
An den Bundesrat

**Jahresbericht 2020
der Wettbewerbskommission (WEKO)**

(gemäss Artikel 49 Absatz 2 Kartellgesetz, KG)

Inhaltsverzeichnis

1	Vorwort des Präsidenten	4
2	Wichtigste Entscheide 2020	5
2.1	Entscheide der WEKO.....	5
2.2	Urteile der Gerichte	6
3	Tätigkeiten in den einzelnen Bereichen.....	9
3.1	Bau.....	9
3.1.1	Submissionsabreden	9
3.1.2	Baustoffe und Deponien	10
3.1.3	Umwelt und Entsorgung.....	10
3.1.4	Sensibilisierung über Submissionsabreden.....	11
3.2	Dienstleistungen.....	11
3.2.1	Finanzdienstleistungen	11
3.2.2	Gesundheitswesen	12
3.2.3	Freiberufliche und andere Dienstleistungen	12
3.3	Infrastruktur	13
3.3.1	Telekommunikation.....	13
3.3.2	Medien.....	14
3.3.3	Energie	14
3.3.4	Verkehr	15
3.3.5	Staatliche Beihilfen	15
3.4	Produktmärkte	16
3.4.1	Vertikalabreden.....	16
3.4.2	Konsumgüterindustrie und Detailhandel.....	16
3.4.3	Uhrenindustrie	16
3.4.4	Automobilsektor	17
3.4.5	Landwirtschaft.....	17
3.5	Binnenmarkt	18
3.6	Ermittlungen	19
3.7	Internationales.....	20
3.8	Gesetzgebung	21
4	Organisation und Statistik	22
4.1	WEKO, Sekretariat und Statistik	22
4.2	Statistik	22
5	Spezialthema: 25 Jahre KG.....	25
5.1	Die Modernisierung des schweizerischen Kartellrechts	25
5.1.1	Kartellistische Schweiz und Folgen des EWR-Nein.....	25
5.1.2	Revision von 1995	25
5.1.3	Feinschliff in der Revision 2003	26
5.2	Ziele des Kartellgesetzes und deren praktische Umsetzung.....	26
5.2.1	Ziele des Kartellgesetzes und Ausrichtung der Behördentätigkeit	26

5.2.2	Parallelimporte: Öffnung gegenüber ausländischen Märkten	28
5.2.3	Öffnung der Beschaffungsmärkte und Submissionsabreden	28
5.2.4	Marktöffnung von Infrastrukturmärkten unter Begleitung der Wettbewerbsbehörden	29
5.2.5	Digitalisierte Märkte offenhalten	30
5.2.6	Verfahrensrechtliche Herausforderungen	31
5.3	Baustellen im geltenden Kartellgesetz	32
5.3.1	Allgemeines	32
5.3.2	Zusammenschlusskontrolle	32
5.3.3	Kartellzivilrecht	33
5.3.4	Revision 2021	33
5.4	Fazit und Ausblick	33

1 Vorwort des Präsidenten

Das Jahr 2020 war durch die Verbreitung von SARS-CoV-2 und die hiermit einhergehenden Verwerfungen in Gesellschaft, Politik und Wirtschaft gekennzeichnet. Auch wenn Gegenmassnahmen zügig ergriffen wurden und die Marktwirtschaft ihre Fähigkeit zu schneller Anpassung unter Beweis stellte, kam es im ersten Halbjahr zu einem beispiellosen Einbruch des Bruttoinlandprodukts. Manche Branchen litten unter der Krise mehr als andere. Das hatte auch Konsequenzen für den Wettbewerb. Es wurde Bedarf nach mehr Kooperation geltend gemacht. Die WEKO stellte öffentlich klar, dass das Kartellrecht auch während der COVID-19-Situation gilt. Gleichzeitig signalisierte die WEKO ihre Bereitschaft, die kartellrechtskonforme Ausgestaltung von Massnahmen zur Bekämpfung der COVID-Lage zu begleiten. So gibt es beispielsweise grosse Spielräume für die Zusammenarbeit von Unternehmen, um gemeinsam Therapien und Impfstoffe zu entwickeln oder um Versorgungsengpässe zu meistern.

Nach Erklärung der ausserordentlichen Lage am 16. März 2020 musste die WEKO – wie andere Behörden, Unternehmen und Organisationen auch – ihre Arbeitsmethoden von einem auf den anderen Tag umstellen. Die technischen Schwierigkeiten waren auch deshalb schnell überwunden, weil die Behörde ihre Funktionsweise ohnehin schon umfassend digitalisiert hatte. Die Mitarbeitenden waren folglich für Wirtschaft und Verwaltung jederzeit erreichbar. Bei der Einhaltung von Fristen war die Flexibilität gross, so dass keine gesetzlichen Änderungen erforderlich wurden. Die Mitarbeitenden leisteten Sondereinsätze, wie beispielsweise bei der zeitnahen Prüfung von Beihilfen im Luftfahrtbereich, so dass die Akteure rasch Klarheit fanden.

Ungeachtet dieser Herausforderungen trieb die WEKO ihre Verfahren voran. Zwei Untersuchungen beschäftigten die WEKO neben den erwähnten Beihilfeprüfungen besonders: Im Uhrenmarkt entschied sie, dass die jahrelang für Swatch geltenden Lieferverpflichtungen und Lieferbeschränkungen auslaufen, die Swatch-Tochter ETA bei den mechanischen Uhrwerken aber weiterhin marktbeherrschend ist. Im Erdgasmarkt fällt sie einen Entscheid von grosser Tragweite: Sie verpflichtete Netzinhaber in der Zentralschweiz, die Durchleitung von Erdgas zu erlauben. Die Endkundinnen und -kunden können seither ihren Erdgaslieferanten frei wählen. Der Entscheid ist von Bedeutung für das gesamte Land und führt zur vollständigen Liberalisierung des Gasmarktes.

Es ist sicher nicht die Zeit zum Feiern. Gleichwohl steht ein besonderes Jubiläum an: 2021 werden nicht nur das Kartell- und das Binnenmarktgesetz, sondern auch die WEKO selbst 25 Jahre alt. Unverändert besteht ihr Auftrag im Schutz des Wettbewerbs. Einen Eindruck des breiten Spektrums dieser Aufgabe gibt auch dieser Jahresbericht.

Andreas Heinemann
Präsident WEKO

2 Wichtigste Entscheide 2020

2.1 Entscheide der WEKO

Am 14. Dezember 2020 erliess die WEKO vorsorgliche Massnahmen gegenüber Swisscom und untersagte dieser mit sofortiger Wirkung, ihr Glasfasernetz in einer Weise aufzubauen, die Dritten einen Layer 1-Zugang ab den Anschlusszentralen von Swisscom verunmöglicht. Gleichzeitig eröffnete sie die Untersuchung **Netzbaustrategie Swisscom**.

Die WEKO bekämpft Abreden im Beschaffungswesen konsequent. 2020 ermittelte sie erstmals wegen einer Submissionsabrede im IT-Bereich. Von der Abrede betroffen war die Schweizerische Nationalbank (SNB). Die SNB betreibt für ihre Datenkommunikation teilweise ein eigenes Datennetz (**optisches Netzwerk**). Dafür kauft die Notenbank bei IT-Unternehmen Netzwerkkomponenten ein. Bei einer Beschaffung koordinierten die offerierenden Lieferanten und die Herstellerin dieser Komponenten die Offertpreise. Im Laufe des Verfahrens kooperierten alle Unternehmen, was eine einvernehmliche Lösung, ein kurzes Verfahren von zehn Monaten und eine starke Reduktion der Busse auf insgesamt CHF 55'000 ermöglichte. Der Entscheid vom 16. November 2020 ist rechtskräftig.

Ende 2016 und Mitte 2019 erliess die WEKO im Finanzbereich eine Reihe von Teilentscheiden mit Sanktionen und genehmigte mehrere einvernehmliche Regelungen. Im Oktober 2020 genehmigte die Kammer für Teilverfügungen der WEKO weitere einvernehmliche Regelungen. Zum einen im Rahmen der Untersuchung betreffend **Yen-Zinsderivate basierend auf Yen LIBOR** mit NEX (vormals das Brokerhaus ICAP plc): Die Verhaltensweise von NEX ist kartellrechtlich unzulässig, aber nicht sanktionierbar. Zudem stellte die Kammer für Teilverfügungen die Untersuchung gegen NEX betreffend Euroyen-Zinsderivate basierend auf dem Euroyen TIBOR ein. Zum anderen wurde in der Untersuchung betreffend **Euro-Zinsderivate basierend auf EURIBOR** die einvernehmliche Regelung mit Crédit Agricole und HSBC France genehmigt. Dabei büsste die Kammer für Teilverfügungen Crédit Agricole mit rund CHF 4,5 Mio. und HSBC France mit fast CHF 2 Mio. Diese Entscheide sind rechtskräftig.

UPC erwarb für die Jahre 2017 bis 2022 die Exklusivrechte für die Übertragung von Spielen der **Schweizer Eishockeymeisterschaft**. Damit erlangte sie bei der Live-Übertragung von Eishockeyspielen im Pay-TV eine marktbeherrschende Position. UPC hat diese Marktbeherrschung missbraucht, indem sie Swisscom bis Sommer 2020 jegliches Angebot für die Ausstrahlung von Live-Eishockey verweigert hat. Mit dieser Verhaltensweise hat UPC Swisscom in unzulässiger Weise im Wettbewerb behindert. Die WEKO büsste UPC am 7. September 2020 für dieses Verhalten mit rund CHF 30 Mio. UPC focht den Entscheid vor Bundesverwaltungsgericht (BVGer) an. Im Mai 2016 hatte die WEKO die Swisscom wegen einer ähnlichen Verhaltensweise bei der Übertragung von Live-Sport (Fussball und Eishockey) sanktioniert.

Die WEKO auferlegte der Swatch Group-Tochter **ETA** mit ihrem Entscheid vom 13. Juli 2020 keine neue Lieferverpflichtung und Lieferbeschränkung für **mechanische Swiss made Uhrwerke**. Der aktuelle Entscheid basiert auf älteren Entscheiden. So genehmigte die WEKO Ende 2013 eine einvernehmliche Regelung mit der Swatch Group. Diese sah vor, dass ihre Tochtergesellschaft ETA ihre damalige Kundschaft bis Ende 2019 mit bestimmten Mengen an mechanischen Uhrwerken beliefern musste. Die einvernehmliche Regelung sollte Anreize schaffen, dass sich bis Ende 2019 eine ausreichende Konkurrenz bildete und die Kundschaft sich alternative Bezugsmöglichkeiten erschliessen konnte. Nach Ablauf dieser Frist sollte keine Lieferverpflichtung mehr bestehen. Da es Hinweise gab, dass sich der Markt für mechanische Swiss made Uhrwerke nicht wie angenommen entwickelte, eröffnete die WEKO im November 2018 ein Wiedererwägungsverfahren. Die umfangreichen Abklärungen der WEKO zeigten, dass der Markt auf die 2013 gesetzten Anreize reagierte und sich die Wettbewerbsverhältnisse weitgehend wie erwartet realisierten. Beispielsweise haben die Kundinnen und Kunden von ETA ihre Bezugsquellen erweitert. Gestützt auf eine breite Auslegeordnung kam

die WEKO zum Schluss, dass ETA keine weiteren Verpflichtungen aufzuerlegen sind. Die Swatch Group-Tochter bleibt auf dem Markt für mechanische Swiss made Uhrwerke jedoch marktbeherrschend und untersteht damit weiterhin der Missbrauchsaufsicht. Der Entscheid ist rechtskräftig.

Die WEKO öffnete mit ihrem rechtskräftigen Entscheid vom 25. Mai 2020 den **Erdgasmarkt** in der Zentralschweiz. Gegenstand der Untersuchung war die Frage, ob Netzzugangsverweigerungen der energie wasser luzern (ewl) und der Erdgas Zentralschweiz AG (EGZ) zur Belieferung von Endkundinnen und -kunden über ihre Rohrleitungsnetze durch Dritte eine unzulässige Geschäftsverweigerung darstellen. Die WEKO kam in ihrer Untersuchung zum Schluss, dass ewl und EGZ ihre marktbeherrschende Stellung beim Transport und der Verteilung von Erdgas über ihre Rohrleitungsnetze missbraucht haben: sie verweigerten einer Drittlieferantin auf Gesuch hin die Durchleitung zur Belieferung von Wärmekundinnen und -kunden in der Stadt Luzern. In der Vergangenheit wickelten ewl und EGZ lediglich für an ihre Netze angeschlossene grosse Prozessgaskundinnen und -kunden, welche die Anforderungen der Verbändevereinbarung für den Netzzugang erfüllten, den Lieferantenwechsel ab. Diese unzulässige Geschäftsverweigerung hatte zur Folge, dass ewl und EGZ sämtliche Umsätze aus dem Erdgasverkauf mit den faktisch gebundenen Endkundinnen und -kunden ohne Wettbewerbsdruck realisieren konnten. Da ewl und EGZ den Wettbewerb zur Belieferung des Grossteils der Endkundinnen und -kunden in ihrem Netzgebiet beseitigten, hatten sie die Möglichkeit, Monopolgewinne zu erzielen. ewl und EGZ kooperierten mit der WEKO. Sie verpflichteten sich einvernehmlich, künftig sämtlichen an ihre Netze angeschlossenen Endkundinnen und Endkunden den Lieferantenwechsel zu ermöglichen. Die WEKO berücksichtigte bei der Bemessung der Sanktion, dass ewl und EGZ von sich aus ihr Netzgebiet öffneten. Die ermässigte Busse betrug rund CHF 2,6 Mio. Dieser WEKO-Entscheid hatte eine vergleichbare Signalwirkung wie der Entscheid gegen die Freiburger Elektrizitätswerke von 2001, mit dem der Elektrizitätsmarkt gestützt auf das Kartellgesetz geöffnet wurde.

Am 23. März 2020 genehmigte die WEKO die Beteiligung von Planzer und Camion-Transport an **SBB Cargo**, nachdem sie diesen Zusammenschluss vertieft geprüft hatte. Planzer und Camion-Transport beteiligten sich über ihre gemeinsame Tochtergesellschaft Swiss Combi zu 35 % an SBB Cargo. An Swiss Combi sind zudem auch Galliker und Bertschi zu je 10 % beteiligt. Mit dem Zusammenschluss wollen Planzer und Camion-Transport ihre Logistikkennnisse zur Optimierung bestehender und zur Entwicklung neuer Produkte in SBB Cargo einbringen. Damit beabsichtigen die SBB und die Logistikunternehmen, die Wirtschaftlichkeit und die Wettbewerbsfähigkeit von SBB Cargo zu verbessern. Der geplante Zusammenschluss führt zwar bei den Umschlagsleistungen im kombinierten Verkehr im Raum Gossau / St. Gallen zu einer marktbeherrschenden Stellung. Allerdings gibt er den beteiligten Unternehmen keine Möglichkeit, den wirksamen Wettbewerb zu beseitigen. Folglich liess die WEKO den Zusammenschluss zu.

2.2 Urteile der Gerichte

Im Juli 2019 büsste die Kammer für Teilverfügungen der WEKO acht Finanzierungsunternehmen, welche **Leasing für Fahrzeuge** anbieten, mit Bussen in der Höhe von insgesamt CHF 30 Mio. FCA Capital Suisse SA (FCA, Fiat) reichte beim BVGer gegen die Verfügung der Kammer für Teilverfügungen sowohl eine Klage als auch eine Beschwerde ein. Sie beantragte in der Klage, dass die Teilverfügung von rund 45 Seiten auf maximal fünf Seiten zu kürzen sei. Das Sekretariat der WEKO (Sekretariat) habe im Rahmen der Vorbemerkungen zur EVR zugesagt, bei der WEKO eine kurze Verfügung zu beantragen. Das BVGer trat darauf mit seinem Entscheid vom 13. Oktober 2020 nicht ein.

Tamedia hatte vor BVGer wegen der Kostenaufgabe von CHF 5'000 für das WEKO-Vorprüfungsverfahren des **Zusammenschlusses Tamedia** (heute TXGroup) / **Adextra** Beschwerde eingelegt. Sie verlangte die Aufhebung der Kosten mit dem Argument, die WEKO

hätte die Meldepflicht gestützt auf Art. 9 Abs. 4 KG zu extensiv ausgelegt, und der Zusammenschluss sei nicht meldepflichtig gewesen. Das Gericht wies die Beschwerde am 6. Oktober 2020 ab und bestätigte die Auslegung durch die WEKO. Die tatsächlichen Effekte zwischen den in Frage stehenden Märkten sei nicht als Teilgehalt der Meldepflicht gemäss Art. 9 Abs. 4 KG zu klären, sondern vielmehr Gegenstand des materiellen Prüfungsverfahrens gemäss Art. 32 f. KG. Der Entscheid wurde von Unternehmensseite ans Bundesgericht (BGer) weitergezogen.

Die WEKO ging mit ihrem Entscheid **Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau** vom 16. Dezember 2011 gegen Submissionsabreden vor. Vierzehn im Kanton Aargau tätige Bauunternehmungen wurden mit rund CHF 4 Mio. dafür sanktioniert, dass sie zwischen 2006 und 2009 unzulässige Submissionsabsprachen über Preise und die Aufteilung von Märkten vorgenommen hatten. Von den abgesprochenen Submissionen waren rund 100 öffentliche und private Bauprojekte betroffen. Vier Unternehmen fochten den WEKO-Entscheid an. Das Verfahren war während rund sechseinhalb Jahren vor dem BVGer hängig. Am 25. Mai 2018 bestätigte das BVGer den Entscheid der WEKO gegen die Bauunternehmungen aus dem Kanton Aargau mehrheitlich und klärte wichtige Grundsatzfragen wie etwa rechtliche Mindestanforderungen an die Beweisführung und die Beweiswürdigung, Umgang mit Informationen aus Selbstanzeigen, Sanktionierbarkeit von (teilweise umsatzlosen) Kartellrechtsverstössen. Ein Bauunternehmen zog das Urteil des BVGer an das BGer weiter. Das BGer wies die Beschwerde mit seinem Urteil vom 3. August 2020 als unbegründet ab und bestätigte damit den Entscheid des BVGer.

Die Musik Hug erhob gegen die im WEKO-Entscheid **Flügel und Klaviere** vom 14. Dezember 2015 verhängte Sanktion Beschwerde beim BVGer, da sie unverhältnismässig und finanziell nicht tragbar sei. Die WEKO hatte die Sanktion wegen der finanziellen Situation der Musik Hug bereits von ursprünglich rund CHF 1.3 Mio. auf CHF 445'000 gesenkt. Das BVGer entschied am 2. April 2020, dass die von der WEKO verfügte Busse verhältnismässig, die Einschätzung der wirtschaftlichen Tragbarkeit der Busse begründet und die Reduktion der Sanktion nicht zu beanstanden sei. Entsprechend wies das BVGer die Beschwerde der Musik Hug ab.

Am 17. September 2018 gab die WEKO dem Kanton Graubünden nur teilweise Einsicht in die Akten ihres Entscheides vom 10. Juli 2017 über Submissionsabreden von Hoch- und Tiefbauunternehmen im **Münstertal**. Namentlich in die Selbstanzeige gewährte sie keine Einsicht. Am 24. Oktober 2019 wies das BVGer die dagegen erhobene Beschwerde des Kantons Graubünden ab. Der Kanton Graubünden erhob zwar am 29. November 2019 Beschwerde ans BGer, zog diese aber am 20. März 2020 zurück. Deshalb schrieb das BGer das Verfahren ab.

Das BGer entschied am 12. Februar 2020, dass die **Aktiengesellschaft Hallenstadion** im Zusammenhang mit der Verwendung einer Ticketingklausel gegenüber Veranstaltern gegen das Kartellgesetz verstossen hatte sowie dass die Aktiengesellschaft Hallenstadion und die **Ticketcorner AG** mit ihrer Ticketing-Kooperationsklausel eine wettbewerbswidrige Abrede getroffen hatten. Hallenstadion und Ticketcorner hatten 2009 einen Kooperationsvertrag abgeschlossen, mit dem Ticketcorner das Recht eingeräumt wurde, mindestens 50 % aller Tickets für Veranstaltungen im Hallenstadion zu vertreiben. Die WEKO stellte 2011 eine in diesem Zusammenhang eröffnete Untersuchung ein. Das BVGer hiess die dagegen erhobene Beschwerde der Starticket AG und der ticketportal AG 2016 gut. Es kam zum Schluss, dass die Ticketing-Kooperationsklausel eine wettbewerbswidrige Abrede bilde und deren Verwendung durch das Hallenstadion einen Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung darstellte. Das BGer hiess die wiederum dagegen erhobenen Beschwerden von Hallenstadion und Ticketcorner teilweise gut. In Bezug auf das Hallenstadion bestätigte das BGer die Beurteilung des BVGer. Dem Hallenstadion komme insgesamt eine marktbeherrschende Stellung zu, die es durch die Verwendung der Ticketingklausel mit den Veranstaltern missbraucht habe (Koppelungsgeschäft). Die Abrede zwischen Hallenstadion und Ticketcorner stelle sowohl auf dem Markt der Veranstaltungsorte für Rock- und Popkonzerte (Grossanlässe) als auch für

den entsprechenden Ticketingmarkt einen Kartellrechtsverstoss dar. Ob hingegen Ticketcorner eine marktbeherrschende Stellung habe und diese missbraucht habe, könne aufgrund des vorliegenden Sachverhalts nicht beurteilt werden. Das BGER wies das Geschäft zur Festlegung notwendiger Verwaltungssanktionen bzw. -massnahmen und zur weiteren Sachverhaltsprüfung an die WEKO zurück. Entsprechend hat die WEKO das Hallenstation für die Verwendung der Ticketingklausel zu sanktionieren und die Frage, ob auch Ticketcorner ein Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung anzulasten ist, zu klären.

Am 16. Dezember 2019 erliess die WEKO im **Wiedererwägungsverfahren Swatch Group Lieferstopp** vorsorgliche Massnahmen (vgl. dazu Jahresbericht 2019). Die Swatch Group erhob dagegen Beschwerde. In einem Zwischenentscheid vom 13. Mai 2020 behandelte das BVGER die Frage, ob die vorsorglichen Massnahmen der WEKO, wonach für die Swatch Group bzw. ihre Tochtergesellschaft ETA per sofort, aber vorläufig, gewisse Lieferbeschränkungen in Bezug auf Drittkunden fortgelten, ausgesetzt werden sollen. Das BVGER verneinte diese Frage und folgte damit der Sichtweise der WEKO. Es begründet seinen Entscheid u.a. damit, dass zeitliche und sachliche Dringlichkeit bestehe und ein überwiegendes öffentliches Interesse daran, die Ergebnisse der im November 2018 eingeleiteten Untersuchung abzuwarten, bevor die aus der einvernehmlichen Regelung von 2013 resultierenden Verpflichtungen und Beschränkungen ablaufen dürften. Nach dem Entscheid der WEKO vom 13. Juli 2020, Swatch Group keine weiteren Verpflichtungen aufzuerlegen (vgl. Abschnitt 2.1), zog die Swatch Group ihre Beschwerde gegen die vorsorglichen Massnahmen zurück. Die vorsorglichen Massnahmen vom 16. Dezember 2019 sind somit in Rechtskraft erwachsen.

Die Gerichte fällten weitere Urteile zur Publikation von WEKO-Entscheiden und bestätigten die Praxis:

- Das BVGER behandelte die WEKO-Verfügungen vom 12. November 2018, mit welchen sie erneut – nach der Rückweisung durch das BVGER – die Publikation der Sanktionsverfügung vom 2. Dezember 2013 **«Luftfracht»** anordnete. Von den zehn Parteien, welche eine Publikationsverfügung verlangt hatten, erhoben acht Beschwerde gegen die Publikationsverfügung. Das BVGER wies nun mit Urteilen vom 1. September 2020 alle acht Beschwerden vollumfänglich ab. Gegen vier dieser Entscheide legten die Verfahrensparteien Beschwerde beim BGER ein.
- Am 21. September 2020 entschied das BVGER über die Beschwerde der Goldbach Media (Switzerland) AG gegen die Verfügung der WEKO vom 8. April 2019 betreffend die Publikation der Stellungnahme der WEKO im Zusammenschlussvorhaben **«Goldbach/Tamedia»**. Das BVGER bestätigte die Argumente der WEKO praktisch vollumfänglich. Goldbach zog den Entscheid des BVGER an das BGER weiter.
- Mit Urteil vom 17. Juli 2020 entschied das BGER in Sachen **Publikation des Schlussberichts einer Vorabklärung**, nicht auf die Beschwerde des betroffenen Unternehmens einzutreten. Das angefochtene Urteil des BVGER stelle keinen Endentscheid, sondern lediglich einen Zwischenentscheid im Sinne eines Rückweisungsentscheids dar. Gegen Rückweisungsentscheide könne aber nur ausnahmsweise Beschwerde geführt werden, was vorliegend nicht gegeben sei. Aufgrund dieses Urteils des BGER kam das Rückweisungsurteil des BVGER vom 30. Januar 2019 wieder zum Tragen. Zwischenzeitlich verfügte das Sekretariat gestützt auf das Rückweisungsurteil erneut und inzwischen rechtskräftig die Publikation des Schlussberichts.
- Das BVGER fällte am 27. Februar 2020 einen Publikationsentscheid betreffend die Zwischenverfügung der WEKO zur Beteiligung von Sunrise als Dritte in der Untersuchung **Eishockey im Pay-TV**. UPC hatte die Publikation der Zwischenverfügung beim BVGER angefochten. Das BVGER wies die von UPC erhobene Beschwerde gegen die Publikationsverfügung vom 23. September 2019 vollumfänglich ab und bestätigte die bisherige Rechtsprechung. Das Urteil ist rechtskräftig.

- Mit seinem Urteil vom 11. Februar 2020 spezifizierte das BGer die Rechtsprechung dahingehend, dass auch eine Gesellschaft, welche zur Zeit des Kartellrechtsverstosses noch nicht existierte, die aber aus Gründen der Unternehmenskontinuität zur Zahlung der Sanktion eines Kartellunternehmens verpflichtet wird, keinen Anspruch auf Anonymisierung hat und ihre namentliche Nennung in der publizierten Version hinnehmen muss. Somit konnte die WEKO-Sanktionsverfügung vom 8. Juli 2016 in Sachen **Bauleistungen See-Gaster** publiziert werden.

3 Tätigkeiten in den einzelnen Bereichen

3.1 Bau

3.1.1 Submissionsabreden

Wegen Anhaltspunkten für Submissionsabreden zwischen mehreren Unternehmen eröffnete die WEKO am 14. Januar 2020 eine neue Untersuchung und führte Hausdurchsuchungen durch. Die Abreden betrafen Hard- und Softwareprodukte im Bereich der **optischen Netzwerke**, die für die Datenübertragung per Glasfaser bei Grosskunden eingesetzt werden. Die WEKO schloss diese Untersuchung am 16. November 2020 mit einer einvernehmlichen Regelung und Sanktionen ab (vgl. Abschnitt 2.1).

Die WEKO schloss im Sommer 2019 die letzten beiden von insgesamt zehn Untersuchungen im **Kanton Graubünden** ab, «**Engadin II**» und «**Strassenbau**» (Bauleistungen Graubünden). Sieben der insgesamt zwölf Parteien reichten beim BVGer Beschwerde ein (davon eine zu «Engadin II»). Von den restlichen Verfahren sind Engadin I sowie fünf kleinere Entscheide von einem Teil der Parteien vor BVGer angefochten worden. Die Schriftenwechsel vor BVGer sind im Grundsatz abgeschlossen. Mit ersten Entscheiden des BVGer ist 2021 zu rechnen.

Im Juni 2020 eröffnete das Sekretariat im Kanton Graubünden eine weitere Untersuchung, da in der Region **Moesa** Anhaltspunkte für Submissionsabreden zwischen mehreren Unternehmen bestehen. Die WEKO hatte Hinweise vom Kanton Graubünden erhalten. Die mutmasslichen Abreden betreffen Submissionen im Hoch- und Tiefbaubereich von privaten und öffentlichen Bauherren. Das Verfahren befindet sich in der Ermittlungsphase und wurde gegen die drei grössten Bauunternehmen der Region eröffnet.

Im Zusammenhang mit der Untersuchung «Strassenbau» ergab sich der Verdacht, dass Strassenbauunternehmen im Rahmen von sog. «**Dauer-Arbeitsgemeinschaften**» (Dauer-ARGE) zusammenarbeiteten, um Strassenbauprojekte längerfristig untereinander aufzuteilen und gemeinsam die Höhe der Eingabesummen festzulegen. Die WEKO betonte in der Vergangenheit mehrfach, dass ARGE typischerweise kartellrechtlich unbedenklich sind und den Wettbewerb fördern. In der 2020 abgeschlossenen Vorabklärung befasste sich das Sekretariat mit zwei spezielleren Konstellationen von Dauer-ARGE, d.h. ARGE von Unternehmen, die für Beschaffungsprojekte in hohem Ausmass wiederholt gemeinsam Angebote einreichen. Im Grundsatz gilt auch für Dauer-ARGE, dass sie in der Regel keine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken und folglich keine Abreden im Sinne des Kartellgesetzes darstellen, soweit die Einreichung von Offerten einzelfallweise beschlossen wird. Die Gründe für projektweise beschlossene ARGE und Dauer-ARGE sind vielfältig, etwa: die ARGE-Partner können alleine keine Angebote einreichen, Kapazitäts- oder Risikoüberlegungen, wirtschaftlich zweckmässige und kaufmännische Gründe, das gemeinsame Angebot der ARGE-Partner ist offensichtlich wirtschaftlich besser als die einzelnen Angebote. Problematisch können Dauer-ARGE werden, falls trotz gemeinsamem Angebot unverhältnismässig viele Projekte einzeln ausgeführt werden oder der Entscheid für die Einreichung einer gemeinsamen Offerte nicht einzelfallweise, sondern z.B. für bestimmte Projektarten oder Gebiete unabhängig vom einzelnen Projekt beschlossen wird.

Die Beschwerden gegen den Entscheid der WEKO vom Juli 2016, gemäss welchem acht Strassen- und Tiefbauunternehmen in den Bezirken **See-Gaster (SG) sowie March und Höfe (SZ)** zwischen 2002 und 2009 bei mehreren hundert Ausschreibungen in unzulässiger Weise die Preise abgesprochen und bestimmt hatten, wer den Zuschlag erhalten soll, sind weiterhin vor BVGer hängig. Ein Teil der Unternehmen stellte sich zudem auf den Standpunkt, dass der WEKO-Entscheid nicht publiziert werden dürfe. Das BGer wies die verbleibende Beschwerde ab (vgl. Abschnitt 2.2).

Mit Entscheid des BGer vom 3. August 2020 wurde die letzte Beschwerde gegen den Entscheid der WEKO «**Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau**» vom 16. Dezember 2011 behandelt (vgl. Abschnitt 2.2). Weiterhin hängig ist vor BGer die Frage, wie weit Gesuchstellerinnen vor Eintritt der Rechtskraft einer Sanktionsverfügung Einsicht in die ungeschwärzte Verfügung der WEKO und die entsprechenden Akten zur Durchsetzung ihrer Schadenersatzansprüche erlangen können. Bis zum Vorliegen dieses Entscheids des BGer hat die WEKO die Behandlung einer Reihe von weiteren Einsichtsgesuchen sistiert.

3.1.2 Baustoffe und Deponien

Die WEKO hatte im Januar 2015 eine Untersuchung gegen mehrere Unternehmen der Baustoff- und Deponiebranche im Raum Bern eröffnet. Nachdem die Untersuchung aus prozessökonomischen Gründen in zwei Verfahren («KTB-Werke» und «KAGA») aufgeteilt worden war, konnte das kleinere, **KTB-Werke**, am 10. Dezember 2018 mit einer Sanktionsverfügung der WEKO abgeschlossen werden. Dieser Entscheid ist vor BVGer hängig und der Schriftenwechsel fortgeschritten. Die grössere der beiden Untersuchungen, «**KAGA**», befindet sich im Endstadium. Die Parteien erhalten den Antrag des Sekretariates im Sommer 2021 zur Stellungnahme.

Die WEKO eröffnete am 5. März 2019 eine Untersuchung gegen **zwei Belagswerke** im Kanton Bern sowie gegen die Aktionärinnen eines der beiden Belagswerke. Es liegen Anhaltspunkte vor, dass die beiden Belagswerke ihr Marktverhalten koordinierten. Gegenstand der Untersuchung ist ausserdem eine mutmassliche Vereinbarung unter den Aktionärinnen des einen Belagswerks, das gemeinsam betriebene Belagswerk nicht zu konkurrenzieren. Ausserdem existierten Indizien dafür, dass eines der Belagswerke über eine marktbeherrschende Stellung verfügt und diese missbraucht hat. Diese Untersuchung hat ihren Ursprung ebenfalls in der 2015 eröffneten Untersuchung (**KAGA**). Die Ermittlungen konnten 2020 abgeschlossen werden. Den Antrag des Sekretariates an die WEKO erhalten die Verfahrensparteien voraussichtlich bis Sommer 2021 zur Stellungnahme. Der WEKO-Entscheid ist in der zweiten Jahreshälfte 2021 zu erwarten.

3.1.3 Umwelt und Entsorgung

Die Schweizer Kehrichtverbrennungsanlagen (KVA) beabsichtigen den Bau und den Betrieb einer gemeinsamen **Aufbereitungsanlage für Hydroxidschlamm**, einen metallreichen Rückstand aus der Abfallverbrennung. Zur Planung dieser Anlage – der sogenannten SwissZinc-Anlage – wurde die SwissZinc AG gegründet. Die SwissZinc AG hat die WEKO um eine Einschätzung des Vorhabens gebeten und eine Meldung im Widerspruchsverfahren eingereicht. Das Sekretariat eröffnete am 29. Oktober 2019 eine Vorabklärung, die ergab, dass der SwissZinc AG mit ihrem Projekt eine marktbeherrschende Stellung erwachsen würde, welche das Unternehmen potenziell missbrauchen könnte. U.a. die folgenden Verhaltensweisen wären potenziell unzulässig: für identische Dienstleistungen unterschiedliche Preise verrechnen; den an der SwissZinc AG beteiligten Unternehmen Exklusivlieferungsverpflichtungen und Konkurrenzverbote über eine Dauer von 15 Jahren auferlegen; einen Transportkostenausgleich für die beteiligten Aktionärinnen und Gönnerinnen schaffen und die Höhe der Transportkosten festlegen; die Festlegung der Gate Fee durch den Verwaltungsrat. Die SwissZinc AG erklärte sich dazu bereit, die Anregungen des Sekretariates umzusetzen, womit die Anhaltspunkte für

unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen beseitigt wurden und das Sekretariat die Vorabklärung einstellte.

Im Umweltbereich behandelte der Dienst Bau rund 20 Ämterkonsultationen. Die Mehrheit hatte die Verfolgung der Klimaziele zum Inhalt.

3.1.4 Sensibilisierung über Submissionsabreden

Submissionsabreden können verhindert und erkannt werden. Aus diesem Grunde sensibilisiert das Sekretariat seit vielen Jahren Angestellte von Beschaffungsstellen. 2020 fanden Präsentationen im Rahmen der Ausbildung des Bundesamtes für Bauten und Logistik für Einkäuferinnen und Einkäufer des Bundes, eine Sensibilisierung der Gemeindevertreterinnen und -vertreter aus der Region Moesa sowie Präsentationen im Rahmen von CAS-Lehrgängen der Universitäten Bern und Fribourg statt.

3.2 Dienstleistungen

3.2.1 Finanzdienstleistungen

Im Berichtsjahr wurden in den IBOR-Untersuchungen weitere Teilverfügungen erlassen, so in der **EURIBOR**-Untersuchung und in der **Yen LIBOR /Euroyen TIBOR**-Untersuchung (vgl. Abschnitt 2.1). Gegen andere Parteien laufen die Untersuchungen Yen LIBOR / Euroyen TIBOR sowie EURIBOR weiter.

In ihrem Jahresbericht 2019 teilte die WEKO mit, dass sie zwei Untersuchungen im Zusammenhang mit Wettbewerbsabreden im **Devisenkassahandel** zwischen Banken («Forex») abgeschlossen habe. Es handelte sich um die Untersuchungen betreffend den Chatroom «Essex express» einerseits und «Three way banana split» andererseits, wobei deren Adressatinnen jeweils einvernehmliche Regelungen unterzeichneten. Vor demselben Hintergrund wurde die Untersuchung gegen Credit Suisse im ordentlichen Verfahren weitergeführt. Diese Untersuchung wurde im Jahr 2020 vorangetrieben.

In der Untersuchung **Automobil-Leasing** zog FCA den Entscheid der Kammer für Teilverfügungen an das BVGer weiter. Dabei reichte FCA sowohl eine Klage als auch eine Beschwerde ein. In der Klage verlangte FCA die Kürzung der Teilverfügung. Das BVGer ist darauf nicht eingetreten (vgl. Abschnitt 2.2). Mit der vor BVGer hängigen Beschwerde verlangt FCA die vollumfängliche Aufhebung der Verfügung, eventualiter die Reduktion der Busse. Die Untersuchung gegen Ford Credit Switzerland GmbH (Ford) läuft im ordentlichen Verfahren weiter.

Die Untersuchung in Sachen **Boycott Apple Pay** wurde 2020 fortgeführt. Das BVGer bestätigte in zwei Urteilen vom 8. November 2019 seine Praxis, wonach ehemalige Organe nur eingeschränkt als Zeugen befragt werden können und aufgrund des *nemo tenetur*-Grundsatzes auf Fragen, welche das Unternehmen belasten könnten, nicht antworten müssen. In einem weiteren Urteil vom 13. März 2020 hielt es fest, dass aktuellen Angestellten ohne Organstellung kein solches Zeugnisverweigerungsrecht zukomme. Auf eine Beschwerde des Unternehmens gegen das letztgenannte Urteil trat das BGer nicht ein. Hingegen sind zwei Beschwerden gegen diejenigen Urteile hängig, in welchen das BVGer das Zeugnisverweigerungsrecht für ehemalige Organe statuiert hat.

Ein im Sommer 2020 angestossenes Widerspruchsverfahren im Zusammenhang mit einem virtuellen B2B-Reisezahlungsprodukt auf Basis einer Virtual User Commercial Account-Lösung (**VUCA-Lösung**) hat im November 2020 zur Eröffnung einer Vorabklärung geführt. Gegenstand der Vorabklärung ist in erster Linie die Frage, ob Interchange Fees, die aufgrund von Zahlungen über eine VUCA-Lösung anfallen, vom Anwendungsbereich der einvernehmlichen Regelung erfasst werden, welche die WEKO im Jahr 2014 mit verschiedenen Herausgebern von Kreditkarten und Acquirern von Händlern abgeschlossen hatte.

3.2.2 Gesundheitswesen

Die Ermittlungen betreffend die im September 2019 eröffnete Untersuchung gegen mehrere schweizerische und ausländische Unternehmen bezüglich der Produktion, des Vertriebs und des Verkaufs des Wirkstoffs **Scopolaminbutylbromid** sind immer noch im Gange. Mit dem Untersuchungsverfahren soll überprüft werden, ob sich die Indizien bezüglich der Koordination der Verkaufspreise des Wirkstoffs im internationalen Vergleich und eine Aufteilung der internationalen Märkte erhärten und damit eine Verletzung des Kartellgesetzes vorliegt.

Ende 2020 hat das Sekretariat die Vorabklärung bezüglich Biopharmazeutika (**biologics**) ohne Folge eingestellt, da sich für den Moment die Indizien bezüglich der Verletzung von Art. 7 KG nicht erhärten haben. Das Verfahren wurde ursprünglich eröffnet, weil sich ein Konkurrent beschwert hat, dass der Hersteller von Biopharmazeutika seine mögliche marktbeherrschende Stellung missbrauche und den Konkurrenten am Markteintritt hindere.

Ende 2020 wurde die **Vereinbarung unter den Krankenversicherern (Branchenvereinbarung)** wieder aktuell, welche das Verbot der Telefonaquise und die Entschädigung der Vermittler und Broker zum Gegenstand hat. Der Bundesrat hat auf Antrag des Parlaments einen Erlassentwurf vorgelegt, welcher dem Bundesrat u.a. ermöglichen soll, Branchenlösungen betreffend die Regelung von Provisionen im Bereich der obligatorischen Krankenpflegeversicherung und im Krankenzusatzversicherungsbereich allgemeinverbindlich zu erklären. Die wettbewerbsrechtlichen Bedenken der Wettbewerbsbehörde in Bezug auf die Branchenvereinbarung und die erfolgte und vorgesehene Regulierung dieses Bereichs wurden allen Akteuren (Parlament, EDI/BAG, santésuisse und curafutura sowie Vermittlern, Vermittlerinnen und Brokern) bereits in entsprechenden Stellungnahmen mitgeteilt. Die Wettbewerbsbehörde verfolgt nun den Gesetzgebungsprozess.

Mehr als 150 **Konsultationsverfahren**, mehrheitlich betreffend parlamentarische Vorstösse in Bezug auf die COVID-Pandemie im Gesundheitswesen, und zahlreiche **Bürgeranfragen** haben die Ressourcen des Sekretariats stark in Anspruch genommen.

Des Weiteren hatte die WEKO im Bereich Gesundheitswesen folgende **Unternehmenszusammenschlüsse** zu beurteilen: Medbase/HCH/SDH/Zahnarztzentrum, Medbase/Unilabs/Unilabs St. Gallen, Kohlberg/Mubadala/Partners Group/Pioneer Midco UK 1 Limited. Für alle diese Zusammenschlüsse ergab die Beurteilung im Rahmen der vorläufigen Prüfung die Freigabe durch die WEKO.

3.2.3 Freiberufliche und andere Dienstleistungen

Mit Entscheid vom 12. Februar 2020 hat das Bundesgericht bestätigt, dass die im Jahr 2009 zwischen **Hallenstadion** und **Ticketcorner** getroffene Vereinbarung kartellrechtlich unzulässig ist. Diese Vereinbarung garantierte Ticketcorner den Verkauf von mindestens 50 % aller Tickets für Veranstaltungen im Hallenstadion. Das Bundesgericht wies das Urteil zur Neubeurteilung an die WEKO zurück (vgl. 2.2). Das Untersuchungsverfahren ist hängig.

Im Jahr 2018 wurde eine Untersuchung gegen mehrere **Genfer Elektronunternehmen** eröffnet und in der Zwischenzeit weitergeführt. Im Laufe des Jahres 2020 wurden Verhandlungen mit den Parteien bezüglich einvernehmlicher Regelungen geführt, und ein Urteil wird für das Jahr 2021 erwartet. Dieses Urteil wird sich nur auf diejenigen Unternehmen beziehen, welche sich für die Unterzeichnung einer einvernehmlichen Regelung entschieden haben.

Schliesslich führte das Sekretariat mehrere Verfahren im **Sportbereich** durch. Im Bereich des **Fussballs** sah sich das Sekretariat mit dem Gesuch um vorsorgliche Massnahmen des FC Sion gegen die Entscheidung der Swiss Football League (SFL) konfrontiert, die Meisterschaft der Super League nach Aussetzung der Meisterschaft aufgrund der Corona-Virus-Pandemie wiederaufzunehmen. Das Sekretariat kam zum Schluss, dass die Entscheidung der SFL nicht

gegen das Kartellgesetz verstösst. Daher hat das Sekretariat dem Antrag auf vorsorgliche Massnahmen keine weitere Folge geleistet.

Auch in einem anderen Fall wurde der Dienst Dienstleistungen mit einer möglichen Preisabrede konfrontiert, die mit der COVID-19-Situation begründet wurde. Die Wettbewerbsbehörden stellten daher im März klar, dass sie ein Ausnutzen dieser Lage für Wettbewerbsbeschränkungen nicht dulde. Die gesamtwirtschaftliche Situation darf nicht dazu missbraucht werden, Kartelle zu bilden und Preise abzusprechen. Die kartellrechtlichen Regeln schaffen aber einen Handlungsspielraum für effiziente Kooperation, sei es in normalen oder in Krisenzeiten. Zentral ist der Zweck der Koordination zwischen Unternehmen. Dient sie der Wettbewerbsbeschränkung oder erlaubt sie effizientes Handeln. Eine Preiskoordination zwischen Händlern über ihre Güter wäre unzulässig. Hingegen kann eine gegenseitige Information der gleichen Händler über Lagerbestände in Krisenzeiten dazu dienen, die Angebotsknappheit von kritischen Gütern zu verhindern. Letzteres wäre zulässig. Gleiches gilt für Forschungs Kooperationen zur beschleunigten Erarbeitung eines dringlichen Impfstoffs. Soweit Unklarheiten über die rechtskonforme Ausgestaltung von Verhaltensweisen zur Bekämpfung der COVID-Situation bestanden, half die WEKO wie in anderen Bereichen Fragen zu beantworten und Lösungen zu entwickeln.

Darüber hinaus wurden Verfahren im **Skibereich** geführt. Sie stellten bestimmte privilegierte Beziehungen in Frage, die zwischen Bergbahnen und Skischulen einerseits und Bergbahnen und Hotels andererseits in verschiedenen Skigebieten bestehen. In einem Fall beschwerte sich eine Skischule über die unterschiedliche Behandlung von Skischulen durch eine Bergbahn, insbesondere in Bezug auf Werbemaßnahmen für ihre Tätigkeiten und die Bereitstellung von Räumlichkeiten in der Talstation. In einem anderen Fall beschwerte sich ein Hotel darüber, dass eine Bergbahngesellschaft die ihr gehörenden Beherbergungsbetriebe begünstigt, indem sie ihnen erlaubt, Werbeangebote für Sonderofferten in Bezug auf den Preis der Skiabonnemente für die Skilifte zu machen. Schließlich beschwerte sich eine Skischule darüber, dass das Tourismusbüro in ihrer Region die "älteste" Skischule bevorzugt, indem es alle Informationsanfragen von Touristen an letztere weiterleitet. Das Einschreiten des Sekretariats klärte die Situation in diesen drei Fällen, indem die verschiedenen Unternehmen auf ihre Pflicht zur Neutralität gegenüber Konkurrenten aufmerksam gemacht wurden.

3.3 Infrastruktur

3.3.1 Telekommunikation

Die WEKO eröffnete am 24. August 2020 eine Untersuchung gegen die Swisscom (Schweiz) AG im Bereich **Breitbandanbindung von Unternehmensstandorten (WAN-Anbindung)**. Es bestehen Anhaltspunkte, dass Swisscom ihre Marktposition missbraucht hat. Swisscom verlangte bei verschiedenen Ausschreibungen von Projekten zur Vernetzung von Unternehmensstandorten mutmasslich zu hohe Preise von Wettbewerbern. Diese Konkurrenten von Swisscom, d. h. andere Fernmeldeunternehmen, sind für solche Projekte auf die Netzwerkinfrastruktur von Swisscom angewiesen und können ihren Kundinnen und Kunden bei zu hohen Preisen kein konkurrenzfähiges Angebot unterbreiten. Die WEKO hatte Swisscom 2015 für ein analoges Verhalten bei der Ausschreibung der Vernetzung der Poststandorte sanktioniert. Letzterer Fall ist vor dem BVGer hängig.

Am 14. Dezember 2020 eröffnete die WEKO die Untersuchung **Netzbaustrategie Swisscom** (vgl. Abschnitt 2.1). Es bestehen Anhaltspunkte, dass das Verhalten von Swisscom beim Glasfasernetzausbau eine unzulässige Verhaltensweise eines marktbeherrschenden Unternehmens darstellt, da Swisscom ihr Glasfasernetz in Alleinbaugebieten neu in einer Baumstruktur (P2MP) aufbaut und dies als Begründung vorbringt, um Dritten keinen direkten Zugang mehr zu einem Layer 1-Angebot «ALO» anzubieten. Vielmehr müssen Dritte auf das Layer 3-Angebot von Swisscom «BBCS» ausweichen. Zusätzlich erliess die WEKO vorsorgliche Massnah-

men und untersagte Swisscom mit sofortiger Wirkung, ihr Glasfasernetz in einer Weise aufzubauen, die Dritten einen Layer 1-Zugang ab den Anschlusszentralen von Swisscom verunmöglicht.

Die im Dezember 2019 in Sachen **Swisscom Directories** gegen Swisscom und Swisscom Directories AG eröffnete Vorabklärung wurde weiter vorangetrieben.

Die WEKO beurteilte im Bereich Telekommunikation zwei Zusammenschlüsse: Bei **Liberty Global / Sunrise** genehmigte die WEKO den Kauf von Sunrise durch UPC (Liberty Global) ohne Auflagen und Bedingungen. Die WEKO kam zum Schluss, dass nicht davon auszugehen sei, dass UPC / Sunrise und Swisscom sich zukünftig koordinieren würden. Eine Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs drohe damit nicht. Bereits im Jahr zuvor planten die beiden Unternehmen einen Zusammenschluss, wobei Sunrise UPC übernehmen wollte. Die WEKO prüfte jene Übernahme vertieft und genehmigte sie. Die Übernahme scheiterte jedoch an der Mehrheit der Aktionärinnen und Aktionäre. Die WEKO untersuchte bei der aktuellen Fusion erneut die Marktverhältnisse, die weitgehend unverändert geblieben waren. Bei **Swisscom Directories / OLMeRO** beabsichtigte Swisscom Directories von der OLMeRO AG den Unternehmensbereich Renovero (www.renovero.ch), eine Handwerkerplattform, zu übernehmen. Auch hier erfolgte nach der vorläufigen Prüfung des Vorhabens die Freigabe durch die WEKO.

3.3.2 Medien

Die WEKO büsste **UPC** mit rund CHF 30 Mio. UPC hatte ihre marktbeherrschende Position bei der Live-Übertragung von **Eishockeyspielen im Pay-TV** missbraucht, indem sie Swisscom bis Sommer 2020 jegliches Angebot für die Ausstrahlung von Live-Eishockey verweigert hatte. UPC focht den Entscheid beim BVGer an (vgl. Abschnitt 2.1). UPC hatte zudem die Publikation der Zwischenverfügung über die Beteiligung von Sunrise als Dritte beim BVGer angefochten. Mit Urteil vom 27. Februar 2020 wies das BVGer die Beschwerde gegen die Publikationsverfügung der WEKO vom 23. September 2019 vollumfänglich ab und bestätigte die bisherige Rechtsprechung. Das Urteil ist rechtskräftig (vgl. Abschnitt 2.2).

Die WEKO beurteilte im Bereich Medien den **Unternehmenszusammenschluss Admeira / Ringier**. Dabei beabsichtigte die Ringier AG die Übernahme der vollständigen Kontrolle über die Admeira AG von Swisscom. Die Beurteilung im Rahmen der vorläufigen Prüfung ergab die Freigabe durch die WEKO.

Im Fall des **Zusammenschlusses Tamedia** (heute TXGroup) / **Adextra** wies das BVGer die Beschwerde der TX Group am 6. Oktober 2020 ab und bestätigte damit die Auslegung von Art. 9 Abs. 4 KG durch die WEKO. Das Urteil wurde ans BGer weitergezogen (vgl. Abschnitt 2.2).

3.3.3 Energie

Mit Entscheid vom 25. Mai 2020 schloss die WEKO die Untersuchung **Netzzugang im Erdgasbereich** gegen ewl und EGZ ab. ewl und EGZ kooperierten mit der WEKO und verpflichteten sich einvernehmlich, künftig sämtlichen an ihre Netze angeschlossenen Endkundinnen und Endkunden den Lieferantenwechsel zu ermöglichen. Die von der WEKO ausgesprochene Busse betrug rund CHF 2,6 Mio. (vgl. Abschnitt 2.1).

Im Herbst 2020 stellte das Sekretariat eine Vorabklärung gegen eine Stromnetzbetreiberin ein, die es wegen einer möglichen **Verwendung von aus dem Monopolbereich stammenden Daten für Tätigkeiten in anderen Märkten** im September 2019 eröffnet hatte. Die Ermittlungen hatten ergeben, dass die Verwendung von Monopoldaten im Allgemeinen zwar grundsätzlich durchaus zu Wettbewerbsverfälschungen führen könnte. Dies insbesondere, wenn Daten wie Kontaktdaten und Daten, die etwa Auskunft über die Eigenschaften, das Verhalten und die Interessen von Kundinnen und Kunden geben, nur dem marktbeherrschenden Unternehmen zur Verfügung stehen und gezielt dazu verwendet werden können, um Kundinnen

und Kunden zu steuern und deren Kaufverhalten zu beeinflussen. Im konkreten Fall lagen jedoch keine Anhaltspunkte dafür vor, dass das Verhalten der Stromnetzbetreiberin geeignet war, den Wettbewerb in kartellrechtswidriger Weise zu verfälschen.

Im Bereich Strom wurde das Sekretariat im Rahmen von Ämterkonsultationen bzw. die WEKO im Rahmen von Vernehmlassungsverfahren und Anhörungen mehrfach zu Stellungnahmen eingeladen. Die WEKO setzte sich hier insbesondere für ein marktnahes, wettbewerbs- und technologieneutraleres System zur Gewährleistung des Zubaus von erneuerbaren Energien und damit gegen das bisherige Subventionssystem ein. Die WEKO liess sich zudem zum neuen **Gasversorgungsgesetz** vernehmen und machte sich vor allem für eine vollständige Marktöffnung stark.

3.3.4 Verkehr

Im Bereich Gütertransport unterzog die WEKO das Zusammenschlussvorhaben **SBB Cargo** einer vertieften Prüfung. Diese resultierte in der Freigabe durch die WEKO, womit neu die SBB, Planzer und Camion-Transport gemeinsam SBB Cargo kontrollieren (vgl. Abschnitt 2.1).

Weiterhin hängig ist das Beschwerdeverfahren vor dem BVGer in Sachen **Luftfracht**. Gegen die Verfügung vom 2. Dezember 2013, mit welcher elf Fluggesellschaften wegen horizontalen Preisabreden mit insgesamt rund CHF 11 Mio. sanktioniert wurden, hatten verschiedene Parteien Beschwerde ans BVGer erhoben. Im Juni 2020 fand diesbezüglich eine öffentliche Parteiverhandlung statt. Ebenfalls strittig ist in diesem Fall, ob und inwieweit die Verfügung vom 2. Dezember 2013 publiziert werden darf (vgl. Abschnitt 2.2).

3.3.5 Staatliche Beihilfen

Die WEKO hatte im Berichtsjahr zwei Fälle betreffend mutmassliche **staatliche Beihilfen gemäss Luftverkehrsabkommen** gestützt auf das Luftfahrtgesetz zu prüfen. Die WEKO überprüft in solchen Fällen die geplanten Unterstützungsmassnahmen auf ihre Vereinbarkeit mit dem Luftverkehrsabkommen. Die für den Beschluss zuständigen Behörden haben das Ergebnis dieser Prüfung in der Folge beim Entscheid über die Gewährung der Beihilfe zu berücksichtigen.

Im ersten Fall beabsichtigte der Bund, die von der COVID-Pandemie stark betroffene Schweizer Luftfahrt in Form von Garantien des Bundes zur Sicherung von Darlehen zugunsten der **Fluggesellschaften Swiss International Air Lines AG** und **Edelweiss Air** zu unterstützen. In ihrer Stellungnahme vom 20. Mai 2020 kam die WEKO zum Schluss, dass die gemeldeten Unterstützungsmassnahmen mit dem Luftverkehrsabkommen vereinbar seien.

Im zweiten Fall ging es darum, dass der Bund beabsichtigte, flugnahe Betriebe zu unterstützen. Konkret ging es um die **SR Technics Switzerland AG**, ein Unternehmen, das vorwiegend in den Bereichen der Unterhalts-, Reparatur- und Überholungsleistungen für kommerzielle Flugzeuge, Bauteillösungen und technische Triebwerkslösungen tätig ist. In ihrer Stellungnahme vom 29. Juni 2020 kam die WEKO zum Schluss, dass die Beihilfe nicht als mit dem Luftverkehrsabkommen vereinbar erklärt werden könne. Dies im Wesentlichen, weil sich das Unternehmen bereits am 31. Dezember 2019 in finanziellen Schwierigkeiten befand.

In einer **Beratungsanfrage** hatte das Sekretariat schliesslich die Frage zu beurteilen, ob die geplanten Unterstützungsmassnahmen des Bundes zugunsten der **Skyguide AG** ebenfalls einer Anmeldepflicht bei der WEKO unterliegen. Das Sekretariat kam dabei zum Schluss, dass, wenn eine Einheit – wie vorliegend Skyguide – sowohl hoheitlich als auch unternehmerisch tätig ist, nur die Unterstützungsmassnahme zugunsten der unternehmerischen Tätigkeit der Beihilfenprüfung durch die WEKO unterliegt.

Im Rahmen der **Vernehmlassung zur COVID-19-Härtefallverordnung** stellte die WEKO fest, dass allfällige Unterstützungsmassnahmen zugunsten der **Reisebüros** nicht in den Anwendungsbereich des Luftverkehrsabkommens fallen und die WEKO folglich nicht für die Prüfung der Vereinbarkeit dieser Massnahmen mit dem Luftverkehrsabkommen zuständig ist.

3.4 Produktemärkte

3.4.1 Vertikalabreden

Zum Thema **«Hochpreisinsel Schweiz»** führte das Sekretariat mehrere Marktbeobachtungen wegen Verdachts auf Preisabreden, Marktabschottungen und Behinderungen von Online-Handel durch. In mehreren Fällen wurden Verträge angepasst und Rundschreiben an Vertriebspartner gesandt, um Klarheit zu schaffen und Missverständnisse zu vermeiden.

Im August 2020 eröffnete die WEKO eine Untersuchung gegen eine Herstellerin von **Tabakprodukten**. Es liegen Anhaltspunkte vor, dass zwischen der deutschen Herstellerin und einigen Vertriebspartnern in verschiedenen Ländern ausserhalb der Schweiz vertragliche Exportverbote bestanden haben. Diese Verbote behinderten allenfalls Parallel- und Direktimporte von Tabakprodukten in die Schweiz.

3.4.2 Konsumgüterindustrie und Detailhandel

Im Bereich des Detailhandels beschäftigten sich die Wettbewerbsbehörden schwerpunktmässig mit Einkaufsmärkten. Am 1. September 2020 eröffnete die WEKO eine Untersuchung gegen ein mögliches **nachfrageseitiges Kartell von Handelsunternehmen**. Im Zentrum der Untersuchung steht der Verdacht, dass Grossisten und Detailhändler zusammen mit der im Zahlungsverkehr tätigen Markant Handels- und Industriewaren-Vermittlungs AG gemeinsam Druck auf die Lieferanten ausgeübt haben, damit die Lieferanten das Inkasso über Markant abwickeln. Diese mutmasslichen kollektiven Massnahmen gehen bis zur Androhung der Grossisten und Detailhändler, Produkte des täglichen Bedarfs nicht mehr im Sortiment zu führen. Die Konditionen, welche die Lieferanten Markant für das Inkasso und weitere Dienstleistungen bezahlen, seien in den letzten Jahren erhöht worden und ein Teil dieser Konditionen sei an die Händler zurückgeflossen.

Das Sekretariat erhielt im Laufe des Jahres zahlreiche Anzeigen von Lieferanten, die sich darüber beschwerten, dass Coop für die **Abwicklung des Zahlungsverkehrs** neu mit der Markant Handels- und Industriewaren-Vermittlungs AG zusammenarbeiten werde. Die Lieferanten beanstandeten insbesondere die Höhe der Konditionen für das Inkasso und weitere Dienstleistungen von Markant. Diese Konditionen werden anhand des Umsatzvolumens berechnet, und Coop gehört für viele dieser Lieferanten zu den volumen- und umsatzmässig grössten und damit wichtigsten Absatzkanälen in der Schweiz. Das Sekretariat klärt im Rahmen einer Marktbeobachtung ab, ob in diesem Zusammenhang Hinweise auf Verstösse gegen das Kartellgesetz vorliegen.

3.4.3 Uhrenindustrie

Die WEKO schloss das im November 2018 eröffnete Wiedererwägungsverfahren **Swatch Group Lieferstopp** mit Entscheid vom 13. Juli 2020 ab (vgl. Abschnitt 2.1). Mit diesem Entscheid gelten die am 16. Dezember 2019 von der WEKO erlassenen **vorsorglichen Massnahmen** nicht mehr (vgl. Abschnitt 2.2).

In den Jahren 2014 bis und mit 2019 wurde die **Einhaltung** der im Jahr 2013 von der WEKO genehmigten **einvernehmlichen Regelung** durch die Swatch Group bzw. ETA von einer Revisionsgesellschaft und den Wettbewerbsbehörden laufend kontrolliert. Im Rahmen dieser Kontrollen wurden keine Verstösse gegen die einvernehmliche Regelung festgestellt.

3.4.4 Automobilsektor

Im Rahmen von diversen Marktbeobachtungen überprüfte das Sekretariat die Einhaltung der **Regeln in der KFZ-Bekanntmachung**. Wo nötig, passten die Unternehmen ihr Verhalten an diese Regeln an. Jedenfalls diente die Intervention des Sekretariats in allen Fällen dazu, den Unternehmen die in der KFZ-Bekanntmachung enthaltenen Grundsätze in Erinnerung zu rufen. So stellte das Sekretariat in verschiedenen Fällen klar, dass die Beschränkung der Möglichkeit eines Mitglieds eines Vertriebssystems, Originalersatzteile und -ausrüstungen oder qualitativ gleichwertige Ersatzteile von einem Hersteller oder einem Händler dieser Waren seiner Wahl zu erwerben und diese Teile für die Instandsetzung oder Wartung von Kraftfahrzeugen zu verwenden, als qualitativ schwerwiegende Beeinträchtigung des Wettbewerbs zu betrachten ist.

Dem Sekretariat wurden u.a. Hinweise gemeldet, wonach ein deutscher **KFZ-Vermittler** gegenüber einem Schweizer Kunden angegeben habe, dass die Kraftfahrzeuge einer bestimmten Marke mindestens vier Monate auf eine deutsche Adresse zugelassen werden müssten, ansonsten könne er dem Schweizer Kunden keinen Rabatt gewähren. Dabei handle es sich um eine Vorgabe der Herstellerin. Diesen Hinweisen ging das Sekretariat im Rahmen einer Marktbeobachtung nach und fand keine Hinweise auf möglicherweise unzulässige Preis- und Gebietsschutzabreden. Nebst den durchgeführten Marktbeobachtungen beantwortete das Sekretariat ungefähr 50 Anfragen von Marktteilnehmern mit Bezug zur KFZ-Bekanntmachung.

Das Sekretariat erhielt eine Anzeige eines Verbands, gemäss welcher die Automobilimporteure die **CO₂-Sanktionen** möglicherweise in kartellrechtlich unzulässiger Weise auf die Händler überwälzen würden. Das Sekretariat klärte den Sachverhalt im Rahmen einer Marktbeobachtung ab und kam zum Ergebnis, dass keine Anhaltspunkte für eine kartellrechtlich missbräuchliche Überwälzung der CO₂-Sanktionen auf die Händler vorlagen, weil diese die höheren Preise an die Endkundinnen und Endkunden weitergeben können, was dem Ziel der CO₂-Sanktionen entspricht.

3.4.5 Landwirtschaft

Im Bereich Landwirtschaft nahm die WEKO 2020 an zwei Vernehmlassungen teil. Das Sekretariat beteiligte sich an rund 30 Ämterkonsultationen mit Bezug zur Landwirtschaft. Mehrere Ämterkonsultationen standen im Zusammenhang mit **der COVID-19-Pandemie**. Diese führte im Inland zum einen zu einer reduzierten Nachfrage nach gewissen Lebensmitteln, so nach Schweizer AOC-Weinen, und zum anderen zu einer erhöhten Nachfrage nach gewissen anderen Lebensmitteln und damit verbunden zum Ersuchen um temporäre Erhöhung der Teilzollkontingente für Butter und andere Fettstoffe aus der Milch, für Konsumeier sowie für Speisekartoffeln. Dem Ersuchen um temporäre Erhöhung vorgenannter Teilzollkontingente stand das Sekretariat positiv gegenüber.

Im Rahmen einer Marktbeobachtung überprüfte das Sekretariat im Bereich **Forst- und Holzwirtschaft** Verhaltensweisen von Vertreterinnen und Vertretern der Waldbesitzerinnen und -besitzer und der Holzindustrie. Die Vertreterinnen und Vertreter tauschten sich in Abständen von jeweils einigen Monaten an Treffen über Preise von Holzanbieterinnen und -anbietern und Holznachfragerinnen und -nachfragern sowie Holz mengen aus. Im Anschluss an diese Treffen wurden jeweils Preisempfehlungen für die Holzanbieterinnen und -anbieter sowie -nachfragerinnen und -nachfrager sowie Empfehlungen, ob Holz geschlagen werden soll oder nicht, publiziert. Das Sekretariat stufte diese Verhaltensweisen als kartellrechtlich möglicherweise problematisch ein und empfahl den Vertreterinnen und Vertretern der Waldbesitzerinnen und -besitzer und der Holzindustrie – mit Verweis auf die Praxis der Wettbewerbsbehörden betreffend die Herausgabe von Honoraren, Tarifen und Preisen und entsprechenden Empfehlungen durch Wirtschaftsverbände und Branchenorganisationen – ihre Verhaltensweisen kartellrechtskonform anzupassen. Diese stellten daraufhin das kartellrechtlich möglicherweise problematische Verhalten ein.

3.5 Binnenmarkt

Das Bundesgesetz über den Binnenmarkt gewährleistet die **freie Ausübung von Erwerbstätigkeiten** in der ganzen Schweiz. Sichergestellt wird dies durch das Recht auf Marktzugang nach den Bestimmungen des Herkunftsorts, die öffentliche Ausschreibung von Konzessionen und die Wahrung von rechtlichen Mindestvorgaben bei kantonalen und kommunalen Beschaffungen.

Der **freie Marktzugang** gestützt auf das Binnenmarktgesetz beinhaltet als Grundsatz das Recht, Waren und Arbeitsleistungen auf dem gesamten Gebiet der Schweiz anzubieten, wenn die Ausübung der betreffenden Erwerbstätigkeit am **Herkunftsort** zulässig ist. Mehrere private Organisationen der spitalexternen Pflege (Spitex) bekundeten in verschiedenen Kantonen Mühe, basierend auf den Vorgaben des Binnenmarktgesetzes die erforderlichen Bewilligungen und damit einen Marktzugang zu erhalten. Manche Kantone verlangen auch für ausserkantonale Anbieterinnen die gleichen Nachweise, wie sie für eine Erstbewilligung notwendig wären, beispielsweise durch Einforderung umfangreicher Dokumentationen. Nach Interventionen des Sekretariats bei den kantonalen Gesundheitsbehörden gestalten die betroffenen Gesundheitsämter der Kantone ihre Anforderungen in der Regel binnenmarktrechtskonform aus. Die WEKO erhob in einem Fall, der eine Hebamme betraf, Beschwerde gegen die kantonal eingeforderte Einreichung eines Strafregisterauszugs. Die Beschwerde wurde auf kantonomer Ebene abgewiesen.

Das Binnenmarktgesetz sieht bei Beschränkungen des Marktzugangs ein einfaches, rasches und **kostenloses Verfahren** vor. Eine behördliche Überprüfung der Marktzugangsrechte hat damit ohne Auferlegung von Kosten zu erfolgen. Die Behörden halten diese Kostenlosigkeit mehrheitlich ein. In einem ein Sicherheitsdienstleistungsunternehmen betreffenden Fall aus der Westschweiz wurden hingegen für eine Verlängerung einer Bewilligung Gebühren durch die kantonale Vollzugsbehörde auferlegt, obwohl sich die Betroffenen auf bestehende Bewilligungen in anderen Herkunftskantonen sowie auf die Kostenlosigkeit gemäss BGBM beriefen. Die WEKO erhob auch in diesem Fall Beschwerde gegen eine vermutlich binnenmarktrechtswidrige Kostenauflegung. Die Beschwerde ist vor den kantonalen Instanzen hängig.

Im Rahmen einer Marktbeobachtung analysierte das Sekretariat die Taxireglementierungen in der Deutschschweiz aus binnenmarktrechtlicher Sicht. Dazu erfolgten Befragungen von 13 Städten und Kantonen. Das **Taxiwesen** zeichnet sich durch unterschiedliche Reglementierungen aus, was kommunal oder kantonal übergreifende Dienstleistungserbringungen erschweren kann. Im Fokus der Marktbeobachtung standen einerseits die regulatorische Erfassung von applikationsbasierten Taxibestellungen und -fahrten. Andererseits galt es zu prüfen, ob die seit der Rechtsprechung des BGer vom 1. September 2017 bestehende Verpflichtung eingehalten wird, für die Vergabe von Taxibewilligungen eine transparente und nichtdiskriminierende Ausschreibung vorzusehen. Erste Ergebnisse zeigten auf, dass die binnenmarktrechtlichen Vorgaben tendenziell gut eingehalten werden. Im Taxiwesen bestanden zudem in einzelnen Städten der Romandie und des Tessins Kontakte zu den gewerbepolizeilichen Bewilligungsbehörden, um die Bewilligungspraxis binnenmarktrechtskonform auszugestalten.

Das Binnenmarktgesetz enthält auch **Mindeststandards** für kantonale und kommunale **öffentliche Beschaffungen**. Diese Mindeststandards umfassen unter anderem ein Diskriminierungsverbot. Weiter sieht Art. 2 Abs. 7 BGBM betreffend die Übertragung der Nutzung kantonomer und kommunaler **Monopole** auf Private vor, dass diese auf dem Weg der öffentlichen Ausschreibung erfolgen. Viele der im Jahr 2020 behandelten Fälle wiesen Bezüge sowohl zum Beschaffungsrecht als auch zu Art. 2 Abs. 7 BGBM auf. Dies lässt sich einerseits durch die bundesgerichtliche Rechtsprechung erklären, welche insbesondere konzessionsähnliche Gegebenheiten dem öffentlichen Beschaffungsrecht unterstellte, wie zum Beispiel in den Urteilen zum öffentlichen Veloverleih. Andererseits werden inskünftig Konzessionen, die im öffentlichen Interesse wahrgenommen werden, dem revidierten öffentlichen Beschaffungsrecht unterstellt sein. Solche Fragen der Unterstellung treten auch im **Rettungswesen** auf. Das BGer

entschied am 21. August 2020, dass die Zuteilung des Helikopterrettungsdiensts durch den Kanton Wallis mittels einer öffentlichen Ausschreibung durchzuführen sei. Die WEKO hatte in diesem Fall auf Einladung des BGer eine Stellungnahme eingereicht, welcher das BGer im Ergebnis gefolgt ist. Das Sekretariat führte in diesem Bereich zudem in zwei Kantonen auf Anzeige eines Garagenbetreibers hin Marktbeobachtungen zum **Abschleppwesen auf Strassen** durch. Die jeweilige Kantonspolizei stellt für die Zuteilung von Abschleppaufträgen auf Verbandsstrukturen ab, die keinen diskriminierungsfreien Marktzugang gewährleisten. Die rechtliche Analyse des Sekretariats führte zum Schluss, dass dies nicht binnenmarktrechtskonform ist. Die beiden betroffenen Kantone entschieden deshalb, für das Abschleppwesen inskünftig eine öffentliche Ausschreibung durchzuführen.

Die WEKO reichte in einem Beschwerdeverfahren vor BGer eine Stellungnahme zur Frage ein, nach welchen rechtlichen Vorgaben die Übertragung des Betriebs eines **Stromverteilnetzes** zu erfolgen hat (RPW 2020/2, S. 861). Eine solche Übertragung könnte dem öffentlichen Beschaffungsrecht unterstehen, von Art. 2 Abs. 7 BGBM erfasst oder stromversorgungsrechtlich geregelt sein. Aufgrund des Ausgangs des Verfahrens musste das BGer in seinem Urteil vom 17. August 2020 diese Fragen nicht abschliessend klären.

Das Sekretariat ist zudem als Beobachter in der **Beschaffungskonferenz des Bundes (BKB)** vertreten. Die BKB ist das Strategieorgan der Bundesverwaltung für die Bereiche Güter- und Dienstleistungsbeschaffung. Die BKB begleitet und unterstützt die Weiterentwicklung des Beschaffungsrechts des Bundes sowie die Harmonisierung des Beschaffungsrechts auf nationaler Ebene. Im Hinblick auf das Inkrafttreten des revidierten Beschaffungsrechts waren wichtige Grundlagendokumente des Beschaffungswesens (Richtlinien, Weisungen, Empfehlungen) zu überarbeiten. Das Sekretariat setzte sich dabei aktiv für binnenmarkt- und kartellrechtskonforme sowie wettbewerbsfreundliche Formulierungen dieser Dokumente ein.

3.6 Ermittlungen

Im Jahr 2020 wurden drei Hausdurchsuchungsaktionen durchgeführt. Die erste erfolgte im Januar des Berichtsjahres und betraf eine Abrede in der IT-Branche (optische Netzwerke; vgl. Abschnitt 3.1.1). Diese Hausdurchsuchung legte den Grundstein für eine sehr rasche Untersuchungserledigung innerhalb eines Jahres. Die zweite wurde nach der ersten COVID-Welle im Juni durchgeführt, im Rahmen der Untersuchung allfälliger Submissionsabreden im Baubereich in der Region Moesa (vgl. Abschnitt 3.1.1). Folglich wurde diese Aktion unter erschwerten COVID-19-Bedingungen durchgeführt. Um die Gesundheit der Betroffenen sowie der eigenen Mitarbeitenden zu schützen, erarbeitete das Sekretariat ein Schutzkonzept für die Durchführung seiner Ermittlungsmassnahmen, welches namentlich das Tragen von Masken oder die Verwendung von Plexiglasscheiben bei der Durchführung von Einvernahmen beinhaltet. Die Rechtmässigkeit der Hausdurchsuchungen in der Region Moesa wurde durch das Bundesstrafgericht (BStGer) im Rahmen eines Entsiegelungsverfahrens bestätigt. Die dritte Hausdurchsuchungsaktion folgte schliesslich im September gegen ein mögliches Kartell von Handelsunternehmen (vgl. Abschnitt 3.4.2), ebenfalls unter Beachtung von COVID-19-Schutzmassnahmen. Eines der betroffenen Unternehmen liess einen Teil der sichergestellten Unterlagen versiegeln. Diesbezüglich ist beim BStGer ein Entsiegelungsverfahren hängig. In Zusammenhang mit den nicht versiegelten Unterlagen reichte das Unternehmen beim BVGer eine Beschwerde gegen die Hausdurchsuchung ein.

In Bezug auf die offene Frage, welche ehemaligen und aktuellen Mitarbeitenden und Organe eines Unternehmens sich auf den Grundsatz von *nemo tenetur* berufen können, präzisierte das BVGer im März seine Rechtsprechung und hielt fest, dass aktuelle Mitarbeitende als Zeugen einvernommen werden können. Die Frage der besonderen Zeugnisverweigerungsrechte für ehemalige Organe ist vor BGer hängig (vgl. Abschnitt 3.2.1).

Schliesslich wurde gegen Ende des Berichtsjahres eine neue Software zur Durchführung von Vorträgen und Datenanalysen im forensischen Labor des Sekretariates implementiert (Nuix

Investigate). Alle Mitarbeitenden des Sekretariates wurden virtuell über die Datentriagen und die Eigenschaften der neuen Software informiert. Eine kleinere Gruppe von zehn Mitarbeitenden wurde im Rahmen eines eintägigen Kurses in Bezug auf den Einsatz der neuen Software geschult.

3.7 Internationales

EU: Das Sekretariat der WEKO stand regelmässig mit der Generaldirektion (GD) Wettbewerb der EU-Kommission im Austausch. Bei parallel in der Schweiz und in der EU gemeldeten Zusammenschlüssen fand der Austausch zwischen den beiden Wettbewerbsbehörden namentlich im Rahmen der vorläufigen Prüfung der wettbewerbsrechtlichen Auswirkungen statt. In Verfahren zur Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen und in Marktbeobachtungen kontaktierte das Sekretariat die GD Wettbewerb, um auf abstrakter Ebene wettbewerbsrechtliche Fragen zu diskutieren, wie dies im Sinne von Art. 7 Abs. 2 des wettbewerbsrechtlichen Kooperationsabkommens zwischen der Schweiz und der EU vorgesehen ist. So fragte das Sekretariat die GD Wettbewerb bspw. an, wie sie bestimmte Fragen im Bereich des Kraftfahrzeug- und des Lebensmittelhandels beurteilt. Zudem informierte sich das Sekretariat im Hinblick auf die zu revidierende Vertikal- und Automobilbekanntmachung bei der GD über den Stand ihrer Revisionsprojekte in diesen Bereichen. Die Kolleginnen und Kollegen der GD ihrerseits kamen im Zusammenhang mit der Überarbeitung ihrer Bekanntmachung zur Marktabgrenzung mit konkreten Fragen zur Praxis der WEKO auf das Sekretariat zu.

Deutschland: Im Berichtsjahr wurden die Gespräche im Hinblick auf Verhandlungen über ein bilaterales Abkommen mit Deutschland über eine Zusammenarbeit im Wettbewerbsbereich weitergeführt.

OECD: Dieses Jahr fanden die Treffen der OECD virtuell statt. Die virtuellen Veranstaltungen waren für das Sekretariat von Vorteil, weil sie es ermöglichten, dass verschiedene sachkundige Mitarbeitende daran teilnehmen und zeitliche Ressourcen eingespart werden konnten. An den virtuellen Veranstaltungen im Juni und im Dezember 2020 wurden insbesondere folgende Themen diskutiert: «Die Rolle der Wettbewerbspolitik bei der Förderung der wirtschaftlichen Erholung», «Digitale Werbemärkte», «Nachhaltigkeit und Wettbewerb», «Kriminalisierung von Kartellen und Submissionsabreden» sowie «Wettbewerb im öffentlichen Beschaffungswesen». Zum letzten Thema leistete das Sekretariat einen virtuellen Beitrag. In Bezug auf Unternehmenszusammenschlüsse wurden «Start-Ups, Killer-Akquisitionen und Schwellenwerte für die Fusionskontrolle» sowie «konglomerate Auswirkungen» diskutiert. Daneben organisierte die OECD mehrere Webinare und gab einen Leitfaden heraus, um die Wettbewerbsbehörden in den durch die COVID-19 geprägten Zeiten zu unterstützen. An den Webinaren, an denen das Sekretariat teilnahm, wurden z.B. «Legitime Zusammenarbeit von Konkurrenten», «Angebotsabsprachen im öffentlichen Beschaffungswesen» und «Missbräuchliche Praktiken – Preissmissbrauch» diskutiert.

ICN: Das Sekretariat überarbeitete im Jahr 2020 die Form und den Inhalt der Zusammenarbeit mit den «Non-Governmental Advisors (NGA)», welche neu für drei Jahre gewählt werden. Die fünf im Jahr 2020 gewählten NGA stammen aus Anwaltschaft und Lehre. Anlässlich eines virtuellen Treffens besprachen die Behörden und NGA ihre künftige Zusammenarbeit und Strategie. Ferner überarbeitete die für das ICN zuständige behördeninterne Arbeitsgruppe ihre Organisation und Zielsetzungen. Unter anderem leiten die Gruppenmitglieder Informationen aus ICN-Webinars und Merkblättern gezielter an die jeweiligen Interessengruppen weiter. Ferner wählten sie diejenigen «ICN-Training-on-demand»-Angebote aus, welche künftig für die interne Mitarbeiterausbildung genutzt werden können. Aufgrund der Pandemie fand anstelle der für den Frühling geplanten ICN-Jahreskonferenz in Los Angeles vom 14. bis 17. September täglich eine «Virtual Conference» statt. Sowohl Behördenvertreterinnen und -vertreter als auch die Schweizer NGA nahmen an ausgewählten Veranstaltungsblocken teil. Die Sekretariatsmitarbeitenden der ICN-Gruppen «Advocacy», «Cartel», «Merger» und «Unilateral

Conduct» beteiligten sich weiter an diversen Telefonkonferenzen zu Themen, welche schliesslich ihren Niederschlag in verschiedenen Merkblättern der ICN fanden oder noch finden werden. Im Berichtsjahr stand die Erstellung und die Publikation eines Berichts der «Unilateral Conduct Working Group» zum Thema «Dominance/Substantial Market Power In Digital Markets» im Vordergrund. Die Arbeitsgruppe befragte zu diesem Zweck Wettbewerbsbehörden und NGAs.

UNCTAD: Im Oktober 2020 wurde die 8. Review Konferenz der Vereinten Nationen über Wettbewerb und Konsumentenschutz sowohl virtuell als auch vor Ort in Genf durchgeführt. Im Rahmen der alle fünf Jahre stattfindenden Review Konferenz wurden die «Guiding Policies and Procedures under Section F of the UN Set on Competition» angenommen, an deren Ausarbeitung die Wettbewerbsbehörden zusammen mit dem Staatsekretariat für Wirtschaft (SECO) mitgewirkt haben. Weiter wurde entschieden eine neue Arbeitsgruppe zu grenzüberschreitenden Kartellen (Cross-Border Cartels) einzusetzen. Mit diesen Anstrengungen sollen die internationale Kooperationen im Bereich Wettbewerb weiter vertieft und die Koordination zwischen Wettbewerbsbehörden vereinfacht werden. Die Wettbewerbsbehörden beteiligten sich an den Veranstaltungen der UNCTAD zu den aktuellen Themen «Leaving No One Behind in the Post COVID-19 World», «Combatting Cross-Border Cartels» und «Competitive Neutrality».

3.8 Gesetzgebung

Der aktuelle Stand der nach dem Scheitern der geplanten KG-Revision im September 2014 eingereichten, noch hängigen **parlamentarischen Vorstösse** mit Bezug zum Kartellgesetz präsentiert sich wie folgt:

- Die **Motion Bischof** vom 30. September 2016 «Verbot von Knebelverträgen der Online-Buchungsplattformen gegen die Hotellerie» (16.3902) ist von beiden Räten angenommen worden. Das Anliegen der Motion soll durch eine Änderung des Bundesgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) erfüllt werden. Die entsprechende Vernehmlassung wurde im November 2020 eröffnet.
- Von der **Motion Fournier** vom 15. Dezember 2016 «Verbesserung der Situation der KMU in Wettbewerbsverfahren» (16.4094), welche Fristen für kartellrechtliche Verwaltungsverfahren, Parteienentschädigungen auch für erstinstanzliche Verwaltungsverfahren, mildere Sanktionen für KMU und die Publikation von Entscheiden erst bei Rechtskraft fordert, hat der Nationalrat nach der Annahme im Ständerat die beiden erstgenannten Punkte angenommen und die beiden anderen abgelehnt. Das WBF ist an der Ausarbeitung einer Vernehmlassungsvorlage.
- Die **Motion Pfister** vom 27. September 2018 «Effektiver Vollzug des Kartellgesetzes beim Kraftfahrzeughandel» (18.3898) verlangt vom Bundesrat eine Verordnung zum Schutz von Konsumenten und KMU vor wettbewerbsverzerrenden Praktiken im KFZ-Handel. Nach der Annahme durch den Nationalrat im September 2020 befindet sich die Motion nun im Ständerat.
- Die **Motion Nantermod** vom 12. Dezember 2018 «Effiziente und faire wettbewerbsrechtliche Verfahren» (18.4183), welche eine Anpassung der Verfahrensregeln über die Akteneinsicht und die Gebührenpflicht in der Vorabklärung fordert, ist in den Räten noch nicht behandelt worden.
- Die **Motion Français** vom 13. Dezember 2018 «Kartellgesetzrevision muss sowohl qualitative als auch quantitative Kriterien berücksichtigen, um die Unzulässigkeit einer Wettbewerbsabrede zu beurteilen» (18.4282), welche eine Anpassung von Art. 5 KG verlangt, wurde im Dezember 2020 vom Ständerat angenommen und befindet sich nun im Nationalrat.

- Die **Motion Bauer** vom 14. Dezember 2018 «Untersuchungen der WEKO: die Unschuldsumutung muss Vorrang haben» (18.4304) verlangt eine Streichung von Art. 28 KG, welcher die Publikation der Untersuchungseröffnung mit Namensnennung vorsieht. Sie wurde in den Räten noch nicht behandelt.
- Das **Postulat Molina** vom 9. Mai 2019 «Stärkung der Fusionskontrollen bei ausländischen Direktinvestitionen» (19.3491) ist in den Räten noch nicht behandelt worden.

Am 29. Mai 2019 hat der Bundesrat die Botschaft zur Volksinitiative «Stop der Hochpreisinsel – für faire Preise (**Fair-Preis-Initiative**)» und zum indirekten Gegenvorschlag (Änderung des Kartellgesetzes) verabschiedet (19.037; BBI 2019 4877). Die Volksinitiative hat das Parlament zwar abgelehnt. Hingegen hat es den **indirekten Gegenvorschlag** des Bundesrats, welcher die ausdrückliche Einführung des Konzepts der relativen Marktmacht vorsieht, angenommen, und hat darüber hinaus die Forderungen der Initiative weitgehend übernommen. In der Schlussabstimmung vom 19. März 2021 haben der Ständerat und Nationalrat alle Differenzen bereinigt.

Schliesslich plant der Bundesrat eine Teilrevision des Kartellgesetzes: Die Hauptpunkte sind die Modernisierung der Fusionskontrolle, die Stärkung des Kartellzivilrechts sowie die Verbesserung des Widerspruchsverfahrens. Zudem werden zwei Forderungen der erwähnten Motion Fournier in die Revisionsarbeiten miteinbezogen, nämlich die Ordnungsfristen und die Parteienentschädigung für die Verfahren vor der WEKO.

Die Federführung für die Erarbeitung der Revisionsvorlagen seitens der Verwaltung liegt beim SECO. Das Sekretariat der WEKO ist an den Arbeiten beteiligt.

4 Organisation und Statistik

4.1 WEKO, Sekretariat und Statistik

Die **WEKO** führte 2020 13 ganz- oder halbtägige Plenarsitzungen durch (fünf davon online). Anlässlich dieser Sitzungen trifft sie die Entscheidungen nach Kartellgesetz sowie in Anwendung des Binnenmarktgesetzes. Diese sind der nachstehenden Statistik zu entnehmen (vgl. Abschnitt 4.2).

4.2 Statistik

Ende 2020 beschäftigt das **Sekretariat** 75 (Vorjahr 74) Mitarbeitende, wobei der Anteil Frauen 45,3 (Vorjahr 41,9) Prozent beträgt. Die 75 Mitarbeitenden arbeiten teil- oder vollzeitlich und besetzen insgesamt 64,1 (Vorjahr 64,2) Vollzeitstellen. Die Anzahl Mitarbeitende, welche für die Anwendung des Kartell- und Binnenmarktgesetzes besorgt sind (inkl. Geschäftsleitung) beträgt 56 (Vorjahr 57), was 49,8 Vollzeitstellen (Vorjahr 51,6) entspricht. 19 (Vorjahr 17) Mitarbeitende sind im Dienst Ressourcen tätig und unterstützen sämtliche Arbeiten des Hauses; dies entspricht 14,3 (Vorjahr 12,6) Vollzeitstellen. Das Sekretariat bietet zudem vier (Vorjahr fünf) Praktikantenplätze an. Diese vier Praktikantinnen und Praktikanten arbeiten vollzeitlich.

Die Statistik über die Arbeiten der WEKO und ihres Sekretariates bildet sich für das Jahr 2020 wie folgt ab:

	2020	2019	2018
Untersuchungen			
Während des Jahres geführt	20	19	24
davon Übernahmen vom Vorjahr	13	16	18
davon Eröffnungen	7	3	6
davon neue Untersuchungen aus einer aufgeteilten Untersuchung	0	2	0
Endentscheide	6	11	4
davon einvernehmliche Regelungen	4	9	2
davon behördliche Anordnungen	1	2	2
davon Sanktionen nach Art. 49a Abs. 1 KG	4	10	4
davon Teilverfügungen	2	5	0
Verfahrensleitende Verfügungen	2	2	0
Andere Verfügungen (Publikation, Kosten, Einsicht, etc.)	1	6	2
Vorsorgliche Massnahmen	1	1	0
Sanktionsverfahren nach Art. 50 ff. KG	1	0	0
Vorabklärungen			
Während des Jahres geführt	14	14	15
davon Übernahmen vom Vorjahr	13	8	10
davon Eröffnungen	1	6	5
Abschlüsse	8	4	7
davon mit Untersuchungseröffnung	1	1	2
davon mit Anpassung des Verhaltens	4	3	3
davon ohne Folgen	3	0	2
Andere Tätigkeiten			
Bearbeitete Meldungen gemäss Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG	1	2	2
Erfolgte Beratungen	24	28	21
Abgeschlossene Marktbeobachtungen	80	63	72
BGÖ-Gesuche	18	7	20
Sonstige erledigte Anfragen	565	488	581
Zusammenschlüsse			
Meldungen	35	40	34
Kein Einwand nach Vorprüfung	34	37	27
Prüfungen	1	3	3
Entscheide der WEKO nach Prüfung	1	2	3
Untersagung	0	0	0
Zulassung mit Bedingungen/Auflagen	0	0	0
Zulassung ohne Vorbehalte	1	2	3
Vorzeitiger Vollzug	0	0	0
Beschwerdeverfahren			
Beschwerdeverfahren total vor BVGer und BGer	42	46	37
Urteile BVGer	9	4	7
davon Erfolg der Wettbewerbsbehörde	6	1	5
davon teilweiser Erfolg	2	2	1
davon kein Erfolg	1	1	1
Urteile BGer	7	6	1
davon Erfolg der Wettbewerbsbehörde	6	5	0
davon teilweiser Erfolg	1	0	1
davon kein Erfolg	0	1	0
Hängig Ende Jahr (vor BVGer und BGer)	29	36	33

Gutachten, Empfehlungen und Stellungnahmen etc.			
Gutachten (Art. 15 KG)	0	0	0
Empfehlungen (Art. 45 KG)	0	0	0
Gutachten (Art. 47 KG, 5 Abs. 4 PüG oder 11a FMG)	0	2	0
Nachkontrollen	0	1	0
Bekanntmachungen (Art. 6 KG)	0	1	0
Stellungnahmen (Art. 46 Abs. 1 KG)	327	120	152
Vernehmlassungen (Art. 46 Abs. 2 KG)	12	17	8
Beihilfeprüfungen	2	-	-
BGBM			
Empfehlungen / Untersuchungen (Art. 8 BGBM)	0	3	0
Gutachten (Art. 10 BGBM)	1	2	3
Beratungen (Sekretariat)	63	93	94
Beschwerden (Art. 9 Abs. 2 ^{bis} BGBM)	2	0	0

Aus der Statistik für das Jahr 2020 und dem Vergleich mit den Zahlen aus den Jahren 2019 und 2018 ergeben sich folgende wesentliche Erkenntnisse:

- Untersuchungen: Die Wettbewerbsbehörden führten 2020 in etwa gleich viele Untersuchungen wie in den beiden Vorjahren. 2020 schloss die WEKO leicht unterdurchschnittlich viele Verfahren vollumfänglich ab (zwei der sechs Entscheide sind Teilverfügungen der entsprechenden Kammer), eröffnete aber entsprechend den dadurch freiwerdenden Ressourcen mehr als durchschnittlich.
- Vorabklärungen und Marktbeobachtungen: Das Sekretariat führte 2020 in etwa gleich viele Vorabklärungen wie in den vergangenen Jahren. Gleiches gilt für die Anzahl Abschlüsse. Jedoch eröffnete das Sekretariat dieses Jahr lediglich eine neue Vorabklärung. Die Anzahl Marktbeobachtungen, die in der Regel durch Anzeigen und Meldungen ausgelöst werden, war 2020 überdurchschnittlich hoch.
- Zusammenschlüsse: Die Anzahl geprüfte Zusammenschlüsse bewegt sich im üblichen Rahmen.
- Beschwerdeverfahren: Die Anzahl vor BVGer und BGer hängiger Verfahren ist zwar weiterhin relativ hoch, aber leicht gesunken. Aus Sicht der WEKO ist erfreulich, dass sie in den meisten Fällen ganz oder zumindest teilweise obsiegt.
- Gutachten, Empfehlungen und Stellungnahmen: Abgesehen von zwei Gutachten für die Preisüberwachung im Jahre 2019 hat die WEKO die letzten drei Jahre keine Empfehlungen erlassen und keine Gutachten verfasst. Dafür wurde das Sekretariat in deutlich mehr Ämterkonsultationen zur Stellungnahme eingeladen. Die Ursache für den Anstieg an Ämterkonsultationen liegt v.a. in den zahlreichen politischen Vorstössen und Anfragen sowie Geschäften im Zusammenhang mit COVID-19. Die Anzahl Stellungnahmen der WEKO in Vernehmlassungsverfahren ist relativ konstant geblieben.
- BGBM: Die Anzahl der im Bereich des Binnenmarktgesetzes behandelten Fragen bewegt sich in einem ähnlichen Bereich wie die letzten Jahre. Einzig die Anzahl Beratungen ist rund ein Drittel tiefer als 2018 und 2019.

5 Spezialthema: 25 Jahre KG

5.1 Die Modernisierung des schweizerischen Kartellrechts

5.1.1 Kartellistische Schweiz und Folgen des EWR-Nein

Bis Ende der 80er-Jahre genoss die Bekämpfung von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen in der Schweiz einen tiefen Stellenwert. Das Kartellgesetz von 1985 verfolgte wie das Kartellgesetz von 1962 einen Ansatz, der primär den Schutz des einzelnen Unternehmens anstrebte, stellte diesem aber immerhin den Funktionsschutz, d.h. den Schutz des wirksamen Wettbewerbs, gleich. Die Instrumente des Kartellgesetzes im Kampf gegen Kartelle waren jedoch mangelhaft. Die Kartellkommission hatte im Rahmen der Saldomethode Interessen am Schutz des Wettbewerbs gegen andere öffentliche Interessen abzuwägen, es gab keine klaren Verhaltensanweisungen an die Unternehmen und das Gesetz war nur gegen Kartelle gerichtet. Des Weiteren war die Durchsetzung wegen des unterdotierten Sekretariats ungenügend, die Kommission konnte keine Verfügungen, sondern lediglich Empfehlungen aussprechen, und das Verfahren war mangelhaft.

In jener Zeit herrschte eine Rezession, die Inflationsraten waren hoch, und es machte sich eine gewisse wirtschaftliche Lethargie breit. Die Hoffnungen der Wirtschaft zur Besserung beruhten auf dem damals angestrebten Beitritt der Schweiz zum Europäischen Wirtschaftsraum (EWR). Auch aus wettbewerbsrechtlicher Sicht wäre dies ein Befreiungsschlag aus dem mangelhaften KG von 1985 gewesen. Mit einem Beitritt zum EWR hätte die Schweiz die damals in der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft EWG (heute europäische Union EU) herrschenden strengen Wettbewerbsregeln (Kartellverbot, Missbrauchsverbot für marktbeherrschende Unternehmen, Zusammenschlusskontrolle) sowie die damit einhergehende Rechtsprechung übernommen.

Es kam bekanntlich anders. Das Schweizer Volk lehnte am 6. Dezember 1992 den EWR-Beitritt knapp ab. Dieses einschneidende Ereignis bildete den Auslöser für eine neue und moderne, auf ökonomischen Erkenntnissen basierende Wettbewerbspolitik. Denn nur wenige Tage später verkündete der Bundesrat sein Programm der «marktwirtschaftlichen Erneuerung». Dieses sollte die fehlenden wettbewerbspolitischen Impulse, welche der Bundesrat mit dem Beitritt zum EWR verband, kompensieren. Neben der Revision des Kartellgesetzes wurden das Binnenmarktgesetz (BGBM), das Gesetz gegen technische Handelshemmnisse (THG) sowie das Gesetz über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB) erarbeitet. Zudem trat die Schweiz 1994 der Welthandelsorganisation (WTO) bei. Diese Schritte und Instrumente führten zu Marktöffnungen in bisher geschützten Wirtschaftsbereichen und zur zwingenden Beachtung von Wettbewerbsprinzipien.

5.1.2 Revision von 1995

Die nach der bundesrätlichen Ankündigung aufgegleiste Revision des Kartellgesetzes ging zügig voran. Nach knapp drei Jahren stimmte das Parlament der Totalrevision und damit einem Paradigmenwechsel zu. Es gestaltete das Wettbewerbsrecht nach dem bewährten ökonomisch modernen Vorbild der EU völlig neu: Die materiellen Bestimmungen befassen sich mit den drei Hauptformen von Wettbewerbsbeschränkungen (Abreden, Missbrauch von Marktmacht, Zusammenschlüsse) und geben den Unternehmen klare Verhaltensanweisungen. Im Vordergrund steht dabei der Funktionsschutz bzw. der Schutz des wirksamen Wettbewerbs. Die neu geschaffene Wettbewerbskommission kann verfügen und erhält ein personell stark ausgebauten Sekretariat zur Seite.

5.1.3 Feinschliff in der Revision 2003

Das international mehrfach und hoch gebüsste Vitaminkartell legte einen grossen Gesetzesmangel offen. Die WEKO konnte 1999 lediglich unzulässige Wettbewerbsabreden feststellen und die Verfahrenskosten auferlegen. Eine direkte Sanktionierung und Abschöpfung des Kartellgewinns waren in der Schweiz nicht möglich. Der damalige Präsident der WEKO fasste dies treffend zusammen: «Der erste Mord ist gratis».

Mehrere parlamentarische Vorstösse, ein klares Konzept des Bundesrates, ein weitgehender Konsens im Parlament führten im Juni 2003 zur ersten Revision des Kartellgesetzes. Die WEKO konnte fortan die schlimmsten Verstösse gegen das Kartellgesetz direkt sanktionieren, die Möglichkeit der Selbstanzeige (Bonusmeldung, Kronzeugenregelung) sollte die Aufdeckung von Kartellen erleichtern, und das Sekretariat erhielt die Möglichkeit, Hausdurchsuchungen durchzuführen und Beweismittel sicherzustellen. Nicht vom Bundesrat geplant war der neue Artikel 5 Absatz 4 zu vertikalen Abreden, der in den Wandelhallen des Parlaments seinen Einzug ins Kartellgesetz fand.

Diese Revision wollte mit der Schärfung der Instrumente der WEKO die abschreckende Wirkung und die Entdeckungswahrscheinlichkeit für Verstösse erhöhen. Daher kann sie als Feinschliff des bisher verfolgten Ansatzes bezeichnet werden. Sie hat damit das schweizerische Kartellrecht definitiv auf das Niveau des EU-Wettbewerbsrechts angehoben.

5.2 Ziele des Kartellgesetzes und deren praktische Umsetzung

5.2.1 Ziele des Kartellgesetzes und Ausrichtung der Behördentätigkeit

Das grundlegende Ziel des Kartellgesetzes besteht im Schutz des «freien»¹ Wettbewerbs gegen Missbrauch von Marktmacht, Abschottung und übermässige Regulierung. Das Gesetz beinhaltet folglich Regeln zu den drei zentralen Verhaltensweisen, die den Wettbewerb beschränken: Das Verbot von Wettbewerbsabreden, welche den Wettbewerb beseitigen oder erheblich beeinträchtigen und sich nicht rechtfertigen lassen, das Verbot des Missbrauchs von Marktbeherrschung sowie der Eingriff bei Zusammenschlüssen, welche zu Marktbeherrschung führen und die Beseitigung des Wettbewerbs ermöglichen. Zudem erlaubt es den Wettbewerbsbehörden (der WEKO und ihrem Sekretariat), sich gegen wettbewerbsbeschränkende staatliche Regulierungen zu äussern.

Die WEKO hat sich sehr früh dazu bekannt, dass sie **primär gegen die schädlichsten Formen von Wettbewerbsbeschränkungen vorgehen** will, nicht zuletzt auch angesichts der beschränkten personellen Ressourcen ihres Sekretariats. Sie hat sich folglich auf den Kampf gegen die drei schädlichsten **horizontalen Wettbewerbsabreden** (Preis-, Mengen- und Gebietsabreden), gegen die **zwei zentralen Vertikalabreden** (Preisbindungen und absoluter Gebietsschutz) sowie gegen den **Missbrauch von Marktbeherrschung** konzentriert. Beispiele aus dem Fundus der in diesen Bereichen ergangenen Entscheidungen und Tätigkeiten der WEKO werden unten aufgeführt (vgl. Abschnitt 5.2.2 bis 5.2.4).

Zudem nahm sich die WEKO in den ersten Jahren nach der Revision von 1995 mit viel Elan der Marktkonzentration infolge von **Zusammenschlüssen** an. Sie setzte sich zum Ziel, die Entstehung von marktbeherrschenden Stellungen durch Zusammenschlüsse (d.h. nicht infolge von Innovationen oder Markterfolgen) in der kleinen, stark konzentrierten Schweizer Wirtschaft zu unterbinden. Durch Zusammenschlüsse entstehende dominante Unternehmen schwächen oder beseitigen den Wettbewerb. Die Wettbewerbsbehörde wurde aber 2007 vom

¹ Eine Legaldefinition von Wettbewerb existiert nicht, weshalb er mit Adjektiven wie «funktionierend» oder «wirksam» ergänzt wird. Einigkeit besteht dahingehend, was Wettbewerb bewirken soll, nämlich die den Bedürfnissen von Nachfragerinnen und Nachfragern entsprechende Herstellung von Produkten bzw. Erbringung von Dienstleistungen zum bestmöglichen Preis-Leistungs-Verhältnis.

BGer gebremst, als dieses nach streng juristischer und wörtlicher Auslegung von Art. 10 Abs. 2 Bst. a KG folgerte, dass die WEKO nicht nur die Marktbeherrschung, sondern zusätzlich die dadurch geschaffene Möglichkeit der Beseitigung des Wettbewerbs nachzuweisen habe. Die ohnehin hohe Schwelle für ein Eingreifen wurde damit wesentlich höher gelegt als in der bisherigen Praxis der WEKO und deutlich höher als in anderen Ländern. Angesichts dessen beschränkte die WEKO den Ressourceneinsatz in diesem Bereich und wies immer wieder auf den Unterschied zum restriktiveren, ökonomisch sinnvolleren Test in der EU sowie auf die Reformbedürftigkeit der Zusammenschlusskontrolle hin (vgl. Abschnitt 5.3.2).

Eine wichtige Rolle spielten die Wettbewerbsbehörden im Zusammenhang mit **staatlichen Regulierungen**. Die Erfahrung hat gezeigt, dass mit einem frühzeitigen Aufzeigen von möglichen wettbewerbsbeschränkenden Konsequenzen Regulierungen beeinflusst werden können. Manchmal ist auch ein hartnäckiges Wiederholen von entsprechenden Hinweisen und Vorbehalten zielführend. Zentral dabei ist, dass die Wettbewerbsbehörde im Regulierungsprozess nicht als unliebsame Spielverderberin, sondern als glaubwürdige, verlässliche und von Interessen unabhängige Partnerin wahrgenommen wird. Diese Position haben sich die WEKO und ihr Sekretariat über die Jahre erarbeitet. Zudem haben die Wettbewerbsbehörden in Wirtschaftsbereichen, die nach und nach dem Wettbewerb geöffnet worden sind (wie z.B. Infrastrukturmärkte, Landwirtschaft), diesen Prozess mit dosierten kartellrechtlichen Eingriffen begleitet und sich für den Erhalt und den Ausbau des Wettbewerbs eingesetzt.

Interventionen einer Wettbewerbsbehörde sind teilweise schwere Eingriffe in die Autonomie von Unternehmen und es ist zentral, dass sie den grundsätzlichen **rechtsstaatlichen Garantien** genügen. Sie müssen deshalb auch von Gerichten überprüfbar sein, was in der Schweiz mit dem Bundesverwaltungsgericht und dem Bundesgericht als gerichtliche Instanzen gewährleistet ist. Auch wenn es teilweise in der materiellen Rechtsanwendung zu Korrekturen von WEKO-Entscheiden durch die Gerichte kommt und die WEKO in den Anfangsjahren Pionierarbeit leisten musste, bestätigen die Gerichte seit vielen Jahren, dass die Wettbewerbsbehörden die Verfahren rechtsstaatlich korrekt führen und die Rechte der Parteien vollumfänglich garantiert sind.

Die Globalisierung der Wirtschaft hat auch im Wettbewerbsrecht ihre Spuren hinterlassen. Wettbewerbsbeschränkungen machen an nationalen Grenzen nicht Halt und Unternehmen sprechen sich innerhalb von Kontinenten oder auch über solche hinweg ab, um den Wettbewerb zu beschränken. Die **internationale** Reaktion der Wettbewerbsbehörden war die Schaffung von neuen Gremien, um sich über Erfahrungen und Verfahren austauschen zu können, auch wenn die Behörden weiterhin ihr teilweise unterschiedliches nationales Recht anwenden. So ist 2002 das International Competition Network (ICN) geschaffen worden, dem heute über 120 Wettbewerbsbehörden angehören. Das ICN und das Competition Committee der Organisation für Entwicklung und Zusammenarbeit (OECD) sind zwei zentrale Plattformen des Informations- und Erfahrungsaustauschs geworden. Innerhalb dieser Gremien bleibt der Austausch jedoch informell, und wegen Beschränkungen aufgrund des Amtsgeheimnisses und den Verfahrensrechten der Parteien ist beispielsweise ein Austausch von Beweismitteln nicht möglich. Dafür braucht es eine ausdrückliche gesetzliche oder staatsvertragliche Grundlage. Eine solche hat die Schweiz zusammen mit der EU geschaffen, als sie 2013 ein Kooperationsabkommen abgeschlossen haben. Dieses erlaubt den Wettbewerbsbehörden der Schweiz und der EU einen umfassenden Austausch bis hin zur gegenseitigen Übermittlung von Beweismitteln in parallelen Verfahren.

Nachfolgend werden einige Highlights aus der Praxis der WEKO aufgeführt, mit denen sie die Ziele des Kartellgesetzes und damit den Willen des Gesetzgebers umgesetzt hat. Die Betrachtung hat nicht den Anspruch, die gesamte Praxis der WEKO in den letzten 25 Jahren aufzuarbeiten, sondern will anhand von Entscheiden, die in der Öffentlichkeit eine hohe Bekanntheit erreicht haben, die Schwerpunkte der Tätigkeit der Wettbewerbsbehörden aufzeigen (vgl. Abschnitte 5.2.2 bis 5.2.5). Das Verfahrensrecht hat dabei ebenfalls eine zentrale Rolle gespielt (vgl. Abschnitt 5.2.6).

5.2.2 Parallelimporte: Öffnung gegenüber ausländischen Märkten

Ein wichtiges Ziel des Kartellgesetzes ist es, den Schweizer Markt gegenüber dem umliegenden Ausland offen zu halten. Der grenzüberschreitende Wettbewerb ist ein wichtiger Beitrag zu einem funktionierenden Binnenwettbewerb in der Schweiz. Die Schweiz als relativ kleiner Binnenmarkt mit rund 8.5 Millionen Einwohnern ist in verschiedenen Wirtschaftsbereichen stark konzentriert und weist teilweise kleine Marktvolumina auf. Damit kreuzen sich in diversen Märkten nicht mehrere erfolgreiche und starke Unternehmen die Klängen. Zudem ist die Schweiz aus mehreren Gründen ein Hochpreisland, unter anderem wegen diversen Handelschranken. Dieser Situation kann mit Interventionen der Wettbewerbsbehörden nur bedingt begegnet werden. Für die Schweiz sind offene Märkte – gegenüber dem Ausland und im Inland – der beste Wettbewerb. Offene Grenzen und der freie Verkehr von Waren und Dienstleistungen kompensieren zudem den teilweise fehlenden Wettbewerbsdruck im Inland.

Die WEKO hat sich im Rahmen ihrer Möglichkeiten seit jeher mit der Behinderung von Parallel- und Direktimporten beschäftigt und so ihren Beitrag zu offenen Märkten geleistet. Die Entscheid-Trilogie GABA-BMW-NIKON hat dabei eine zentrale Rolle gespielt. Bei GABA ging es um die Behinderung von Parallelimporten der Zahnpasta «Elmex». Volkswirtschaftlich ein eher unbedeutender Fall, der aber durch das BGer den Status eines Leiturteils erhalten hat. Dieses bestätigte nicht nur den Entscheid der WEKO und des BVGer. Das höchste Schweizer Gericht hielt zudem fest, die Behinderung von Parallelimporten sei grundsätzlich und ohne Nachweis von Wirkungen erheblich (wie die übrigen Tatbestände von Art. 5 Abs. 3 und 4 KG) sowie unzulässig, sofern nicht eine Effizienzrechtfertigung gelinge. Bei BMW und NIKON ging es u.a. um sogenannte «EWR-Klauseln» in ausländischen Vertriebsverträgen, welche es den Händlern untersagten, die betreffenden Produkte an Abnehmer in der Schweiz bzw. ausserhalb des EWR zu liefern. In diesen Fällen zeigte sich auch, dass das Kartellgesetz extraterritorial anwendbar ist, wenn sich eine im Ausland verursachte Beschränkung in der Schweiz auswirkt. Bei BMW ging es um einen volkswirtschaftlich bedeutsamen Markt. Die Intervention der WEKO förderte den Parallel- und Direktimport von Autos und damit den Preisdruck auf die hiesigen Importeure und Händler.

5.2.3 Öffnung der Beschaffungsmärkte und Submissionsabreden

Klassische «harte» horizontale Wettbewerbsabreden sind klar schädlich. Sie führen unter anderem zu höheren Preisen, vermindern die Qualität und hemmen die Innovation. Preisabreden prägten die Schweiz seit jeher. Die WEKO verfolgte diese konsequent und zahlreich, sowohl in grösseren Wirtschaftsbereichen (z.B. Abreden zwischen Banken und im Beschaffungswesen), wie auch in kleineren Märkten (so etwa Abreden zwischen Fahrschulen). Die Schädlichkeit von Abreden illustrieren gerade die Abreden im Bausektor auf eindrückliche Weise:

Mit dem Beitritt der Schweiz zur WTO 1994 hat sie die Verpflichtung übernommen, die Beschaffungen der öffentlichen Hand ab bestimmten Schwellenwerten in einem transparenten von Wettbewerb geprägtem Verfahren zu vergeben. Damit wurde das Wettbewerbsprinzip in einen Bereich übertragen, der zuvor stark von Eigeninteressen der Gemeinwesen und der involvierten Personen geprägt war. So waren auf Seiten der öffentlichen Hand die Voraussetzungen gegeben, um Beschaffungen im Wettbewerb vergeben zu können – mit positiven Folgen auf den Umgang mit öffentlichen Mitteln.

Auf Seiten der Unternehmen erforderte dies die Bereitschaft, sich ebenfalls neu zu orientieren. Sie mussten sich fortan um Aufträge bewerben, die sie vorher ohne grossen Aufwand aufgrund von protektionistischen Vergaben erhalten hatten. Öffentliche Vergabeverfahren haben die Eigenschaft, dass ein Unternehmen sich im anonymen Wettbewerb behaupten muss. In diesem One-Shot-Game gewinnt das Angebot mit dem besten Preis-Leistungs-Verhältnis. Es lag daher für einzelne Unternehmen nahe, den Zweck des Beschaffungsrechts zu umgehen und Vergaben wie zu kartellistischen Zeiten nach ihrem eigenen Willen zu steuern und den «Ge-

winner» und die «Verlierer» anhand einer gemeinsamen Festlegung der Offertpreise festzulegen. Die Wettbewerbsbehörden haben seit der Revision von 1995 mehrfache Hinweise zu solchen Submissionsabreden erhalten. Nachdem sie 2007 ein umfassendes Strassenbelagskartell im Tessin aufgedeckt hatte, erklärte die WEKO 2008 die Submissionsabreden zu einem Schwerpunktthema ihrer Tätigkeit.

In den folgenden Jahren schloss sie verschiedene Untersuchungen erfolgreich ab: Elektroinstallationen Bern 2009, Strassen- und Tiefbau Kanton Aargau 2011, Strassen- und Tiefbau Kanton Zürich 2013, Tunnelreinigung 2015 sowie Strassen- und Tiefbau See-Gaster 2016. Dem grössten Komplex an Submissionsabreden begegnete sie in der im Oktober 2012 eröffneten Untersuchung im Kanton Graubünden. Während sich die ursprüngliche Untersuchung auf Hinweise auf Submissionsabreden im Unterengadin beschränkte, wurde sie nach mehreren Selbstanzeigen und weiteren Hausdurchsuchungen auf den ganzen Kanton ausgeweitet und schliesslich in zehn separate Untersuchungen aufgeteilt. In ihren zehn Entscheiden (Engadin «I-VIII» sowie Münstertal und Strassenbau Graubünden) stellte die WEKO fest, dass mehr als 1150 Hoch- und Tiefbauprojekte des Kantons, von Gemeinden und von Privaten mit einem Gesamtvolumen von mehreren hundert Millionen Franken mittels Submissionsabreden manipuliert worden waren. Die Entscheide erfuhren hohe mediale Aufmerksamkeit und zeigten dadurch einer breiten Öffentlichkeit auf, dass horizontale Preisabreden schädlich sind, preistreibend und strukturerhaltend wirken und die Nachfragerinnen und Nachfrager schädigen. Die WEKO scheut den Aufwand bei komplexen Fällen nicht und verfolgt Submissionsabreden konsequent.

Neben der Verfolgung von Submissionsabreden haben die Wettbewerbsbehörden viel in die Prävention und Sensibilisierung investiert. So hat das Sekretariat in mehreren Auflagen unter anderen die Beschaffungsstellen der Kantone und des Bundes in halb- oder ganztägigen Veranstaltungen zum Thema Submissionsabreden sensibilisiert und informiert. Beschaffungsstellen vermögen heute Hinweise und Indizien selbst zu entdecken. Zudem entwickelten die Wettbewerbsbehörden ein statistisches Instrument («Screening-Tool»), das die Aufdeckung von Abreden ermöglicht. Dieses Instrument fand im Ausland Anklang und wird von einigen Kantonen angewendet. Die verschiedenen Tätigkeiten erhöhen die abschreckende Wirkung, erschweren und verhindern Submissionsabreden.

5.2.4 Marktöffnung von Infrastrukturmärkten unter Begleitung der Wettbewerbsbehörden

Die Schweiz begann 1998 in ihren Infrastrukturmärkten Wettbewerb zuzulassen. Die staatlichen Monopole sollten sich dem Konkurrenzkampf mit neu in den Markt eintretenden Unternehmen stellen. Eine erste Welle von Marktöffnungen erfasste den Telekom-, den Post- und den Eisenbahngüterverkehrsmarkt. Beispielsweise im Telekommarkt gab es nach der Öffnung neue Anbieter, welche der bisherigen Monopolistin Swisscom die Stirn boten. Sie hingegen startete als etabliertes Unternehmen mit einer Monopol- bzw. marktbeherrschenden Stellung. Die Aufgabe der Wettbewerbsbehörden bestand insbesondere in diesem Markt darin, mögliche Missbräuche gegenüber den neu eingetretenen Unternehmen zu unterbinden, um dem Wettbewerb überhaupt eine Chance zu geben. Wie in anderen Ländern gerieten ehemalige Monopolistinnen teilweise in den Konflikt mit dem Kartellrecht. Im Telekommarkt zeugen davon zahlreiche Untersuchungen und Entscheide der WEKO (nicht alle rechtskräftig). Zentral war der Entscheid ADSL II, in dem die WEKO eine unzulässige Kosten-Preis-Schere bzw. eine preisliche Behinderung von Konkurrenten bei Breitband-Angeboten feststellte. Das BGer bestätigte den Kartellrechtsverstoss, und Swisscom wurde für das Verhalten mit CHF 186 Mio. gebüsst – die bisher höchste rechtskräftige Sanktion der WEKO.

In anderen Infrastrukturmärkten fand die Marktöffnung verzögert und unter Druck von Entscheiden der WEKO statt:

- Im Elektrizitätsmarkt untersuchte die WEKO die Weigerung der Freiburger Elektrizitätswerke (FEW), Strom von anderen Produzentinnen durch ihre Netze zu Endverbraucherinnen zu leiten. Diese Verweigerung beurteilte sie im Jahr 2000 als Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung im Netzbereich. Die Marktöffnung mittels eines Elektrizitätsmarktgesetzes (EMG) wurde vom Volk zwar im 2002 abgelehnt, aber die Bestätigung des FEW-Entscheids der WEKO durch das BGer im Juni 2003 öffnete den Strommarkt faktisch für den Wettbewerb. Der Gesetzgeber löste diese einzelfallbezogene auf Anfang 2008 durch eine regulierte Marktöffnung (Stromversorgungsgesetz) ab.
- Der Bundesrat beabsichtigte nach der regulierten Marktöffnung im Elektrizitätsmarkt auch den Gasmarkt zu öffnen. Jedoch verzögerten sich die Arbeiten am Gasmarktgesetz immer wieder. Gleichzeitig häuften sich die Klagen von Gasbezüglern, die ihren Lieferanten frei wählen wollten. Die WEKO fällte im Juni 2020 einen zentralen Entscheid im Erdgasmarkt der Zentralschweiz. Sie sanktionierte die Gasnetzbetreiber ewl und EGZ wegen der unzulässigen Verweigerung der Durchleitung von Gas. Die beiden Unternehmen waren gewillt, künftig Gas fremder Anbieter durchzuleiten und schlossen mit der Wettbewerbsbehörde eine einvernehmliche Regelung dazu ab. Damit war der Gasmarkt – gleich wie 2003 der Elektrizitätsmarkt – gestützt auf das einzelfallweise anwendbare Kartellgesetz geöffnet.

5.2.5 Digitalisierte Märkte offenhalten

Die Anfang des Jahrhunderts einsetzende und heute fast vollständige und flächendeckende Verbreitung von Internet und Breitbandanschlüssen in der Schweiz hat unter dem Stichwort «Digitalisierung» neue Märkte entstehen und andere erodieren oder verschwinden lassen. Diese Transformation der Wirtschaft führte und führt zu Chancen wie auch Risiken für den Wettbewerb und zu neuen Herausforderungen für die Wettbewerbsbehörden. In den digitalisierten Märkten führen Netzwerkeffekte, digitale Plattformen, die Datenhoheit und das Nachfrageverhalten häufig zu marktmächtigen Positionen, die in wettbewerbsrechtlicher Hinsicht ambivalent beurteilt werden. Einerseits können sie ökonomisch die effizienteste Lösung darstellen, wenn die Märkte zu natürlichen Monopolen tendieren und nur so tiefe Preise und hohe Qualität erreicht werden können. Andererseits können die marktmächtigen Unternehmen in diesen Märkten ihre Stellung zu Lasten der Konsumentinnen und Konsumenten ausnutzen und unliebsame Konkurrenten aus dem Markt drängen oder gar nicht erst eintreten lassen, um ihre Marktmacht zu schützen und auszubauen.

Die Wettbewerbsbehörden haben sich in den letzten Jahren vermehrt mit solchen Ambivalenzen digitaler Märkte befasst. Um die Grundlagen für die Beurteilung digitaler Märkte aktuell zu halten, hat das Sekretariat 2014 eine interne Arbeitsgruppe «Digitalisierung» geschaffen. Diese unterstützt die Behörde bei jeglichen Fragen und verfolgt die internationale Entwicklung und Rechtsprechung. Zudem hat die WEKO die Digitalisierung 2017 zu ihrem neuen Schwerpunktthema erklärt und sich damit dazu bekannt, dass sie diesem Bereich besondere Aufmerksamkeit schenkt.

Neben dieser organisatorischen und inhaltlichen Neuausrichtung haben die Wettbewerbsbehörden eine Reihe von Verfahren geführt, bei denen die Digitalisierung eine wichtige Rolle gespielt hat. Eine der wichtigsten Entscheide war derjenige zu den Hotelbuchungsplattformen. Diese erlangten eine zunehmend wichtigere Bedeutung. Plattformen wie Booking zwangen den Hotels einschränkende Bedingungen auf. In ihrem Entscheid von 2015 verbot die WEKO den Plattformen, die Hotels in ihrer Angebotspolitik umfassend einzuschränken. Es soll ihnen möglich sein, auf anderen Vertriebskanälen tiefere Preise oder eine grössere Anzahl Zimmer anzubieten. Ein anderes Verfahren betraf das Verhalten von Apple, TWINT als alternative digitale Bezahlösung nicht uneingeschränkt auf iPhones zuzulassen. Erst nach der Intervention des Sekretariats gab Apple den notwendigen Code frei, damit TWINT auf iPhones uneinge-

schränkt funktionierte. Ein weiteres Verfahren zu digitalen Bezahlösungen ist hängig. Es besteht der Verdacht eines Boykotts der hinter TWINT stehenden Banken, deren Kreditkarten nicht für eine Benutzung in Apple Pay freizugeben. Es ist davon auszugehen, dass die Wettbewerbsbehörden sich auch in näherer Zukunft mit neuen Fragen zur Digitalisierung auseinandersetzen.

5.2.6 Verfahrensrechtliche Herausforderungen

Gutes materielles Recht kommt nur zum Tragen, wenn es verfahrensrechtlich korrekt durchgesetzt wird. Dies war nach Inkrafttreten des Kartellgesetzes von 1995 eine grosse Herausforderung für die Wettbewerbsbehörden. Die Mitarbeitenden hatten wenig Erfahrung mit dem Verwaltungsverfahren (VwVG) und mussten die Grundsätze erst erarbeiten. Dabei sind auch Fehler passiert. In einem grundlegenden verfahrensrechtlichen Urteil von 1998 gab die damalige Rekurskommission für Wettbewerbsfragen Anweisungen hinsichtlich eines rechtsstaatlich korrekten Verfahrensablaufs.

Das Sekretariat führte daraufhin ein Prozessmanagement ein, das die Verfahrensabläufe innerhalb der Behörde vereinheitlichte, die Einhaltung der rechtsstaatlichen Grundsätze sicherstellte und eine juristische und ökonomische Qualitätskontrolle institutionalisierte. Ein vom damaligen Volkswirtschaftsdepartement in Auftrag gegebenes externes Gutachten betreffend die Verfahren der WEKO bestätigte im 2000, dass es grundlegende Mängel im Verfahren gegeben habe, dass diese aber in der Zwischenzeit eliminiert worden seien.

Mit dieser markanten Korrektur im Verfahren hat sich die Diskussion auf die materiellen Fragen konzentriert. Auch wenn von den Verfahrensparteien fast standardmässig eine pauschale «Verletzung des rechtlichen Gehörs» geltend gemacht wird, bestätigte das BVGer regelmässig die Korrektheit des Verfahrens vor der WEKO.

Eine neue Front wurde erst im Zusammenhang mit den ersten Sanktionsentscheiden eröffnet. Im Fall «Publigroupe» wurde geltend gemacht, die Verfahren vor der WEKO verletzen die Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK) und die ausgesprochene Sanktion sei deshalb aufzuheben. In wegweisenden Urteilen bestätigten das BVGer und das BGer, dass die Sanktionsverfahren der WEKO strafrechtsähnlicher Natur und die Grundsätze der EMRK anwendbar seien. In Anlehnung an Urteile des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte (EGMR) urteilten sie, dass der EMRK Genüge getan sei, wenn im Instanzenzug ein unabhängiges Gericht mit voller Kognition die Entscheide der WEKO überprüfen könne, was in der Schweiz mit dem BVGer gegeben sei. Es sei deshalb ohne Belang, wenn die WEKO mit ihren Interessenvertretern den Anforderungen an ein unabhängiges Gericht im Sinne der EMRK nicht entspreche.

Eine Erfolgsgeschichte stellen die Hausdurchsuchungen dar, welche das Sekretariat seit der Revision von 2003 durchführen kann. Sie ermöglichen den Zugriff auf Beweismittel, die sich bei den Unternehmen befinden und auf welche mit den herkömmlichen Ermittlungsmassnahmen wie Fragebogen und Einvernahmen nicht zugegriffen werden kann. Nach einer sorgfältigen Schulung des Personals fand die erste Hausdurchsuchung am 14. Februar 2006 statt. In den folgenden Jahren wurde das Instrument verbessert, die Erfahrung der Mitarbeitenden stieg kontinuierlich, und es wurden neue digitale Hilfsmittel eingesetzt. Seither hat das Sekretariat rund 40 Hausdurchsuchungen bei über 150 Unternehmen durchgeführt. Die beschlagnahmten Beweismittel haben dem Sekretariat in der Regel die Beweisführung für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung ermöglicht.

Einen Meilenstein erreichte die Schweiz in internationaler Hinsicht, als am 1. Dezember 2014 das Kooperationsabkommen mit der EU in Kraft trat. Es war das weltweit erste Abkommen, das nicht nur einen informellen, sondern unter bestimmten Umständen auch einen Austausch von Beweismitteln ohne Zustimmung der betroffenen Unternehmen ermöglicht. Das Abkommen erlaubt es den Wettbewerbsbehörden, sich zu jeglichen Fragen auszutauschen und in

parallelen Verfahren Hausdurchsuchungen zu koordinieren, mit Zustimmung des betreffenden Unternehmens Selbstanzeigen zu erörtern und in einem festgelegten Prozedere gegenseitig Beweismittel auszutauschen. Die Umsetzung des Abkommens gestaltet sich – mindestens aus Schweizer Sicht – als sehr erfolgreich, weil es zu vielfältigen Kontakten und Austausch führt, die im Kampf gegen international tätige Kartelle äusserst hilfreich sind und eine verfahrensmässige und inhaltliche Abstimmung der Verfahren ermöglicht.

5.3 Baustellen im geltenden Kartellgesetz

5.3.1 Allgemeines

In der Revision von 2003 verankerte der Gesetzgeber eine Pflicht zur Evaluierung der neuen Instrumente (Direktsanktionen, Selbstanzeige, Bonusregelung, etc.) im Kartellgesetz. Der Bundesrat kam dieser mit einer umfassenden Überprüfung der Anwendung des Kartellgesetzes und einem ausführlichen Bericht von 2009 nach. Darin skizzierte er die noch bestehenden Mängel wie die institutionelle Aufstellung der Wettbewerbsbehörde, ein fehlendes Verbot für die schädlichsten Formen von Abreden, den materiellen Test in der Zusammenschlusskontrolle, die kaum spürbare Umsetzung des Kartellzivilrechts sowie gewisse verfahrensrechtliche Aspekte.

Die gestützt darauf eingeleitete Revision des Kartellgesetzes scheiterte 2014, nachdem der Nationalrat zwei Mal Nichteintreten beschlossen hatte. Grund dafür waren im Wesentlichen stark divergierende Interessen im Parlament, mit denen sich zwar für einzelne Revisionspunkte Mehrheiten finden liessen, aber nicht für das Gesamtpaket.

Während das Verbot von harten Kartellen mit der GABA-Rechtsprechung des BGer faktisch umgesetzt ist, war die Institutionenreform umstritten. Auch künftig dürfte es schwierig sein, trotz internationaler Kritik im Parlament eine Mehrheit für eine professionalisierte und verkleinerte WEKO oder für eine Wettbewerbsbehörde im Stile des deutschen Bundeskartellamtes zu finden. Einige Punkte waren aber weitgehend unbestritten und deren Revisionsbedürftigkeit ist weiterhin gegeben. Auf diese wird nachfolgend kurz eingegangen.

5.3.2 Zusammenschlusskontrolle

Die schweizerische Zusammenschlusskontrolle mit ihrer hohen Eingriffsschwelle (Beseitigung des Wettbewerbs) steht im Kontrast zur internationalen Zusammenschlusskontrolle, insbesondere zu jener in der EU. Letztere wurde 2004 revidiert und seither genügt die «erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs» für ein Eingreifen der Wettbewerbsbehörde. Im Gegenzug ermöglicht sie die Prüfung von Effizienzen. Hier weicht das schweizerische Kartellrecht, das sonst in fast allen Bereichen nach dem Vorbild der EU ausgestaltet ist, und dessen Bestimmungen im Einklang mit der europäischen Rechtsprechung ausgelegt werden, wesentlich von der EU ab. Dies ist einer einheitlichen Beurteilung von internationalen Zusammenschlüssen abträglich. Auch für KMU ist der sehr permissive Test des Schweizer Kartellgesetz wenig förderlich, da er grossen und bereits marktmächtigen Unternehmen erlaubt, sich noch weiter zu konzentrieren, was zu Machtgefällen in den betreffenden Wirtschaftsbereichen führt.

Das SECO hat seit der gescheiterten Revision zwei Studien in Auftrag gegeben, welche die Unterschiede zwischen der schweizerischen und der europäischen Eingriffsschwelle untersuchen und prüfen, wie die europäischen Bestimmungen auf von der WEKO genehmigte Zusammenschlüsse angewendet worden wären. Für die WEKO ist die Schlussfolgerung aus diesen Studien klar. Die Übernahme des europäischen materiellen Tests würde es erlauben, der zunehmenden Konzentration der Schweizer Wirtschaft besser zu begegnen und zudem Effizienzüberlegungen, die bei Zusammenschlüssen vielfach vorgebracht werden, angemessen Rechnung tragen zu können.

5.3.3 Kartellzivilrecht

Mit der intensiven Aufdeckung von Submissionsabreden (vgl. Abschnitt 5.2.3) ist verstärkt die Frage in den Fokus gerückt, wie geschädigte Gemeinwesen und Private den Verlust, den sie durch zu hohe Preise erlitten haben, von den Kartellanten einfordern können. Das geltende Kartellgesetz sieht vor, dass Opfer von unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen auf dem Zivilrechtsweg Schadensersatz und Genugtuung sowie die Herausgabe des unrechtmässig erzielten Gewinns erlangen können. Faktisch werden derartige Klagen vor den kantonalen Zivilgerichten aber kaum eingereicht, geschweige denn sind sie erfolgreich. Denn für die Durchsetzung der kartellzivilrechtlichen Ansprüche bestehen in der Schweiz übermässig hohe Hürden (vgl. WEKO-Jahresbericht 2019).

Wegen der hohen Hürden ist das «private enforcement» in der Schweiz – im Gegensatz zum wesentlich gestärkten Rechtsrahmen in der EU – faktisch inexistent. Die Anreize zur zivilrechtlichen Klageerhebung könnten durch systemkonforme Änderungen des Kartellgesetzes deutlich vergrössert werden. Zu beachten gilt es Risiken, wie beispielsweise die Gefährdung der wichtigen Selbstanzeige (Bonusregelung) infolge des erleichterten Zugangs zu behördlichen Unterlagen. Es geht nicht darum, das Zivilkartellrecht zulasten des Kartellverwaltungsrechts zu stärken. Es geht vielmehr um eine bessere Kartellrechtsdurchsetzung insgesamt. Die Erfahrungen im europäischen Ausland zeigen, dass es möglich ist, die Attraktivität des zivilrechtlichen Wegs zu erhöhen, ohne dass es zu einer exzessiven Klagekultur kommt. Ziel einer Reform sollte sein, dass diejenigen, die von Wettbewerbsbeschränkungen betroffen werden, selber die Initiative ergreifen können und damit nicht mehr vom Aufgreifermassen der Wettbewerbsbehörde abhängig sind.

5.3.4 Revision 2021

Aus Sicht der WEKO ist es angebracht, die Baustellen im geltenden Kartellgesetz zu bearbeiten und die Lücken in einer Revision zu schliessen. Der Bundesrat hat sich ebenfalls dazu bekannt und angekündigt, dass er im ersten Semester 2021 – falls es nicht zu Verzögerungen aufgrund der COVID-Situation kommt – einen Revisionsvorschlag in Vernehmlassung geben will. Die angestrebte Revision soll die Zusammenschlusskontrolle und das Kartellzivilrecht sowie weitere anstehende untergeordnete Punkte aufgreifen. Die Erfahrung der vergangenen KG-Revisionen zeigte, dass eine beschränkte und schlanke Revision ähnlich zu jener von 2003 eher Zustimmung findet. Ein überladenes «Fuder» droht wie die Revision von 2012 zu kippen. Aus ökonomischer und rechtlicher Sicht wichtig ist, dass keine systemfremden Elemente Einzug ins Kartellgesetz finden sowie keine zentralen Gesetzespfeiler wegen des WEKO-Erfolges der letzten Jahre geschwächt werden.

5.4 Fazit und Ausblick

Das 25-jährige Kartellgesetz bildet einen wichtigen und gut funktionierenden Pfeiler der schweizerischen Wirtschaftspolitik. Die WEKO und ihr Sekretariat bekämpften Preisabreden und Marktabschottungen, öffneten Märkte und stärkten den Binnenmarkt. Die Wettbewerbsbehörden konzentrierten sich dabei auf die schädlichsten horizontalen Wettbewerbsabreden (Preis-, Mengen- und Gebietsabreden), auf die zentralen Vertikalabreden (Preisbindungen und absoluter Gebietsschutz) sowie auf den Missbrauch von Marktbeherrschung. Die ihr anvertrauten wertvollen Instrumente wie die Sanktionen, Bonusregelung (Selbstanzeigen) und Hausdurchsuchungen bewährten sich. So lassen sich die zentralen Aussagen aus dem Evaluationsbericht von 2009 auch zwölf Jahre später zu Recht zitieren:

«Die Wirkungsanalysen bestätigen [...], dass ein modernes Kartellrecht und eine aktive und unabhängige Wettbewerbsbehörde der Schweiz hohen volkswirtschaftlichen Nutzen bringen. Der durch den Gesetzgeber eingeschlagene Weg ist richtig. Das Kartellrecht muss griffig und die Wettbewerbsbehörde schlagkräftig ausgestattet sein.»

«Die neuen Instrumente des revidierten Kartellgesetzes (direkte Sanktionen, Bonusregelung, Widerspruchsverfahren, Hausdurchsuchungen) erweisen sich insgesamt gesehen als nützlich. Sie tragen zur Verhinderung bzw. Aufdeckung von Wettbewerbsbeschränkungen und zur Förderung des Wettbewerbs bei, indem sie die präventive Wirkung des Kartellgesetzes und die Kartellrechtskonformität erhöhen.»

Die schweizerische Wettbewerbspolitik und ihre Umsetzung im geltenden Kartellgesetz sind zielführend und entsprechen den internationalen Standards. Die noch zu bearbeitenden Baustellen sind erkannt und deren Bearbeitung ist in die Wege geleitet. Letztlich ist es aber die Wettbewerbsbehörde, welche die Bestimmungen in die Praxis umsetzt. Sie hat es in der Hand, mit ihren Entscheidungen wettbewerbsrechtliche Verstösse zu beheben, dadurch Rechtssicherheit zu schaffen und eine genügend hohe präventive Wirkung zu erzielen. Die WEKO ist die Garantin für eine zeitgemässe Kartellrechtsdurchsetzung.