



Schweizerische Eidgenossenschaft
Confédération suisse
Confederazione Svizzera
Confederaziun svizra

Wettbewerbskommission WEKO
Commission de la concurrence COMCO
Commissione della concorrenza COMCO
Competition Commission COMCO

Marktöffnung ohne Gesetzesgrundlage: Die Rolle der WEKO

**Carole Söhner-Bührer – Vizedirektorin WEKO
Erdgastagung St. Gallen vom 21. März 2014**



Inhaltsübersicht

1. Inhalt des Kartellgesetzes
2. Rechtliche Grundlagen des Netzzugangs
3. Verbändevereinbarung
4. Fazit



Inhalt des Kartellgesetzes

Was regelt das Kartellgesetz?

- Zweck:
 - Volkswirtschaftlich und sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen verhindern
 - und damit das Funktionieren des wirksamen Wettbewerbs sicherstellen.
- Um Wettbewerb zu gewährleisten, gehen die Wettbewerbsbehörden gegen unzulässige **Wettbewerbsabreden** sowie **missbräuchliches Verhalten** von **marktbeherrschenden** Unternehmen vor und unterziehen gewisse **Unternehmenszusammenschlüsse** einer präventiven Kontrolle.



Inhalt des Kartellgesetzes

Was verbietet das Kartellgesetz im Wesentlichen?

- Abreden zwischen Unternehmen, die zu einer erheblichen Beeinträchtigung oder zur Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs führen (Art. 5 KG).
- Den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung (Art. 7 KG), wie insb.:
 - die Diskriminierung von Handelspartnern,
 - die Verweigerung von Geschäftsbeziehungen oder
 - die Erzwingung unangemessener Preise.
- Fusionen, die den Wettbewerb beseitigen.



Inhalt des Kartellgesetzes

Wann ist das Kartellgesetz nicht anwendbar?

➔ Wenn sogenannte vorbehaltene Vorschriften vorliegen (Art. 3 Abs. 1 KG), das heisst wenn der **Gesetzgeber** wettbewerbspolitische Ausnahmereiche schafft.

Darunter fallen Vorschriften:

- die eine staatliche Markt- oder Preisordnung begründen (z.B. Landwirtschaft, Posttarife, Gesundheitswesen);
- die Unternehmen zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben mit besonderen Rechten ausstatten (z.B. Post, Spitäler).

➔ Fehlen solche spezialgesetzliche Regelungen ist das Kartellgesetz grundsätzlich anwendbar.



Inhalt des Kartellgesetzes

Wie wendet die WEKO das Kartellgesetz an?

- Grundsätzlich wird ein konkreter Einzelfall, der vergangene und allenfalls gegenwärtige Auswirkungen zeitigt, auf dessen kartellrechtliche Zulässigkeit hin analysiert. Je nach Ergebnis wird ein bestimmtes Verhalten eines bestimmten Unternehmens verboten und allenfalls sanktioniert.

Was kann die WEKO grundsätzlich nicht?

- Rolle des Gesetzgebers einnehmen, d.h. losgelöst von konkreten Einzelfällen allgemeinverbindliche Normen erlassen, die zukünftiges Verhalten regeln sollen.
- Wettbewerbsbeschränkungen nach anderen als rein wettbewerbsrechtlichen Auswirkungen beurteilen.



Rechtliche Grundlagen des Netzzugangs

Gestützt auf welche Rechtsnormen kann grundsätzlich Zugang zu den Schweizer Erdgasnetzen verlangt werden?

- Eine umfassende spezialgesetzliche Regelung – wie sie etwa für den Strombereich besteht – existiert für den Gasbereich nicht.
- Der Drittzugang zu Erdgasleitungen ist nur marginal gesetzlich geregelt; durch Art. 13 des Rohrleitungsgesetzes einerseits und durch die allgemeinen Normen des Kartellgesetzes andererseits.
- Es sind keine Rechtsvorschriften bekannt, die für ein bestimmtes Gebiet der Schweiz ein Monopol für die Belieferung von Endkunden mit Erdgas begründen würden. Lokalen Gasversorgern kommt aber vielerorts ein faktisches Versorgungsmonopol zu.



Rechtliche Grundlagen des Netzzugangs

Art. 13 Rohrleitungsgesetz (RLG)

¹ Die Unternehmung ist **verpflichtet**, vertraglich Transporte für Dritte zu übernehmen, **wenn sie technisch möglich und wirtschaftlich zumutbar** sind, und wenn der Dritte eine angemessene Gegenleistung anbietet.

² Im Falle von Streitigkeiten entscheidet das Bundesamt für Energie (Bundesamt) über die Verpflichtung des Vertragsabschlusses sowie über die Vertragsbedingungen.

³ Über zivilrechtliche Ansprüche aus dem Vertrag entscheiden die Zivilgerichte.



Gestützt auf das RLG sind Netzbetreiber grundsätzlich seit 1964 verpflichtet, Erdgastransporte für Dritte durchzuführen.



Rechtliche Grundlagen des Netzzugangs

Auf welche Bereiche ist Art. 13 RLG anwendbar? Auf welche nicht?

- Das RLG und damit auch Art. 13 RLG finden lediglich auf den Bereich der Hochdruckrohrleitungsanlagen in vollem Umfang Anwendung.
 - Auf Niederdruckrohrleitungsanlagen ist das RLG demgegenüber nur beschränkt anwendbar. So ist insbesondere **Art. 13 RLG auf den Niederdruckbereich nicht anwendbar.**
- ➔ Bei der Beurteilung des Netzzugangs im Hochdruckbereich ist sowohl das Kartellgesetz als auch das Rohrleitungsgesetz anwendbar.
- ➔ Bei der Beurteilung des Netzzugangs im Niederdruckbereich findet ausschliesslich das Kartellgesetz Anwendung.



Rechtliche Grundlagen des Netzzugangs

Woraus wird eine Durchleitungspflicht aus dem Kartellgesetz abgeleitet?

Vgl. dazu den rechtskräftigen Entscheid des Bundesgerichts in Sachen Entreprises Electriques Fribourgeoises (EEF)/Watt Suisse AG (BGE 129 II 497), in welchem festgehalten wurde, dass die Weigerung eines Elektrizitätswerks, den Strom eines Drittunternehmens durch sein Netz zu einem in seinem Versorgungsgebiet domizilierten Endverbraucher zu leiten, als Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung zu qualifizieren ist.

- ➔ Durchleitungspflicht ergab sich aufgrund nachträglicher Einzelfallanalyse.
- ➔ Das Kartellgesetz statuiert keine allgemeingültige «per se Durchleitungspflicht».



Rechtliche Grundlagen des Netzzugangs

Ändert die Verbändevereinbarung etwas an der Anwendbarkeit des Kartellgesetzes?

➡ Nein!

- Die Verbändevereinbarung ist eine privatrechtliche Vereinbarung zwischen Verbänden.
- Alle Nichtvertragspartner (insb. auch Behörden) werden dadurch nicht gebunden.
- Die Verbändevereinbarung stellt keine vorbehaltene Vorschrift nach dem Kartellgesetz dar.

➡ Das Kartellgesetz bleibt in vollem Umfange anwendbar.



Rechtliche Grundlagen des Netzzugangs

Würde ein Gasmarktgesetz an der Anwendbarkeit des Kartellgesetzes etwas ändern?

- Mit Hilfe eines Gasmarktgesetzes könnte der Zugang zur Netzinfrastruktur in allgemeinverbindlicher Weise geregelt werden.
 - Eine schrittweise Öffnung bzw. die schrittweise Herabsetzung der Zutrittsschranken könnte verbindlich festgesetzt werden.
- ➔ In einem Gasmarktgesetz könnte damit die Anwendbarkeit des Kartellgesetzes und die Zuständigkeit der WEKO beschränkt werden.
- ➔ Mit der Schaffung eines Gasmarktgesetzes könnte Rechtssicherheit geschaffen werden.
- ➔ WEKO kann die Rolle des Gesetzgebers nicht übernehmen.



Rechtliche Grundlagen des Netzzugangs

Wurde die Verbändevereinbarung somit vergeblich verfasst?

➔ Nein!

- Engagement der Branche ist positiv zu werten.
- Eine einheitliche Regelung ist grundsätzlich zu begrüßen.
- Verbändevereinbarung könnte Grundlage eines allfälligen Gasmarktgesetzes bilden.



Verbändevereinbarung

Warum hat sich die WEKO mit der Verbändevereinbarung auseinandergesetzt?

- WEKO wurde nicht von sich aus aktiv.
- VSG/Netzbetreiber haben freiwillig ein sog. Widerspruchsverfahren (Art 49a Abs. 3 Bst. a KG) eingeleitet.



Verbändevereinbarung

Art. 49a Sanktion bei unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen

1 ...

2 ...

3 Die Belastung entfällt, wenn:

a. das Unternehmen die Wettbewerbsbeschränkung meldet, bevor diese Wirkung entfaltet. Wird dem Unternehmen innert fünf Monaten nach der Meldung die Eröffnung eines Verfahrens nach den Artikeln 26–30 mitgeteilt und hält es danach an der Wettbewerbsbeschränkung fest, entfällt die Belastung nicht;

b. ...

c. ...



Verbändevereinbarung

Inwieweit hat sich die WEKO mit der Verbändevereinbarung auseinandergesetzt?

- Es wurden lediglich jene Verhaltensweisen geprüft, die seitens des VSG bzw. der Netzbetreiber auch gemeldet wurden.
- Alle anderen Aspekte (z. B. Angemessenheit Entgelt/Pönalen) wurden (noch) nicht geprüft!
- Aufgrund des eingeleiteten Widerspruchsverfahrens fand vorliegend (ausnahmsweise) eine ex ante Beurteilung statt.
 - Keine abschliessende Prüfung.
 - Lediglich abstrakte, vorausschauende Betrachtungsweise.
 - Ersetzt eine allenfalls später notwendige Einzelfallbetrachtung nicht, falls konkrete Anzeigen bei uns eingereicht werden.



Verbändevereinbarung

Was wurde geprüft?

- Im Vordergrund standen die Kriterien für den Netzzugang und einzelne Aspekte der Pönalenregelungen.
- Bei der Prüfung stand Art. 7 KG (Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung) im Vordergrund.



Verbändevereinbarung

Art. 7 Unzulässige Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen

¹ Marktbeherrschende Unternehmen verhalten sich unzulässig, wenn sie durch den Missbrauch ihrer Stellung auf dem Markt andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindern oder die Marktgegenseite benachteiligen.

² Als solche Verhaltensweisen fallen insbesondere in Betracht:

- a. die Verweigerung von Geschäftsbeziehungen (z. B. die Liefer- oder Bezugssperre);
- b. die Diskriminierung von Handelspartnern bei Preisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen;
- c. die Erzwingung unangemessener Preise oder sonstiger unangemessener Geschäftsbedingungen;
- d. ...
- e. ...
- f. ...



Verbändevereinbarung

Regelungen betr. Netzstabilitätspönalen / Rückwirkende Erhöhung des Netznutzungsentgelts

- Solange Pönalenregelungen zur Aufrechterhaltung der Netzstabilität notwendig erscheinen, ist dagegen aus kartellrechtlicher Sicht grundsätzlich nichts einzuwenden.
- Dritte und Netzbetreiber sind dabei aber grundsätzlich gleich zu behandeln.
- Die Angemessenheit der Höhe der Netzstabilitätspönalen wurde (noch) nicht geprüft.
- Unangemessen hohe Pönalen können ebenfalls den Tatbestand des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung erfüllen.
➡ Preisüberwacher kann hier ebenfalls einschreiten.



Verbändevereinbarung

Netzzugangskriterien «200 Nm³/h» und «Prozessgas»

- Kleinkunden und Wärmekunden erhalten keinen Netzzugang gemäss Verbändevereinbarung.
- Könnte kartellrechtlich problematisch sein (insb. nach Art. 7 Abs. 2 Bst. a und b KG), falls sich die Verweigerung des Netzzugangs im Einzelfall nicht sachlich rechtfertigen lässt.

➔ Beurteilung kann nicht abstrakt und in allgemeinverbindlicher Weise erfolgen.

➔ Einzelfallanalyse!



Verbändevereinbarung

Welche Rechtfertigungsmöglichkeiten wurden von der Gasindustrie geltend gemacht? Wie sind diese zu beurteilen?

Eine vollständige Marktöffnung sei heute **technisch nicht möglich**.

- Die technischen Gegebenheiten der einzelnen Netzbetreiber variieren sehr stark. Was technisch möglich ist und was nicht, kann nur in Bezug auf ein konkretes Unternehmen beurteilt werden.
- Die technischen Möglichkeiten vermögen eine potentielle Diskriminierung zwischen Grosskunden/Prozessgaskunden und Kleinkunden/Wärmekunden abstrakt und im Voraus nicht zu erklären.



Verbändevereinbarung

Welche Rechtfertigungsmöglichkeiten wurden von der Gasindustrie geltend gemacht? Wie sind diese zu beurteilen?

Eine vollständige Marktöffnung sei heute aufgrund der notwendigen Investitionen **wirtschaftlich unzumutbar**.

- Was wirtschaftlich zumutbar ist und was nicht, kann nur in Bezug auf ein konkretes Unternehmen beurteilt werden.
- Das Argument der wirtschaftlichen Unzumutbarkeit vermag die potentielle Diskriminierung zwischen Grosskunden/Prozessgas-kunden und Kleinkunden/Wärmekunden abstrakt und im Voraus nicht zu erklären.



Verbändevereinbarung

Welche Rechtfertigungsmöglichkeiten wurden von der Gasindustrie geltend gemacht? Wie sind diese zu beurteilen?

Eine vollständige Marktöffnung sei heute aufgrund bestehender Bezugsverpflichtungen **wirtschaftlich unzumutbar**.

- Rein versorgungspolitische Gründe, ohne ausdrückliche gesetzliche Grundlage, können von der WEKO nicht berücksichtigt werden. WEKO beurteilt lediglich die wettbewerbsrechtlichen Auswirkungen.
- Existentielle Probleme können grundsätzlich als sachlicher Rechtfertigungsgrund angeführt werden.
- Unterscheidung zwischen Grosskunden/Prozessgaskunden und Kleinkunden/Wärmekunden lässt sich abstrakt und im Voraus nicht rechtfertigen.



Fazit

1. Privatrechtliche Vereinbarungen können die Anwendbarkeit des Kartellgesetzes nicht einschränken.
2. WEKO beurteilt abschliessend nur Einzelfälle.
3. WEKO ist kein Gesetzgeber.
4. WEKO kann nur wettbewerbsrechtliche Auswirkungen berücksichtigen.