

WEKO zahlungsabwicklung-coop-2023-02-28 vom 28. Februar 2023

WEKO, 2023-02-28, DE

Quelle: https://mcp.opencaselow.ch/entscheid/weko_zahlungsabwicklung-coop-2023-02-28

FR: WEKO zahlungsabwicklung-coop-2023-02-28 du 28 février 2023

IT: WEKO zahlungsabwicklung-coop-2023-02-28 del 28 febbraio 2023

Erwägungen

E. 23

Coop, mit Sitz in Basel, ist die Dachgesellschaft der Coop-Gruppe. Diese ist in Form einer Genossenschaft organisiert und zählt über 2,5 Mio. Genossenschaftsmitglieder. Die Coop-Gruppe ist in den Bereichen Detailhandel, Grosshandel und Produktion tätig. Im Bereich Detailhandel ist die Coop-Gruppe mittels Coop und weiteren Gesellschaften schweizweit tätig. Als Kerngeschäft betreibt die Coop-Gruppe die Coop-Supermärkte mit Produkten aus dem Food-, Near-Food- und Non-Food-Bereich (Lebensmitteldetailhandel). Die Coop-Gruppe ist mit diversen Fachformaten im Non-Food-Bereich tätig, so z.B. mit Interdiscount, Microspot und Fust im Bereich der Heimelektronik, mit Livique und Lumimart im Bereich der Einrichtung und mit Jumbo im Bereich Bau- und Heimwerkermarkt. Ferner betreibt die Coop-Gruppe Restaurants, Apotheken und Tankstellen. Im Grosshandel ist die Coop-Gruppe insbesondere mit der Transgourmet-Gruppe in der Schweiz sowie im Ausland tätig.²⁸ Im Bereich Produktion ist die Coop-Gruppe mit der Bell-Food-Gruppe (Fleisch und Convenience-Produkte) sowie den Produktionsbetrieben Bananenreiferei (Früchte), Cave (alkoholische Getränke), Chocolats Halba (Schokolade, Snacks, Back- und Kochzutaten), Coop-Bäckereien (Brote, Backwaren, Teiglinge), Pearlwater Mineralquelle (Mineralwasser, Softdrinks), Reismühle Nutrex (Reis, Essige), Steinfels Swiss (Reinigungsmittel, Körperpflege/Kosmetik) und Swissmill (Getreide) tätig. In den Produktionsbetrieben werden Coop-Eigenmarkenprodukte und Artikel für Drittkundinnen im In- und Ausland hergestellt.²⁹

B.2 Umstellung der Zahlungsabwicklung Coop

E. 24

Im Zentrum der vorliegenden Vorabklärung steht die Umstellung der Zahlungsabwicklung von Coop und die diesbezüglichen Verhandlungen (vgl. Rz 49 ff.) mit [...] ihrer Lieferantinnen. Nach Angaben aus dem Markt empfiehlt Coop ihren Lieferantinnen, prioritär auf die kostenpflichtige Zahlungsabwicklung über Markant umzustellen. Alternativ zur Zahlungsabwicklung über Markant bietet Coop eine direkte, individuelle und neu kostenpflichtige Zahlungsabwicklung über Coop an.

B.2.1 Zahlungsabwicklung über Markant

E. 25

Markant ist eine Dienstleisterin sowohl für Lieferantinnen als auch für Handelsunternehmerinnen im Gross- und Warenhandel (nachfolgend: Anschlusshäuser)³⁰. Gemäss Stellungnahme von Markant in der vorangegangenen Marktbeobachtung ist Markant in Europa in zehn europäischen Mitgliedstaaten sowie in der Schweiz und im Fürstentum Liechtenstein aktiv und hat Niederlassungen in Deutschland, Österreich, Polen, Tschechien,

Rumänien

E. 28

Vgl. auch <<https://www.coop.ch/de/unternehmen/ueber-uns.html>> (28.02.2023); RPW 2021/4, 857, Coop-Gruppe Genossenschaft/Jumbo-Markt AG; RPW 2019/3b, 1021, Transgourmet Holding AG/Emmi Frisch-Service AG; RPW 2017/3, 493, Bell Food Group AG/Hilcona AG; RPW 2015/4, 760, Coop/Swisscom; RPW 2014/2, 418, Coop/Marché; RPW 2011/2, 285, Bell/Toni Hilti Treuhand-schaft/Hilcona; RPW 2011/1, 202, Coop/Transgourmet; RPW 2008/4, 593, Coop/Carrefour; RPW 2008/3, 475, Coop/Fust; RPW 2002/3, 505, Coop/EPA.

E. 29

Vgl. <<https://www.coop.ch/de/unternehmen/ueber-uns/wer-wir-sind/produktion.html>> (28.02.2023).

E. 30

Folgende Anschlusshäuser arbeiteten Stand 1.1.2020 in der Schweiz mit Markant zusammen (auf- geführt gemäss Gruppenzugehörigkeit): Amedis-UE AG, GDI – Groupement de Dépositaires Indépen- dants SA, Cadar SA, Coop Genossenschaft, Galexis AG, Jumbo-Markt AG, Landi Schweiz AG, Lek- kerland (Schweiz) AG, Loeb AG, Manor AG, Müller Handels AG Schweiz, OBWIBA AG, Pistor AG, Saviva AG, SMYTHS TOYS EU HQ UC, Spar AG, Valora AG, Voigt AG, Volg Konsumwaren AG (vgl. Act. II.6, Beilage 5).

10

und Spanien. Im Jahr 2020 hätten ca. [...] nationale und internationale Lieferantinnen und [...] Handelsunternehmerinnen einen aktiven Vertrag mit Markant in der Schweiz gehabt.³¹ 26. Weiter führte Markant aus, dass die Kerndienstleistung von Markant in der zentralen Rechnungsabwicklung, der sog. Zentralregulierung, besteht. [...]³² [...]. Dabei übernehme Markant gegenüber den Lieferantinnen das Zahlungsausfallsrisiko. Zusätzlich erbringe Mar- kant gegenüber den Anschlusshäusern und gegenüber den Lieferantinnen verschiedene weitere Dienstleistungen.³³ 27. Anhand der Informationen der vertraglichen Vereinbarung zwischen Coop und Mar- kant sowie den Angaben der Lieferantinnen aus der Marktbefragung können die Zahlungsab- wicklung über Markant und die damit einhergehenden Geschäftsbeziehungen zwischen Coop, der von Coop beauftragten Dienstleisterin Markant und den betroffenen Lieferantinnen in Abbildung 1 schematisch dargestellt werden.

E. 31

Act. II.6, S. 1 und 3.

E. 32

Act. II.6, S. 1.

E. 33

[...].³⁹

E. 34

[...].⁴⁰

E. 35

[...].41 [...].42 [...].

E. 36

[...].43 [...].44 [...].

E. 37

[...].45

E. 38

[...].46 [...].

E. 39

[Ausführungen zu den finanziellen Auswirkungen des Markant-Systems für Coop.].47
[...].48 [...]. Abbildung 2: Direkte finanzielle Auswirkungen des Europäischen
Zentralregulierungsvertrag für Coop pro Jahr49 [...] Darstellung des Sekretariats. Quelle:
Europäischer Zentralregulierungsvertrag zwischen Coop und Markant.

E. 40

Vgl. Act. [...].

E. 41

Vgl. Act. [...].

E. 42

Vgl. Act. [...].

E. 43

Vgl. Act. [...].

E. 44

Vgl. Act. [...].

E. 45

Vgl. Act. [...].

E. 46

Vgl. Act. [...].

E. 47

Coop wird dabei als [...] behandelt (vgl. Rz 32). Basierend auf der Marktbefragung wird
angenommen, dass Coop einen [...] von [...] % gutgeschrieben erhält (vgl. Tabelle 1, Rz
66).

E. 48

[...].

E. 49

[...].

E. 50

[heute: Unilever]) und Tiernahrung (Masterfoods, Vitakraft) festgestellt. Die Angebotsseite scheint in diesen Märkten genügend konzentriert zu sein, um gegenüber den Lebensmitteldetailhändlerinnen (u.a. auch Coop) ein Gegengewicht zu bilden. - In atomistischen Märkten hat jede Lieferantin zahlreiche Konkurrentinnen. Die Produkte solcher Lieferantinnen sind homogen. Deshalb können Lieferantinnen eines Produkts ohne Schwierigkeiten substituiert werden. Im Allgemeinen sind solche Lieferantinnen nicht in der Lage, eine tatsächliche Gegenmacht zum Lebensmitteldetailhandel auszuüben. Diese Marktstruktur trifft insbesondere für die Beschaffungsmärkte Obst/Früchte sowie Gemüse/Salate zu. - In gemischten Märkten gibt es sowohl Grossunternehmen als auch kleine und mittlere Unternehmen (KMU). Auf solchen Märkten können Grossunternehmen – wie in oligopolistischen Märkten – eine Gegenmacht zur Nachfragemacht des Lebensmitteldetailhandels ausüben. KMU hingegen sind hierzu weniger in der Lage, sofern sie nicht auf einem Nischenmarkt tätig sind oder Leadermarken verkaufen. Diese Marktstruktur trifft auf die übrigen, oben nicht genannten Produktgruppen zu. 198. Die von der Umstellung der Zahlungsabwicklung bei Coop betroffenen Lieferantinnen produzieren resp. vertreiben Waren, die unterschiedlichen Produktgruppen angehören. Prioritär dürfte es sich dabei um gemischte Märkte handeln. Zwar sind Lieferantinnen, welche Produkte auf oligopolistischen Märkten (Körperpflege/Kosmetik und Tiernahrung) vertreiben, auch im von Coop eingereichten Datensatz von der Umstellung der Zahlungsabwicklung betroffenen Lieferantinnen zu finden. [Ausführungen dazu, ob grosse international tätige Unternehmen von der Umstellung auf Markant betroffen waren.]. Weiter weist bei den von der Umstellung der Zahlungsabwicklung betroffenen Lieferantinnen ein Grossteil einen starken Bezug zur Schweiz auf. So ergab die Marktbefragung, dass die befragten Lieferantinnen den Grossteil der Ware für den Schweizer Markt produzieren und nur wenig exportieren (vgl. Rz 119). 199. Gemäss Zusammenschluss Coop/Carrefour sind im Zusammenhang mit Coop zwei weitere Punkte betreffend die Marktstruktur zu beachten: 200. Erstens stellt Coop in den meisten Produktgruppen einen Teil des Sortiments in Eigenproduktion her (vgl. Rz 23). Dank dieser vertikalen Integration kann Coop beispielsweise Herstellungskosten der Produkte, welche Coop selbst produziert, besser einschätzen und so allfällige Informationsasymmetrien gegenüber den Lieferantinnen in Verhandlungen reduzieren. Zudem kann aufgrund der Eigenmarkenstrategie gegenüber Lieferantinnen glaubhafter mit der Drohung einer Produktauslistung Druck ausgeübt werden. Überdies kann Coop ihre Verhandlungsmacht gegenüber Lieferantinnen erhöhen, wenn Eigenmarken anstelle von Markenartikeln abgesetzt werden, da ein Wechsel zwischen verschiedenen Herstellerinnen eines bestimmten Eigenmarkenprodukts aus der Sicht der Konsumentinnen und Konsumenten in der Regel weniger einschneidend ist als ein Wechsel zwischen verschiedenen Markenprodukten.²⁷⁴ Die Stellung der Lieferantinnen wird dadurch geschwächt. 201. Zweitens muss berücksichtigt werden, dass für eine Lieferantin, die ein neues (Marken-)Produkt in der Schweiz flächendeckend lancieren möchte, Coop die rentabelste Möglichkeit darstellt. Bereits seit dem Zusammenschluss Coop/Waro verfügt Coop über eine so starke Stellung, so dass Coop quasi unabhängig von den Lieferantinnen entscheiden kann, ob ein Produkt in der Schweiz eingeführt werden kann oder nicht. Diese Problematik wurde in Coop/Waro ausführlich behandelt und Coop hat, um die Bedenken der WEKO zu zerstreuen,

²⁷⁴ RPW 2008/4, 655 Rz 454 ff., Coop/Carrefour.

verbindlich erklärt, ein standardisiertes Verfahren für die Prüfung der Marktchancen von Neuheiten anzuwenden.²⁷⁵ Mit dem Zusammenschluss Coop/Carrefour im Jahr 2008 verstärkte sich die Stellung von Coop gegenüber den Herstellern von Neuheiten noch weiter.²⁷⁶ Um kartellrechtlichen Bedenken entgegenzuwirken, hat Coop sich denn auch dazu verpflichtet, den Prozess zur Auslistung bzw. Einführung von Neuprodukten öffentlich zugänglich zu machen.²⁷⁷ Die bedeutende Stellung von Coop bei der Einführung von Produktneuheiten und dem Vertrieb von Markenartikeln wurde 2009 und 2013 vom Sekretariat wiederholt bestätigt.²⁷⁸ Verhandlungsmacht der Lieferantinnen

202. Der Umsatz von Coop im Jahr 2019 im Lebensmitteldetailhandel schätzt das Sekretariat auf CHF 7 Mrd.²⁷⁹ Die befragten Lieferantinnen im Lebensmitteldetailhandel, welche von der Umstellung der Zahlungsabwicklung betroffen sind, erzielten im Jahr 2019 mit Coop einen Umsatz zwischen CHF [...] und CHF [...]280, d.h. der Umsatzanteil von Coop mit den einzelnen Lieferantinnen liegt jeweils unter [...] %. Für [...] der Lieferantinnen liegt der Umsatzanteil mit Coop bei über 30 % (vgl. Abbildung 8, Rz 116). Im Rahmen der Marktbefragung wurden u.a. Lieferantinnen befragt, welche mit Coop einen Umsatz von mehr als CHF 10 Mio. erzielten (vgl. erstes Auswahlkriterium, Rz 14). Diese umsatzstarken Lieferantinnen unterschieden sich bezüglich des durchschnittlichen Anteils von Coop am Gesamtumsatz [...] von denjenigen, welche das erste Auswahlkriterium nicht erfüllten. Für beide Gruppen von Lieferantinnen scheint Coop mit über [...] % [...] Absatzkanal zu sein. Der Umsatzanteil, den Coop mit den einzelnen Lieferantinnen generiert, ist somit beträchtlich kleiner als der Umsatzanteil, den die betroffenen Lieferantinnen mit Coop erzielen.

203. Darüber hinaus wurde in der bisherigen Praxis der WEKO²⁸¹ jeweils darauf hingewiesen, dass die Umstellungskosten für eine Lieferantin, die den Absatzkanal wechseln muss, in der Regel höher sind als für eine Lebensmitteldetailhändlerin, die die Lieferantin wechseln muss. Dies gelte namentlich dann, wenn der Lebensmitteldetailhändlerin eine Auswahl alternativer Lieferantinnen mit genügend Kapazitäten zur Verfügung stehen würde. Kündigung gegen eine (grosse) Lebensmitteldetailhändlerin (z.B. Coop) den Vertrag mit einer Lieferantin, könne diese das verlorene Absatzvolumen, zumindest kurzfristig, nur schwerlich durch andere Absatzkanäle ersetzen. Dass die Lieferantinnen durchaus davon ausgehen, dass die Umstellungskosten bei einem Verlust des Coop Umsatzes hoch sind resp. eine Umstellung nur teilweise möglich ist, bestätigte die Marktbefragung (vgl. Rz 125 f.).

204. Nachfolgend wird zusätzlich die Verhandlungsmacht von Markenartikellieferantinnen und von Eigenmarkenlieferantinnen gegenüber Coop verglichen.

275 RPW 2003/3, 595 Rz 145 ff., Coop/Waro. 276 RPW 2008/4, 656 Rz 458 f., Coop/Carrefour. 277 RPW 2008/4, 661 Dispositiv, fünfte Auflage, Coop/Carrefour. 278 RPW 2010/1, 10, Jahresbericht 2009 der Wettbewerbskommission; RPW 2013/4, 509 Rz 121 ff., Nichtweitergabe von Währungsvorteilen. 279 Vgl. Geschäftsbericht der Coop-Gruppe 2019, S.76 ff., <https://report.coop.ch/app/uploads/Coop_GB19_de-2.pdf> (28.2.2023), wonach der Umsatz der Coop-Supermärkte ca. CHF 10,5 Mrd. betrug. Der Warenaufwand betrug laut konsolidierter Erfolgsrechnung ca. 2/3 vom Nettoerlös, womit eine Schätzung von CHF 7 Mrd. auf dem Beschaffungsmarkt des Lebensmitteldetailhandels resultiert. 280 Vgl. Act. I.A.6, Beilage 2b. 281 RPW 2008/1, 200 Rz 593, Migros/Denner; RPW 2008/4, 656 Rz 461, Coop/Carrefour.

205. Die Position der Markenartikellieferantinnen gegenüber Coop wird durch die Stärke der produzierten bzw. vertriebenen Produkte determiniert. Im Zusammenschluss Coop/Carrefour wurde zwischen Leadermarken, Nicht-Leadermarken und Mitnahmeprodukten unterschieden. Um die Stärke der Marken zu beurteilen, wurde auf die Reaktion der Konsumentinnen und Konsumenten auf die fehlende Verfügbarkeit der Produkte abgestellt. Die Resultate waren die folgenden: Bei der Auslistung einer Leadermarke, d.h. einer Marke mit einem grossen Bekanntheitsgrad, würden viele Konsumentinnen und Konsumenten eine Verkaufsstelle einer anderen Lebensmitteldetailhändlerin aufsuchen, anstatt auf ein Substitut auszuweichen. Die Verhandlungsposition der Herstellerinnen und Lieferantinnen von Leadermarken gegenüber jener der Lebensmitteldetailhändlerinnen sei daher in den meisten Fällen als ausgeglichen zu beurteilen. Im Falle einer Auslistung von Nicht-Leadermarken würden die meisten Konsumentinnen und Konsumenten ein anderes Markenprodukt oder eine Eigenmarke kaufen. Bei Auslistungen von Mitnahmeprodukten, d.h. Markenprodukten, welche beim Einkauf der übrigen Güter des täglichen Bedarfs «impulsartig» in den Einkaufskorb gelangen, sehen die Konsumentinnen und Konsumenten vom Kauf gänzlich ab. Bei Nicht-Leadermarken und Mitnahmeprodukten sei die Verhandlungsposition der Lieferantinnen daher als grundsätzlich schwach zu beurteilen.²⁸²

206. Im Rahmen der Marktbefragung fragte das Sekretariat die 37 Markenlieferantinnen nach einer Einschätzung ihrer Verhandlungsposition gegenüber Coop bezüglich der Umstellung der Zahlungsabwicklung. Im Fragebogen wurde präzisiert, dass die Marktposition der Lieferantin umso stärker einzuschätzen sei, wenn die Lieferantin eine wichtige Akteurin im Schweizer Markt sei, wenn sie Produkte exportieren könne und/oder wenn sie bekannte Produkte (must-in-stock, führende Marken) oder ein schwer ersetzbares Sortiment anbiete. Die überwiegende Anzahl der 37 befragten Markenartikellieferantinnen, nämlich deren [...], gab an, dass sie über [...] Verhandlungsmacht gegenüber Coop verfügen, um vermeiden zu können, dass Coop die Bedingungen für die Zahlungsabwicklung einseitig durchsetze (vgl. Rz 124).

207. Im Entscheid Coop/Carrefour hielt die WEKO betreffend Eigenmarken fest, dass die Konsumentinnen und Konsumenten einen Ersatz von Eigenmarkenlieferantinnen kaum wahrnehmen, weil dieser gegenüber den Konsumentinnen und Konsumenten nicht sichtbar in Erscheinung treten würde. Wenn sich eine Eigenmarke einmal etabliert habe, werde diese mit der Lebensmitteldetailhändlerin assoziiert und nicht mit der Lieferantin. Zudem müssten Lieferantinnen von Eigenmarken in der Regel erhebliche (spezifische) Investitionen – namentlich betreffend die Rezeptur, Produktionsanlagen und Verpackung – tätigen. Diese Investitionen seien risikoreich, weil Herstellerinnen und Lieferantinnen von Eigenmarken einfach zu ersetzen seien. Folglich befänden sich Eigenmarkenlieferantinnen in einer schwachen Verhandlungsposition gegenüber Coop. Ferner werde die Position von Eigenmarkenlieferantinnen manchmal dadurch geschwächt, dass Coop bei Verhandlungen zur Durchsetzung der gewünschten Konditionen drohen könnte, die fraglichen Produkte durch ihre eigenen Produktionsbetriebe herzustellen.²⁸³

208. Die vorliegende Marktbefragung bestätigte, dass die Lieferantinnen von Eigenmarken meist spezifische Investitionen für Eigenmarken tätigen müssen. [...] Lieferantinnen für Eigenmarken gaben an, solche getätigt zu haben. Dabei handle es sich um spezifische Investitionen in Produktentwicklungen der Eigenmarken, Anlageinvestitionen zur Herstellung von Eigenmarken, Marketinginvestitionen und Beschaffungskosten von Rohstoffen und Verpackungsmaterialien. Von diesen [...] Lieferantinnen verfügen gemäss eigenen Angaben deren [...] über langfristige Verträge mit

Coop, welche die Amortisation ihrer spezifischen Investition zumindest teilweise absichere. Weiter zeigte die Auswertung, dass lediglich drei der 28

282 RPW 2008/4, 656 f. Rz 462 ff., Coop/Carrefour. 283 RPW 2008/4, 657 Rz 470 ff., Coop/Carrefour.

53

Lieferantinnen ihre wirtschaftliche Existenz als nicht bedroht einschätzten, der Grossteil der Lieferantinnen gab unterschiedliche Grade der Bedrohung ihrer wirtschaftlichen Existenz an (vgl. Rz 130 ff.). Die Verhandlungsmacht der von der Umstellung betroffenen Lieferantinnen von Eigenmarken kann daher ebenfalls als insgesamt schwach beurteilt werden. 209. Im Allgemeinen ist die Position der Lieferantinnen gegenüber Coop aufgrund der unterschiedlichen Umsatzanteile und der unterschiedlichen Umstellungskosten der Lieferantinnen als schwächer zu beurteilen als diejenige von Coop gegenüber den Lieferantinnen. Darüber hinaus scheint die Verhandlungsposition der vorliegend betroffenen Lieferantinnen von Markenartikeln und Lieferantinnen von Eigenmarken eher schwach zu sein. Abhängigkeitsverhältnisse 210. Die Auswertung der Marktbefragung zeigte, dass [...] der Lieferantinnen Umsatzanteile mit Coop von über 30 % aufweisen, sowohl mit Blick auf den Lebensmitteldetailhandel als auch über alle möglichen Vertriebskanäle der Lieferantinnen (vgl. Abbildung 8, Rz 116). Darüber hinaus deuten die Antworten der Markenartikellieferantinnen und der Eigenmarkenlieferantinnen darauf hin, dass diese zumindest teilweise von Coop abhängig sind und dies (abgesehen von einer Ausnahme; vgl. Rz 133) nicht durch das Zutun der Lieferantinnen, sondern aus dem Marktgeschehen resultierte (vgl. Rz 124 ff., 130 ff.). Fazit 211. Die Lieferantinnen mit einem Markant Vertrag können insgesamt betrachtet nur ein geringes Gegengewicht zur starken Stellung von Coop im Lebensmitteldetailhandel schaffen und sind somit kaum in der Lage, den Verhandlungsspielraum von Coop einzuschränken. Dies gilt sowohl für die betroffenen Lieferantinnen von Markenprodukten als auch die betroffenen Lieferantinnen von Eigenmarken. Folglich ist die Stellung der Marktgegenseite als schwach zu beurteilen und vermag Coop nicht genügend zu disziplinieren. C.3.1.3 Zwischenergebnis 212. Es bestehen Anhaltspunkte, dass Coop mindestens auf gewissen produktgruppenspezifischen Beschaffungsmärkten im Lebensmitteldetailhandel und/oder für gewisse Gruppen von Lieferantinnen über eine marktbeherrschende Stellung nach Art. 4 Abs. 2 KG verfügt. Coop könnte zudem auch beim Vertrieb von Markenartikeln, allenfalls unterteilt nach Produktgruppen, eine marktbeherrschende Stellung haben. Ob und auf welchen Beschaffungsmärkten Coop tatsächlich über eine marktbeherrschende Stellung verfügt, wäre im Rahmen einer Untersuchung zu klären. C.3.2 Unzulässige Verhaltensweisen C.3.2.1 Formen des Missbrauchs 213. Das Kartellrecht verbietet eine marktbeherrschende Stellung nicht, und eine solche ist für sich allein auch nicht missbräuchlich, motiviert doch der Wettbewerb konkurrierende Unternehmen durch Markterfolg und internes Wachstum eine dominierende Stellung zu erreichen. Das marktbeherrschende Unternehmen trägt jedoch eine besondere Verantwortung für sein Marktverhalten. Zum Tatbestandselement der Marktbeherrschung in Art. 7 Abs. 1 KG muss als zusätzliches Element eine unzulässige Verhaltensweise hinzutreten, welche ihrerseits einen Missbrauch voraussetzt. Missbraucht wird danach die marktbeherrschende Stellung, welche es einem Unternehmen erlaubt, sich unabhängig von anderen Marktteilnehmern zu verhalten. Das missbräuchliche Verhalten richtet sich entweder gegen

54

konkurrierende Unternehmen oder gegen die Marktgegenseite (d. h. Lieferantinnen oder Abnehmerinnen des behindernden Unternehmens).²⁸⁴ 214. Gemäss der Generalklausel von Art. 7 Abs. 1 KG kann zwischen einem sog. Behinderungsmissbrauch und einem sog. Benachteiligungs- bzw. Ausbeutungsmissbrauch unterschieden werden. Eine klare Zuordnung ist nicht in allen Fällen möglich, da Geschäftspraktiken von marktbeherrschenden Unternehmen zugleich behindernd und ausbeutend sein können.²⁸⁵ 215. Ein Behinderungsmissbrauch liegt vor, wenn andere Unternehmen (i. d. R. aktuelle oder potenzielle Konkurrenten; aber auch andere Marktteilnehmer) in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindert werden. Dabei spielt es keine Rolle, ob sich die Behinderung auf dem Markt des marktbeherrschenden Unternehmens oder auf einem vor- bzw. nachgelagerten Markt aktualisiert. Der Behinderungsmissbrauch umfasst somit sämtliche Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen ausserhalb eines fairen Leistungswettbewerbs, die sich gegen (aktuelle oder potenzielle) Konkurrentinnen oder Handelspartnerinnen richten und diese in ihren Handlungsmöglichkeiten auf dem beherrschten oder benachbarten Markt einschränken.²⁸⁶ 216. Demgegenüber wird bei einem Benachteiligungs- bzw. Ausbeutungsmissbrauch die Marktgegenseite (d. h. insb. die Lieferantinnen oder Abnehmerinnen des marktbeherrschenden Unternehmens) benachteiligt, indem ihr ausbeuterische Geschäftsbedingungen oder Preise aufgezwungen werden. Einen typischen Ausbeutungsmissbrauch stellt die Erzwingung von unangemessenen Preisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG dar. Charakteristisch für den Ausbeutungsmissbrauch ist das Streben des marktbeherrschenden Unternehmens nach ökonomischen Vorteilen durch eine Beeinträchtigung der Interessen von Handelspartnerinnen und Verbraucherinnen unter Ausnutzung seiner marktbeherrschenden Stellung.²⁸⁷ 217. Da wirtschaftliche Verhaltensweisen sowohl einen behindernden als auch einen benachteiligenden Charakter aufweisen können, bedarf es keiner strengen Abgrenzung der beiden Missbrauchstypen.²⁸⁸ Die Beurteilung der Wettbewerbswidrigkeit eines bestimmten Verhaltens ist für jeden Einzelfall danach vorzunehmen, ob die infolge einer Behinderung oder Benachteiligung eingetretene Wettbewerbsverfälschung sich durch sachlich angemessene Gründe rechtfertigen lässt oder nicht.²⁸⁹ Massstab für die Beurteilung bildet dabei die ausreichende Gewährleistung eines wirksamen Wettbewerbs, die sowohl den Institutionenschutz als auch den Individualschutz umfasst.²⁹⁰ Dies bedeutet, dass der Schutz des Wettbewerbs gemäss Art. 7 KG nicht nur darauf ausgerichtet ist, Konsumentinnen und Konsumenten vor einem unmittelbaren Schaden durch ein missbräuchliches Verhalten zu bewahren, sondern er umfasst angesichts der dominanten Stellung des marktbeherrschenden Unternehmens auch allgemein die Sicherstellung von sachgerechten Wettbewerbsbedingungen

284 BGE 139 I 72, 100 f. E. 10.1.1 (=RPW 2013/1, 130 f. E. 10.1.1), Publigroupe SA et al./WEKO, m.w.H. 285 RPW 2010/1, 166 Rz 322, Preispolitik Swisscom ADSL; vgl. auch BGE 139 I 72, 100 ff. E. 10.1.1 (= RPW 2013/1, 130 f. E. 10.1.1), Publigroupe SA et al./WEKO. 286 BGE 139 I 72, 101 f. E. 10.1.1 m. w. H. (= RPW 2013/1, 130 f. E. 10.1.1), Publigroupe SA et al./WEKO; vgl. auch Botschaft vom 23.11.1994 zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG), BBl 1995 I 468, 569. 287 BGE 139 I 72, 102 E. 10.1.1 m. w. H. (= RPW 2013/1, 130 f. E. 10.1.1), Publigroupe SA et al./WEKO. 288 BVGer, B-831/2011 vom 18.12.2018, Rz 510, Sanktionsverfügung – DCC. 289 BVGer, B-831/2011 vom 18.12.2018, Rz 510, Sanktionsverfügung – DCC. 290 BVGer, B-831/2011 vom 18.12.2018, Rz 510, Sanktionsverfügung – DCC.

zur Aufrechterhaltung oder Ausbildung eines ausreichenden Wettbewerbs auf allen durch das Verhalten beeinflussten Märkten. 218. Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist anhand eines dualen Prüfungsmusters zu eruieren, ob eine unzulässige Verhaltensweise bzw. ein Missbrauch vorliegt: In einem ersten Schritt sind die Wettbewerbsverfälschungen (d.h. Behinderung bzw. Benachteiligung von Marktteilnehmerinnen) herauszuarbeiten. In einem zweiten Schritt sind mögliche sachliche Gründe (sog. legitimate business reasons) zu prüfen. Unzulässiges Verhalten liegt dann vor, wenn kein sachlicher Grund für die Benachteiligung bzw. Ausbeutung oder Behinderung vorliegt. Die Lehre anerkennt daneben weitere Kriterien für die Beurteilung der Frage, ob ein unzulässiges Verhalten bzw. ein Missbrauch vorliegt, wie etwa die Behinderungs- oder Verdrängungsabsicht, die Schwächung der Wettbewerbsfähigkeit, den Nichtleistungswettbewerb oder die normzweckorientierte Interessenabwägung.²⁹¹ 219. Angesichts dessen, dass der Wettbewerb durch die marktbeherrschende Stellung eines Unternehmens bereits eingeschränkt ist, kommt diesem eine besondere Verantwortung dafür zu, dass der Wettbewerb keine weiteren Beeinträchtigungen durch seine Verhaltensweisen erfährt, die nicht den Mitteln eines ordnungsgemässen Leistungswettbewerbs entsprechen.²⁹² Es hat daher auf die Anwendung von Praktiken zu verzichten, die nicht den Mitteln des Leistungswettbewerbs entsprechen.²⁹³ Daraus ergibt sich, dass einem marktbeherrschenden Unternehmen einzelne wirtschaftliche Verhaltensweisen untersagt sein können, die nicht zu beanstanden wären, wenn sie von einem Unternehmen ohne marktbeherrschende Stellung vorgenommen würden.²⁹⁴ Zum anderen folgt daraus, dass einem marktbeherrschenden Unternehmen die Verpflichtung zukommt, alle praktizierten Verhaltensweisen auf ihre Vereinbarkeit mit Art. 7 KG zu überprüfen.²⁹⁵ Dem Anspruch auf Sicherstellung eines unverfälschten Wettbewerbs kommt dabei eine umfassende Schutzfunktion zu.²⁹⁶ Deshalb werden durch das Missbrauchsverbot sowohl der Wettbewerb als Ordnungssystem als auch die Individualinteressen der einzelnen Marktteilnehmerinnen erfasst.²⁹⁷ Die Beurteilung, ob eine durch ein konkretes wirtschaftliches Verhalten hervorgerufene weitere Einschränkung des Wettbewerbs zu Lasten der jeweiligen Marktgegenseite oder von Konkurrentinnen dem Leistungswettbewerb zugeordnet werden kann, ist davon abhängig zu machen, ob ausreichende sachliche Gründe für diese Verhaltensweise bestehen.²⁹⁸ Bejahendenfalls handelt es sich um eine Massnahme des Leistungswettbewerbs, andernfalls um ein wettbewerbswidriges Verhalten des marktbeherrschenden Unternehmens. 220. Gemäss Praxis des Bundesverwaltungsgerichts müssen für die Erfüllung des Tatbestands der Wettbewerbsverfälschung keine tatsächlichen Auswirkungen nachgewiesen werden.²⁹⁹ Zudem ist es für die Verwirklichung einer Wettbewerbsverfälschung gemäss Art. 7 KG nicht erforderlich, dass die nachteiligen Einwirkungen auf den Wettbewerb durch das missbräuchliche Verhalten eine bestimmte Erheblichkeitsschwelle überschreiten.³⁰⁰

291 BGE 139 I 72, 104 E. 10.1.2 m. w. H. (= RPW 2013/1, 131 E. 10.1.2), Publigroupe SA et al./WEKO. 292 BVGer, B-831/2011 vom 18.12.2018, Rz 510, Sanktionsverfügung – DCC. 293 BVGer, B-831/2011 vom 18.12.2018, Rz 1119, Sanktionsverfügung – DCC. 294 BVGer, B-831/2011 vom 18.12.2018, Rz 1120, Sanktionsverfügung – DCC. 295 BVGer, B-831/2011 vom 18.12.2018, Rz 1121, Sanktionsverfügung – DCC. 296 BVGer, B-831/2011 vom 18.12.2018, Rz 1122, Sanktionsverfügung – DCC. 297 BVGer, B-831/2011 vom 18.12.2018, Rz 1122, Sanktionsverfügung – DCC. 298 BVGer,

B-831/2011 vom 18.12.2018, Rz 1386, Sanktionsverfügung – DCC. 299 BVGer,
B-831/2011 vom 18.12.2018, Rz 1207 i.V.m. 1209 ff., Sanktionsverfügung – DCC. 300
BVGer, B-831/2011 vom 18.12.2018, Rz 1146, Sanktionsverfügung – DCC.

56

C.3.2.2 Im Fokus stehende Verhaltensweisen 221. In Art. 7 Abs. 2 KG hat der Gesetzgeber eine nicht abschliessende Liste von Verhaltensweisen aufgestellt, die den Tatbestand von Art. 7 Abs. 1 KG veranschaulichen und konkretisieren soll.³⁰¹ In der vorliegenden Vorabklärung wird der Fokus darauf gelegt, ob Anhaltspunkte dafür bestehen, dass das Verhalten von Coop eine Erzwingung von unangemessenen Preisen oder sonstiger unangemessener Geschäftsbedingungen darstellt (Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG, vgl. hierzu Kapitel C.3.2.3). Nicht ausgeschlossen wird vorliegend, dass eine weitere möglicherweise kartellrechtswidrige Verhaltensweise in Form einer Kopplung (Art. 7 Abs. 2 Bst. f KG) vorliegt (vgl. hierzu Kapitel C.3.2.4). C.3.2.3 Erzwingung unangemessener Preise oder sonstiger unangemessener Geschäftsbedingungen (Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG) 222. Als unzulässiges Verhalten eines marktbeherrschenden Unternehmens gilt gemäss Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG die Erzwingung unangemessener Preise oder sonstiger unangemessener Geschäftsbedingungen. Der Tatbestand einer kartellrechtlich unzulässigen Erzwingung unangemessener Preise oder Geschäftsbedingungen im Sinne von Art. 7 Abs. 1 i.V.m. Abs. 2 Bst. c KG ist erfüllt, wenn kumulativ die folgenden Tatbestandsmerkmale vorliegen³⁰²:

- Betroffenheit von Preisen oder Geschäftsbedingungen; - Unangemessenheit der Preise oder Geschäftsbedingungen; - Erzwingung der unangemessenen Preise oder Geschäftsbedingungen; - für die durch die Verhaltensweise bewirkte Ausbeutung bestehen keine sachlichen Gründe (keine legitimate business reasons). 223. Werden die Tatbestandsmerkmale der Unangemessenheit und Erzwingung erfüllt, ergibt sich daraus auch automatisch die Benachteiligung der Marktgegenseite im Sinne von Art. 7 Abs. 1 KG. C.3.2.3.1. Betroffenheit von Preisen oder Geschäftsbedingungen 224. Preise und Geschäftsbedingungen bilden den Gegenstand des jeweiligen wettbewerbswidrigen Verhaltens. Der Preis ist der festgelegte Umrechnungsparameter, mittels welchem der monetäre Gegenwert für eine Dienstleistung oder ein Gut festgelegt ist. Geschäftsbedingungen sind Modalitäten, zu welchen eine Dienstleistung oder ein Gut bezogen werden kann. Der Begriff «Geschäftsbedingungen» ist gemäss Gesetzesmaterialien und der Lehre weit auszulegen.³⁰³ Bezweckt wird mit diesem Grundsatz, dass alle denkbaren Modalitäten erfasst werden, die vom marktbeherrschenden Unternehmen seinen Geschäftspartnern für die Abwicklung einer bestimmten Transaktion auferlegt werden.³⁰⁴ Die Trennlinie zwischen Preis und sonstigen Geschäftsbedingungen ist nicht scharf.³⁰⁵

301 Vgl. RPW 2012/3, 467 Rz 71, Erdgas Zentralschweiz AG; BBl 1995 I 468, 570. 302 Vgl. RPW 2016/1, 186 Rz 393 ff., Swisscom WAN-Anbindung. 303 BBl 1995 I 468, 572 f.; DIKE KG-LUCA STÄUBLE/FELIX SCHRANER (Fn 25), Art. 7 N 411 m.w.H. 304 MARC AMSTUTZ/BLAISE CARRON, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2022, Art. 7 N 375. 305 RPW 2016/1, 186 Rz 393, Swisscom WAN-Anbindung.

57

225. Coop hat am [...] einen Europäischen Zentralregulierungsvertrag mit Markant abgeschlossen. Markant erbringt für Coop gemäss diesem Vertrag im Wesentlichen Dienstleistungen, welche mit dem Begriff Zentralregulierung umschrieben werden. [...].

Zusätzlich erbringt Markant gegenüber den Anschlusshäusern und gegenüber den Lieferantinnen verschiedene weitere Dienstleistungen (vgl. Rz 26 und 43). 226. Mit Schreiben vom 2. März 2020 teilte Coop den Lieferantinnen mit, dass sich Coop dazu entschieden habe, die Zahlungsabwicklung über Markant zu regulieren (vgl. Rz 52). 227. Die Zahlungsabwicklung über Markant und deren weitere Dienstleistungen sind für die Lieferantinnen mit einem gültigen Markant Vertrag mit unterschiedlichen Kosten, den sogenannten Markant-Konditionen (in Prozenten des Umsatzes mit Coop) verbunden, welche von den Forderungen der Lieferantinnen abgezogen werden (vgl. Rz 43). 228. Bis im März 2021 verhandelte Coop (ohne den Bereich [...]) gemäss eigenen Angaben mit über [...] ihrer Lieferantinnen, die bereits über einen Markant Vertrag verfügten³⁰⁶, bezüglich der Umstellung der Zahlungsabwicklung auf Markant (vgl. Rz 59). 229. Die Marktbefragung ergab, dass [...] der 40 befragten Lieferantinnen mit einem Markant Vertrag (vgl. Rz 91) im Jahr 2021 ihre Forderungen gegenüber Coop über Markant abwickeln und ihnen hierzu durchschnittliche Markant-Konditionen von [...] % des Umsatzes mit Coop für die Zentralregulierung und die weiteren Dienstleistungen von Markant abgezogen werden (vgl. Rz 96). 230. Bei der Art der Zahlungsabwicklung bei Coop handelt es sich um Geschäftsbedingungen. C.3.2.3.2. Unangemessenheit der Geschäftsbedingungen 231. Als weiteres Tatbestandselement sieht Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG die Unangemessenheit der Geschäftsbedingungen vor. Die Unangemessenheit der Geschäftsbedingungen ist ein nicht näher umschriebener Begriff. Die Lehre geht daher davon aus, dass bei der Anwendung von Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG Zurückhaltung geboten ist.³⁰⁷ Gemäss Botschaft des Bundesrates zur KG-Revision ist im Zusammenhang mit Geschäftsbedingungen dann von Unangemessenheit auszugehen, wenn diese aufgrund der konkreten Umstände offensichtlich unbillig sind.³⁰⁸ Unangemessenheit von Geschäftsbedingungen liegt gemäss Bundesverwaltungsgericht dann vor, wenn im Rahmen der Abwicklung des vereinbarten Rechtsgeschäfts kein sachgerechtes Verhältnis zwischen den vom marktbeherrschenden Unternehmen und den im Gegenzug von seinem Geschäftspartner zu erbringenden Leistungen einschliesslich aller damit in Zusammenhang stehenden Ansprüche und Verpflichtungen (mehr) besteht, weshalb Geschäftsbedingungen nicht mehr als Ausdruck des Leistungswettbewerbs zu verstehen sind.³⁰⁹ Eine eindeutige ökonomische Formel, wann kein sachgerechtes Verhältnis zwischen den wechselseitigen Leistungen (mehr) vorliegt, besteht allerdings nicht. So ist im Bereich der Geschäftsbedingungen im Ergebnis eine Verhältnismässigkeitsprüfung unter Berücksichtigung der massgeblichen Umstände des Einzelfalls vorzunehmen.³¹⁰

306 Im von Coop eingereichten Datensatz (vgl. Act. I.A.6, Beilage 2b) wurden dennoch wenige Lieferantinnen ohne Markant Vertrag aufgelistet (vgl. Rz 89 f.). 307 BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 304), Art. 7 N 390 f. 308 BBl 1995 I 468, 572 f. 309 BVGer, B-3618/2013 vom 24.11.2016, E. 278, Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich, m.w.H. 310 BVGer, B-3618/2013 vom 24.11.2016, E. 278 f., Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich, m.w.H.

58

232. Coop hat über [...] Lieferantinnen dazu angehalten, die Zahlungsabwicklung auf Markant umzustellen. Gemäss der Marktbefragung wurde die bisherige Zahlungsabwicklung direkt über Coop den Lieferantinnen zumindest bis im Jahr 2019 überwiegend kostenlos angeboten (vgl. Rz 96). Für die Zahlungsabwicklung über Markant und die ausschliesslich zusätzlich im Bündel angebotenen Dienstleistungen haben die Lieferantinnen gemäss der

Marktbefragung Konditionen ([...]) in der Höhe von durchschnittlich [...] % ihres Umsatzes mit Coop zu bezahlen (vgl. Rz 96). 233. Gemäss Angabe von Coop bot Coop den Lieferantinnen individuelle Gegenleistungen für die Gewährung des [...] an. Laut dem von Coop eingereichten Datensatz erhielten [...] der Lieferantinnen Gegenleistungen. Die restlichen Lieferantinnen erhielten keine Gegenleistungen. Der Mittelwert der Gegenleistungen über die 103 Lieferantinnen beträgt [...] % des Umsatzes (vgl. Rz 72). Aus der Marktbefragung geht jedoch hervor, dass die Bezifferung der Gegenleistungen von Coop in Frankenbeträgen Schwierigkeiten bereitete (vgl. Rz 74 f.). [Ausführungen zu den finanziellen Auswirkungen des Markant-Systems für Coop.]. Selbst Coop weist darauf hin, dass die Gegenleistungen nur im Umfang des [...] gewährt werden (vgl. Rz 72). Gemäss der Marktbefragung sind die Gegenleistungen in der Regel zeitlich beschränkt (vgl. Rz 73). Es bestehen damit aus wettbewerbsrechtlicher Sicht Zweifel, dass die angebotenen Gegenleistungen dem Wert der Markant-Konditionen der einzelnen Lieferantinnen auch nur annäherungsweise entsprechen. 234. In diesem Zusammenhang ist weiter zu berücksichtigen, dass rund [...] der befragten Lieferantinnen angaben, dass die Verkaufspreise an Coop mit der Umstellung der Zahlungsabwicklung auf Markant auf dem gleichen Niveau verbleiben, zumal Coop keine Preisaufschläge aufgrund dieser neuen Zahlungsabwicklung akzeptiere (vgl. Rz 98). [Informationen über Preisstrategie der Lieferantinnen]. 235. Die Lieferantinnen gaben weiter an, dass ihre Nettomarge aufgrund der zusätzlichen Kosten, insbesondere der Markant-Konditionen, die nicht oder nur teilweise kompensiert werden könnten, sinke (vgl. Rz 100). Ein Teil der Lieferantinnen geht zudem von negativen Auswirkungen bei der Innovationstätigkeit und der Investitionstätigkeit innert der nächsten zwei Jahre infolge der Zahlungsabwicklung über Markant aus, da hierfür aufgrund der steigenden Kosten der neuen Zahlungsabwicklung weniger Mittel zur Verfügung stünden (vgl. Rz 105 f.). Trotz diesen höheren Kosten gaben die befragten Lieferantinnen mit einer Ausnahme allesamt an, dass die Qualität der Produkte sehr wichtig sei und dass deshalb keine Abstriche gemacht werden könnten (vgl. Rz 101). Bezüglich der Absatzmenge und der Produktauswahl gehen die Lieferantinnen mehrheitlich davon aus, dass keine Auswirkungen aufgrund der Umstellung der Zahlungsabwicklung zu erwarten seien (vgl. Rz 103 f.). 236. Im Gegensatz zu den Lieferantinnen, welche die finanziellen Kosten und weiteren wirtschaftlichen Konsequenzen für die Umstellung der Zahlungsabwicklung tragen müssen, geht aus den vertraglich vereinbarten Zahlungen zwischen Coop und Markant hervor, dass Coop durch die Zusammenarbeit mit Markant im Vergleich zum Status quo vor der Umstellung der Zahlungsabwicklung [Ausführungen zu den finanziellen Auswirkungen des Markant-Systems für Coop.]. Zieht Coop einen zusätzlichen finanziellen Nutzen aus der Zentralregulierung und den weiteren Dienstleistungen von Markant, beispielsweise aufgrund von Kosteneinsparungen infolge der Systemoptimierung, so ist der ausgewiesene finanzielle Anreiz entsprechend höher (vgl. Rz 75 f. und 46 f.). 237. Nebst dem finanziellen Anreiz von Coop zur Zusammenarbeit mit Markant ist zu berücksichtigen, dass die Umstellung der Zahlungsabwicklung von Coop angestossen wurde, wobei Coop als Grund für die Umstellung angab, dass die administrativen Prozesse mit Markant standardisiert und rationeller ausgestaltet würden. Dies betreffe insbesondere auch die Zahlungsabwicklung und die Zahlungsströme zwischen Coop und den Lieferantinnen. Zu-

dem würden die von Markant zur Verfügung gestellten Tools für die Aufbereitung von Informationen, die Bereitstellung von Media-Daten und die Bearbeitung von Daten teilweise Prozesse darstellen, die von Coop in dieser Form nicht vorgenommen werden könnten. Dies führe insgesamt zu Effizienzvorteilen für Coop (vgl. Rz 47). Die von Coop geltend gemachten Effizienz- und Kostenvorteile (vgl. Rz 236) sind möglicherweise aber nur eingeschränkt vorhanden (vgl. Rz 249) und vermögen die mit der Umstellung der Zahlungsabwicklung geltend gemachten Nachteile der Lieferantinnen mutmasslich nicht zu überwiegen.²³⁸ Es bestehen vorliegend insgesamt Anhaltspunkte dafür, dass mit der Umstellung der Zahlungsabwicklung neue Konditionen verbunden sind, welche von den Lieferantinnen zu bezahlen sind und hierzu keine angemessenen Gegenleistungen von Seiten Coop gegenüberstehen. Neben höheren Kosten sind bei den Lieferantinnen verschiedene negative wirtschaftliche Konsequenzen in den zwei Jahren nach der Umstellung der Zahlungsabwicklung über Markant zu erwarten. Im Gegensatz dazu wird Coop von der Umstellung der Zahlungsabwicklung (auch unter Berücksichtigung der Gegenleistungen) stark begünstigt. Folglich bestehen Anhaltspunkte für die Unangemessenheit von Geschäftsbedingungen. C.3.2.3.3. Erzwingung der unangemessenen Geschäftsbedingungen 239. Im Hinblick auf den Einzelatbestand von Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG, der die Erzwingung unangemessener Geschäftsbedingungen zum Gegenstand hat, bildet das Verhaltenselement des Aufzwingens das qualifizierende Element, welches zur Marktbeherrschung und zu den unangemessenen Geschäftsbedingungen hinzutritt. Folglich kommt gemäss dem Bundesgericht dem Element der Erzwingung in Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG eine eigenständige Bedeutung zu.³¹¹ Daher muss für das Vorliegen eines Marktmachtmissbrauchs im Sinne von Art. 7 Abs. 1 i.V.m. Abs. 2 Bst. c KG zumindest auf die Marktgegenseite ökonomischer Druck ausgeübt werden, der sich auf die Marktbeherrschung stützt und welchem die Marktgegenseite nichts entgegenzusetzen hat bzw. welchem sie nicht ausweichen kann.³¹² Das Bundesgericht hat hingegen offengelassen, ob für die Annahme eines Marktmachtmissbrauchs das Einverständnis zu den unangemessenen Vertragsinhalten geradezu gegen den Willen der Marktgegenseite erfolgen muss oder ob sich diese letztlich einfach aufgrund der Marktsituation gegen ihre eigenen Interessen fügt.³¹³ 240. Im vorliegend zu beurteilenden Sachverhalt hat Coop den Lieferantinnen mitgeteilt, dass sich Coop dazu entschieden habe, die Zahlungsabwicklung inskünftig über Markant zu regulieren (vgl. Rz 52). Aus der Marktbefragung geht hervor, dass die Lieferantinnen in der Folge teilweise den Kontakt zu Coop suchten, um eine Lösung zu finden. [...]. Zudem kommunizierte Coop gegenüber den Lieferantinnen, dass es das bisherige System (d.h. die Zahlungsabwicklung direkt über Coop) per 1. Januar 2021 nicht mehr geben werde resp. eine individuelle Abrechnungsmethode «teurer» ausfallen würde als die Zahlungsabwicklung über Markant (vgl. Rz 54 f.).²⁴¹ Im Hinblick auf die Umstellung der Zahlungsabwicklung hat Coop im Laufe der Verhandlungen denn auch einige der Lieferantinnen konkret vor die Wahl gestellt, die Zahlungsabwicklung der Umsätze mit Coop auf Markant umzustellen oder die Zahlungsabwicklung neu über eine individuelle und kostenpflichtige Abrechnungsmethode über Coop vorzunehmen. Da die individuelle Abrechnungsmethode über Coop für [...] befragten Lieferantinnen

³¹¹ BGE 137 II 199, E. 4.3.4 (= RPW 2011/13, 446 E. 4.3.4), Terminierungspreise im Mobilfunk – Sanktion. ³¹² BGE 137 II 199, E. 4.3.5 (= RPW 2011/13, 446 E. 4.3.5), Terminierungspreise im Mobilfunk – Sanktion; vgl. hierzu auch RPW 2016/1, 186 Rz 394, Swisscom WAN-Anbindung. ³¹³ BGE 137 II 199, E. 4.3.5 (= RPW 2011/13, 446 E. 4.3.5), Terminierungspreise im Mobilfunk – Sanktion.

mit [...] Kosten als bei einer Abwicklung über Markant verbunden gewesen wäre (vgl. Rz 84), stellt diese keine tatsächliche Alternativmöglichkeit³¹⁴ dar und wurde dementsprechend von keiner der befragten Lieferantinnen gewählt (vgl. Rz 91). 242. Aus der Marktbefragung geht weiter hervor, dass 16 der befragten Lieferantinnen angaben, von Androhungen bzw. von (temporären) Umsetzungen von Auslistungen betroffen gewesen zu sein, die mutmasslich darauf zurückzuführen waren, dass sich die Lieferantinnen zunächst weigerten, die Zahlungsabwicklung auf Markant umzustellen (vgl. Rz 88). 243. [Ausführungen zum Mechanismus bei Beitritt neuer Anschluss Häuser zum Markant-System.] Die Lieferantinnen dürften zudem unter gewissem Zeitdruck gehandelt haben, denn sie mussten mit Coop resp. Markant bis Ende 2020 eine Lösung finden, um ihre Lieferungen und Zahlungen auch im Jahr 2021 möglichst ohne Einschränkung mit Coop ([...]) abwickeln zu können (vgl. Rz 55). 244. Der Umstand, dass die überwiegende Mehrheit, konkret [...] der 40 befragten Lieferantinnen mit einem Markant Vertrag die fraglichen Geschäftsbedingungen durch Unterzeichnung der Markant-Konditionen nach teilweise über mehrere Monate andauernden Verhandlungen, in welchen sich die Lieferantinnen gegen das neue Abrechnungsmodell zur Wehr gesetzt hatten, schliesslich akzeptierten (vgl. Rz 91), illustriert den ökonomischen Druck, dem die Lieferantinnen von Seiten Coop ausgesetzt waren. Denn trotz des teilweise grossen Widerstands von einzelnen Lieferantinnen gegen die Umstellung der Zahlungsabwicklung auf Markant war Coop in der Lage, die Lieferantinnen faktisch zur Übernahme der neuen Geschäftsbedingungen zu zwingen. 245. Aus der Marktbefragung geht sodann auch hervor, dass die überwiegende Anzahl der befragten Lieferantinnen, welche einen Umsatz mit Markenprodukten erwirtschaften, nach eigenen Angaben [...] Verhandlungsmacht gegenüber Coop verfügen, um vermeiden zu können, dass Coop die Bedingungen für die Zahlungsabwicklung einseitig durchsetzt (vgl. Rz 124). Zudem sind die verfügbaren Ausweichmöglichkeiten bei den Absatzkanälen für die Lieferantinnen begrenzt (vgl. Rz 120 f.), da der Lebensmitteldetailhandel in der Schweiz nachfrageseitig sehr konzentriert und gesättigt ist (vgl. Rz 177 ff. und Rz 184 f.). Der Wechsel auf Absatzkanäle ausserhalb des Lebensmitteldetailhandels wird von den befragten Lieferantinnen insgesamt als schwierig und kostenaufwendig beurteilt und sei zumindest kurzfristig nicht möglich (vgl. Rz 125 f.). Es bestehen damit wettbewerbsrechtliche Bedenken, dass Coop einseitig ihre Geschäftsbedingungen gegenüber den Lieferantinnen [...]. 246. [Ausführungen zu den Auswirkungen auf die Handelsbeziehung zwischen Lieferant und Anschluss Haus bei Ausstieg aus dem Markant-System.]. 247. Es bestehen damit Anhaltspunkte, dass Coop die Umstellung der Zahlungsabwicklung gegenüber der Marktgegenseite erzwungen hat.

C.3.2.3.4. Keine hinreichenden sachlichen Gründe 248. Die von Coop angeführten Effizienz- und Kostenvorteile (vgl. Rz 46 f.) infolge der Zusammenarbeit mit Markant dürften nicht als hinreichende sachliche Gründe gelten, mit welchem die von den Lieferantinnen verlangten Konditionen für die Zahlungsabwicklung im Zusammenhang mit den durch Coop resp. Markant erbrachten Dienstleistung der Zahlungsabwicklung gerechtfertigt werden können. Nachvollziehbar ist zwar, dass Coop effizienter werden will und deshalb auch die administrativen Abläufe wie die Zahlungsabwicklung zentralisieren und damit schlussendlich auch Kosten einsparen will (vgl. Rz 46). Zumal

314 Dies folgt auch aus der Marktbefragung, in welcher die Lieferantinnen angaben, dass die individuelle Zahlungsabwicklung keine wirkliche Alternative darstelle (vgl. Rz 84).

die Zahlungsabwicklung für Coop aufgrund der Zusammenarbeit mit Markant zu Effizienzvorteilen führt, ist nicht verständlich, weshalb Coop die mit den Effizienzvorteilen einhergehenden Kostenvorteile überwiegend von den Lieferantinnen finanzieren lässt. Dies gilt umso mehr angesichts des Umstands, dass die Lieferantinnen der Ansicht sind, von dieser Lösung (d.h. der Zahlungsabwicklung über Markant) im Vergleich zur bisher direkten Zahlungsabwicklung keinen eigentlichen Mehrwert zu haben (vgl. Rz 54). 249. Zudem gilt es zu berücksichtigen, dass Coop nach eigenen Angaben [...] Es rechnen denn bis anhin [...] Lieferantinnen von den knapp 4'000 Lieferantinnen von Coop über Markant ab. [...] Zudem bestehen Hinweise, dass für die restliche Anbindung (Bestellung, Liefererschein) der Lieferantinnen an Coop auch weiterhin die bereits bestehende IT-Infrastruktur zwischen den Lieferantinnen und Coop genutzt wird (vgl. Rz 54). Die von Coop geltend gemachten Effizienz- und Kostenvorteile sind damit möglicherweise nur eingeschränkt vorhanden. Es kann demnach auch nicht davon ausgegangen werden, dass die Zahlungsabwicklung über Markant für Coop unerlässlich und absolut notwendig ist, um die geltend gemachten Effizienz- und Kostenvorteile zu erzielen. Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit dürfte damit vorliegend nicht eingehalten sein. Weitere sachliche Gründe sind derzeit nicht ersichtlich. C.3.2.3.5. Fazit 250. Es bestehen Anhaltspunkte, dass die Zahlungsabwicklung von Coop über Markant eine Erzwingung unangemessener Geschäftsbedingungen gegenüber den Lieferantinnen im Sinne von Art. 7 Abs. 1 i.V.m. Abs. 2 Bst. c KG darstellt. C.3.2.4 Weitere potentiell kartellrechtswidrige Verhaltensweise 251. Nebst der Erzwingung unangemessener Geschäftsbedingungen kann vorliegend nicht ausgeschlossen werden, dass Coop eine missbräuchliche Koppelung der Beschaffung der Produkte mit der Zahlungsabwicklung und den weiteren Dienstleistungen über Markant im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. f KG vornimmt. [...]. C.4 Ergebnis 252. Die Vorabklärung hat Verhaltensweisen von Coop rund um die Einführung der Zahlungsabwicklung über Markant zum Gegenstand. In einem ersten Schritt prüfte das Sekretariat, ob Anhaltspunkte dafür bestehen, dass Coop auf den relevanten Märkten über eine marktbeherrschende Stellung im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG verfügt, und in einem zweiten Schritt, ob Anhaltspunkte für den Missbrauch dieser marktbeherrschenden Stellung vorliegen. 253. Das Sekretariat kommt zum Schluss, dass Coop beschaffungsseitig über eine starke Marktstellung verfügt: Den aktuellen Wettbewerb auf den relevanten Beschaffungsmärkten beurteilt das Sekretariat auf Grundlage der bisherigen Praxis sowie der Auswertungen aus der Marktbefragung zumindest für gewisse Produktgruppen als schwach (vgl. Rz 177 ff.). Auch der potentielle Wettbewerb ist als nicht genügend gross zu beurteilen, um einen disziplinierenden Einfluss auf Coop auf den Beschaffungsmärkten zu erwirken (vgl. Rz 191 ff.). Schliesslich können die von der Umstellung der Zahlungsabwicklung betroffenen Lieferantinnen von Coop (Marktgegenseite) gesamthaft betrachtet nur ein geringes Gegengewicht zur starken Stellung von Coop im Lebensmitteldetailhandel schaffen und sind somit auch kaum in der Lage, den Verhandlungsspielraum von Coop einzuschränken (vgl. Rz 196 ff.). Somit bestehen Anhaltspunkte, dass Coop mindestens auf gewissen produktgruppenspezifischen Beschaffungsmärkten im Lebensmitteldetailhandel und/oder für gewisse Gruppen von Lieferantinnen über eine marktbeherrschende Stellung verfügt. Coop könnte zudem auch beim

Vertrieb von Markenartikeln, allenfalls unterteilt nach Produktgruppen, eine marktbeherrschende Stellung haben. Ob und auf welchen Beschaffungsmärkten Coop tatsächlich über eine marktbeherrschende Stellung verfügt, wäre im Rahmen einer Untersuchung zu klären. 254. Die Vorabklärung ergibt zudem gestützt auf die vorliegenden Abklärungen Anhaltspunkte für den Missbrauch dieser marktbeherrschenden Stellung von Coop: 255. Mit vertraglicher Vereinbarung erbringt Markant für Coop im Wesentlichen Dienstleistungen, welche mit dem Begriff Zentralregulierung umschrieben werden. Die Zahlungsabwicklung über Markant und deren weitere Dienstleistungen sind für die Lieferantinnen mit einem Markant Vertrag mit unterschiedlichen Kosten, den sogenannten Markant-Konditionen (in Prozenten des Umsatzes mit Coop) verbunden, welche von den Rechnungen der Lieferantinnen abgezogen werden. Coop hat über [...] Lieferantinnen dazu angehalten, die Zahlungsabwicklung auf Markant umzustellen. Gemäss der Marktbefragung wickeln [...] der 40 befragten Lieferantinnen mit einem Markant Vertrag seit 2021 ihre Rechnungen an Coop über Markant ab, wobei sie hierzu durchschnittlich [...] % an Markant-Konditionen zu bezahlen haben (vgl. Rz 65 ff.). Die Marktbefragung hat ergeben, dass diesen Konditionen für die Zahlungsabwicklung über Markant mutmasslich keine angemessenen Gegenleistungen von Seiten Coop gegenüberstehen. Nebst höheren Kosten sind bei den Lieferantinnen verschiedene negative wirtschaftliche Konsequenzen in den zwei Jahren nach der Umstellung der Zahlungsabwicklung über Markant zu erwarten. Im Gegensatz dazu wird Coop von der Umstellung der Zahlungsabwicklung (auch unter Berücksichtigung der Gegenleistungen für die Lieferantinnen) sowohl finanziell und auch aufgrund von Effizienzvorteilen stark begünstigt (vgl. Rz 232 ff.). Zudem weist die Marktbefragung darauf hin, dass die Lieferantinnen ökonomischen Druck von Seiten Coop ausgesetzt waren und diese trotz teilweise grossen Widerstands faktisch zur Übernahme der neuen Geschäftsbedingung gezwungen waren. So stellte Coop die Lieferantinnen vor die Wahl, die Zahlungsabwicklung über Markant zu akzeptieren oder die Zahlungsabwicklung über eine teurere individuelle Abrechnungsmethode vorzunehmen. Zudem listete Coop teilweise (temporär) Produkte von betroffenen Lieferantinnen mutmasslich im Zusammenhang mit den Verhandlungen der Umstellung der Zahlungsabwicklung aus. Es dürften schliesslich keine hinreichenden sachlichen Gründe vorliegen, welche die mutmassliche Erzwingung unangemessener Geschäftsbedingungen rechtfertigen könnten. 256. Es bestehen damit Anhaltspunkte, dass Coop mit der Umstellung der Zahlungsabwicklung unangemessene Geschäftsbedingungen bei den Lieferantinnen durchsetzte und der Tatbestand der Erzwingung unangemessener Geschäftsbedingungen im Sinne von Art. 7 Abs. 1 i.V.m. Abs. 2 Bst. c KG erfüllt ist. 257. Vorliegend kann zudem nicht ausgeschlossen werden, dass Coop die Beschaffung ihrer Produkte gegenüber den Lieferantinnen mit einem bestehenden Markant Vertrag an die Zahlungsabwicklung und dem Bezug der weiteren Dienstleistungen von Markant im Sinne von Art. 7 Abs. 1 i.V.m. Abs. 2 Bst. f KG missbräuchlich koppelt. Dies wird vorliegend offengelassen. C.5 Einstellung der Vorabklärung 258. Zum jetzigen Zeitpunkt verzichtet das Sekretariat darauf, bei einem Mitglied des Präsidiums der WEKO, die Eröffnung einer Untersuchung gemäss Art. 27 KG zu beantragen. Hierfür ist massgebend, dass Coop entschied, den Markant Vertrag per Ende 2023 zu kündigen und entsprechend die Zahlungsabwicklung der betroffenen Lieferantinnen ab 1. Januar 2024 nicht mehr über Markant abzuwickeln. Der Vertragsablauf per Ende 2023 führt zu einer zeitnahen Verbesserung der Situation der betroffenen Lieferantinnen und die mutmasslich unzulässige Wettbewerbsbeschränkung fällt weg. Damit werden die vom Sekretariat unterbreiteten

Anregungen (vgl. Rz 20) hinfällig und das Sekretariat stellt die Vorabklärung ein.

63

259. Weitere Abklärungen und die Eröffnung einer Untersuchung im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums der WEKO bleiben vorbehalten, falls sich Hinweise ergeben sollten, dass Coop den Lieferantinnen bei individuellen Verhandlungen keine kostenneutrale Option der Zahlungsabwicklung zur Verfügung stellt im Vergleich zur Situation vor der Umstellung der Zahlungsabwicklung. D Kosten 260. Nach Art. 53a Abs. 1 Bst. a KG i.V.m. Art. 2 Abs. 1 GebV-KG315 ist gebührenpflichtig, wer ein Verwaltungsverfahren verursacht hat. 261. Das Verursacherprinzip wird durch Art. 3 Abs. 2 GebV-KG eingeschränkt. Die Verursacher eines Verfahrens müssen dann keine Kosten übernehmen, wenn in der Vorabklärung kein unzulässiges Verhalten der Beteiligten festgestellt wird, wenn sie also nicht «unterliegen» und das Verfahren aus diesem Grund eingestellt wird. Umgekehrt besteht eine Gebührenpflicht, wenn sich die zu Beginn vorliegenden Anhaltspunkte für eine Wettbewerbsbeschränkungen erhärtet haben oder wenn sich die Parteien unterziehen (Art. 3 Abs. 2 Bst. b und c GebV-KG e contrario). Vorliegend hat Coop das Verfahren durch ihr Verhalten ausgelöst und wird auf Anregung des Sekretariats ihr mutmasslich unzulässiges und vom Sekretariat beanstandetes Verhalten anpassen. Daher kann im vorliegenden Fall auf das Unterliegen geschlossen werden und eine Gebührenpflicht von Coop ist zu bejahen. Nach Art. 4 Abs. 2 GebV-KG gilt ein Stundenansatz von CHF 100.– bis 400.–. Dieser richtet sich namentlich nach der Dringlichkeit des Geschäfts und der Funktionsstufe des ausführenden Personals. Auslagen für Porti sowie Telefon- und Kopierkosten sind in den Gebühren eingeschlossen (Art. 4 Abs. 4 GebV-KG). 262. Der Zeitaufwand der Vorabklärung beläuft sich auf [...] Stunden und wird gestützt auf die Funktionsstufe der mit dem Fall betrauten Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter nach den folgenden Stundenansätzen verrechnet: - [...] Stunden zu CHF 130.–, ergebend CHF [...]; - [...] Stunden zu CHF 200.–, ergebend CHF [...]; - [...] Stunden zu CHF 290.–, ergebend CHF [...]. Daraus resultieren Verfahrenskosten von insgesamt CHF [...].

315 Verordnung vom 25.02.1998 über die Gebühren zum Kartellgesetz (Gebührenverordnung KG, GebV-KG; SR 251.2).

64

E Schlussfolgerungen Das Sekretariat der Wettbewerbskommission, gestützt auf den bekannten Sachverhalt und die vorangehenden Erwägungen, 1. stellt fest, dass Anhaltspunkte für die Erzwingung unangemessener Geschäftsbedingungen im Sinne von Art. 7 Abs. 1 i.V.m. Abs. 2 Bst. c KG vorliegen; 2. stellt fest, dass die Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung mit Umsetzung der unterbreiteten Anregungen des Sekretariats wegfallen; 3. nimmt zur Kenntnis, dass Coop ihr Verhalten anpasst; 4. beschliesst, demzufolge die Vorabklärung einzustellen und auf eine Untersuchungseröffnung zu verzichten; 5. teilt Coop die Einstellung der Vorabklärung mit; 6. erhebt Verfahrenskosten von CHF [...]; 7. beschliesst, diesen Schlussbericht zu publizieren.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.