg, Prager Dreifuss AG, Schweizerhof-Passage 7, CH-3001 Bern
- Morgan Stanley, 1585 Broadway Avenue, New York, NY 10036
vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Mani Reinert, Bär & Karrer AG, Brandschenkestrasse
90, 8027 Zürich
- UBS Group AG, Bahnhofstrasse 45, 8001 Zürich
vertreten durch Homburger AG, Dr. Marcel Dietrich, Andreas Burger, Prime Tower,
Hardstrasse 201, 8005 Zürich

Wettbewerbskommission

Prof. Dr. Andreas Heinemann
Präsident

Prof. Dr. Patrik Ducrey
Direktor

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diese Verfügung kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesverwaltungsge-
richt, Postfach, 9023 St. Gallen, Beschwerde erhoben werden. Die Beschwerdeschrift hat die
Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten.
Die angefochtene Verfügung und die Beweismittel sind, soweit sie die beschwerdeführende
Partei in Händen hat, beizulegen.