



<b>Recht und Politik des Wettbewerbs</b>	<b>RPW</b>
<b>Droit et politique de la concurrence</b>	<b>DPC</b>
<b>Diritto e politica della concorrenza</b>	<b>DPC</b>

**2024/1**

---

ISSN 1421-9158

© Copyright by:

Wettbewerbskommission

CH-3003 Bern  
(Herausgeber)

Vertrieb:  
BBL  
Vertrieb Bundespublikationen  
CH-3003 Bern

[www.bundespublikationen.admin.ch](http://www.bundespublikationen.admin.ch)

(Form: 727.000.24/1)

ISSN 1421-9158

© Copyright by:

Commission de la  
concurrence  
CH-3003 Berne  
(Editeur)

Diffusion:  
OFCL  
Diffusion publications  
CH-3003 Berne

[www.publicationsfederales.admin.ch](http://www.publicationsfederales.admin.ch)

ISSN 1421-9158

© Copyright by:

Commissione della  
concorrenza  
CH-3003 Berna  
(Editore)

Distribuzione:  
UFCL  
Distribuzione pubblicazioni  
CH-3003 Berna

[www.pubblicazionifederali.admin.ch](http://www.pubblicazionifederali.admin.ch)

<b>Recht und Politik des Wettbewerbs</b>	<b>RPW</b>
<b>Droit et politique de la concurrence</b>	<b>DPC</b>
<b>Diritto e politica della concorrenza</b>	<b>DPC</b>

2024/1

**Publikationsorgan der schweizerischen Wettbewerbsbehörden.** Sammlung von Entscheidungen und Verlautbarungen zur Praxis des Wettbewerbsrechts und zur Wettbewerbspolitik.

**Organe de publication des autorités suisses de concurrence.** Recueil des décisions et communications sur le droit et la politique de la concurrence.

**Organo di pubblicazione delle autorità svizzere in materia di concorrenza.** Raccolta di decisioni e comunicazioni relative al diritto e alla politica della concorrenza.

April/avril/aprile 2024

---

<b>Systematik</b>	<b>A</b>	<b>Tätigkeitsberichte</b>
	A 1	Wettbewerbskommission
	A 2	Preisüberwacher
	<b>B</b>	<b>Verwaltungsrechtliche Praxis</b>
	B 1	Sekretariat der Wettbewerbskommission
	1	Vorabklärungen
	2	Empfehlungen
	3	Stellungnahmen
	4	Beratungen
	5	BGBM
	B 2	Wettbewerbskommission <sup>1</sup>
	1	Vorsorgliche Massnahmen
	2	Untersuchungen
	3	Unternehmenszusammenschlüsse
	4	Sanktionen gemäss Artikel 50 ff. KG
	5	Andere Entscheide
	6	Empfehlungen
	7	Stellungnahmen
	8	BGBM
	9	Diverses
	B 3	Bundesverwaltungsgericht
	B 4	Bundesgericht
	B 5	Bundesrat
B 6	Preisüberwacher	
B 7	Kantonale Gerichte	
B 8	Bundesstrafgericht	
<b>C</b>	<b>Zivilrechtliche Praxis</b>	
C 1	Kantonale Gerichte	
C 2	Bundesgericht	
<b>D</b>	<b>Entwicklungen</b>	
D 1	Erlasse, Bekanntmachungen	
D 2	Bibliografie	
<b>E</b>	<b>Diverses</b>	

<sup>1</sup> Die Entscheide werden in der vorliegenden Sammlung in der von der WEKO entschiedenen und den Parteien mitgeteilten Version publiziert, bereinigt um die Geschäftsgeheimnisse. Massgebend sind ausschliesslich die den Parteien eröffneten Versionen der Entscheide.

<b>Systematique</b>	<b>A</b>	<b>Rapports d'activité</b>
	A 1	Commission de la concurrence
	A 2	Surveillance des prix
	<b>B</b>	<b>Pratique administrative</b>
	B 1	Secrétariat de la Commission de la concurrence
	1	Enquêtes préalables
	2	Recommandations
	3	Préavis
	4	Conseils
	5	LMI
	B 2	Commission de la concurrence <sup>1</sup>
	1	Mesures provisionnelles
	2	Enquêtes
	3	Concentrations d'entreprises
	4	Sanctions selon l'article 50 ss LCart
	5	Autres décisions
	6	Recommandations
	7	Préavis
	8	LMI
	9	Divers
	B 3	Tribunal administratif fédéral
	B 4	Tribunal fédéral
	B 5	Conseil fédéral
B 6	Surveillance des prix	
B 7	Tribunaux cantonaux	
B 8	Tribunal pénal fédéral	
<b>C</b>	<b>Pratique des tribunaux civils</b>	
C 1	Tribunaux cantonaux	
C 2	Tribunal fédéral	
<b>D</b>	<b>Développements</b>	
D 1	Actes législatifs, communications	
D 2	Bibliographie	
<b>E</b>	<b>Divers</b>	

<sup>1</sup> Les décisions sont publiées dans le présent recueil dans leur version telle que décidée par la COMCO et notifiée aux parties, à l'exception du caviardage des secrets d'affaires. Seules les décisions dans leur version telle que notifiée aux parties font foi.

<b>Sistematica</b>	<b>A</b>	<b>Rapporti d'attività</b>
	A 1	Commissione della concorrenza
	A 2	Sorveglianza dei prezzi
	<b>B</b>	<b>Prassi amministrativa</b>
	B 1	Segreteria della Commissione della concorrenza
	1	Inchieste preliminari
	2	Raccomandazioni
	3	Preavvisi
	4	Consulenze
	5	LMI
	B 2	Commissione della concorrenza <sup>1</sup>
	1	Misure cautelari
	2	Inchieste
	3	Concentrazioni di imprese
	4	Sanzioni giusta l'articolo 50 segg. LCart
	5	Altre decisioni
	6	Raccomandazioni
	7	Preavvisi
	8	LMI
	9	Diversi
	B 3	Tribunale amministrativo federale
B 4	Tribunale federale	
B 5	Consiglio federale	
B 6	Sorvegliante dei prezzi	
B 7	Tribunali cantonali	
B 8	Tribunale penale federale	
<b>C</b>	<b>Prassi dei tribunali civili</b>	
C 1	Tribunali cantonali	
C 2	Tribunale federale	
<b>D</b>	<b>Sviluppi</b>	
D 1	Atti legislativi, comunicazioni	
D 2	Bibliografia	
<b>E</b>	<b>Diversi</b>	

<sup>1</sup> In questa raccolta, le decisioni sono pubblicate nella versione decisa dalla COMCO e notificata alle parti, eccezion fatta per i passaggi coperti da segreto d'affari. Solo le decisioni nella versione notificata alla parti fanno fede.

<b>A</b>	<b>Tätigkeitsberichte</b> <b>Rapports d'activité</b> <b>Rapporti d'attività</b>	
A 1	<b>Wettbewerbskommission</b> Commission de la concurrence Commissione della concorrenza	
	1. Jahresbericht 2023 der Wettbewerbskommission (WEKO)	1
	2. Rapport annuel 2023 de la Commission de la concurrence (COMCO)	19
	3. Rapporto annuale 2023 della Commissione della concorrenza (COMCO)	38
	4. Annual Report 2023 of the Competition Commission	56
<b>B</b>	<b>Verwaltungsrechtliche Praxis</b> <b>Pratique administrative</b> <b>Prassi amministrativa</b>	
B 1	<b>Sekretariat der Wettbewerbskommission</b> Secrétariat de la Commission de la concurrence Segreteria della Commissione della concorrenza	
1.	<b>Vorabklärungen</b> <b>Enquêtes préalables</b> <b>Inchieste preliminari</b>	
	1. Zerspanungswerkzeuge	73
4.	<b>Beratungen</b> <b>Conseils</b> <b>Consulenze</b>	
	1. Vergabe mediale Übertragungsrechte Swiss Football League	88
	2. Meldepflicht Städtekooperation Mobility as a Service	91
	3. Relevante Umsätze von Gemeinwesen bei Unternehmenszusammenschlüssen	97
	4. SwissZinc AG	99
	5. Ausstellung und Veröffentlichung von Typengenehmigungen und Datenblättern durch das ASTRA	106
B 2	<b>Wettbewerbskommission</b> Commission de la concurrence Commissione della concorrenza	
2.	<b>Untersuchungen</b> <b>Enquêtes</b> <b>Inchieste</b>	
	1. Deponie Höli	111
3.	<b>Unternehmenszusammenschlüsse</b> <b>Concentrations d'entreprises</b> <b>Concentrazioni di imprese</b>	
	1. Permira/BCP/Adevinta	185
	2. Permira Holdings Limited/Hg Pooled Management Limited/GGW Group GmbH	186
	3. Volvo/Renault/JV	187
	4. Blackstone Inc./Vista Equity Partners Management, LLC/Simulation Software Holding Company Pty Ltd	188
	5. WINVEST 16 S.A.S./IK Investment Partners S.À.R.L.	189
	6. Transgourmet/Pomona Suisse	190
	7. Worldline/Crédit Agricole	192
	8. Stiftung Visana Plus/Atupri Gesundheitsversicherung	197
	9. Swisscanto/Zurich/PFS	201
B 3	<b>Bundesverwaltungsgericht</b> Tribunal administratif fédéral Tribunale amministrativo federale	
	1. Urteil vom 12. Dezember 2023 in Sachen Ticketcorner Holding AG gegen WEKO – Zusammenschlussvorhaben Ticketcorner und Starticket	204
	2. Urteil vom 12. Dezember 2023 in Sachen Siegenia-Aubi AG gegen WEKO – Unzulässige Wettbewerbsabrede	217
	3. Urteil vom 12. Dezember 2023 in Sachen Koch Group AG Wallisellen gegen WEKO – Unzulässige Wettbewerbs- abrede	254

---

<b>D</b>	<b>Entwicklungen</b>	
	<b>Développements</b>	
	<b>Sviluppi</b>	
<b>D 1</b>	<b>Erlasse, Bekanntmachungen</b>	
	Actes législatifs, communications	
	Atti legislativi, comunicazioni	
	1. Erläuterungen der Wettbewerbskommission zur Verordnung über die wettbewerbsrechtliche Behandlung von vertikalen Abreden im Kraftfahrzeugsektor	317
	2. Note explicative de la Commission de la concurrence relative à l'ordonnance concernant l'appréciation des accords verticaux dans le secteur automobile	320
	3. Spiegazioni della Commissione della concorrenza sull'ordinanza concernente la valutazione degli accordi verticali alla luce delle disposizioni in materia di concorrenza nel settore degli autoveicoli	323
	<b>Abkürzungsverzeichnis (deutsch, français e italiano)</b>	326
	<b>Index (deutsch, français e italiano)</b>	328

---



# A Tätigkeitsberichte Rapports d'activité Prassi amministrativa

## A 1 Wettbewerbskommission Commission de la concurrence Commissione della concorrenza

A 1.	1. Jahresbericht 2023 der Wettbewerbskommission (WEKO)
------	--

### Inhaltsverzeichnis

<b>1</b>	<b>Das Jahr 2023 im Überblick</b>	<b>2</b>	<b>8.2</b>	<b>Öffnung von Märkten</b>	<b>15</b>
<b>2</b>	<b>Über die WEKO und das Sekretariat</b>	<b>2</b>	<b>8.3</b>	<b>Bekämpfung von Preisabreden</b>	<b>16</b>
<b>3</b>	<b>Wichtigste Entscheide 2023</b>	<b>3</b>	<b>8.4</b>	<b>Stellungnahmen zu Regulierungen</b>	<b>16</b>
3.1	Entscheide der WEKO	3	8.5	Relative Marktmacht	18
3.2	Urteile der Gerichte	3	8.6	Fazit	18
<b>4</b>	<b>Tätigkeiten</b>	<b>5</b>	<b>9</b>	<b>Anhang: Mitglieder der Kommission und der Geschäftsleitung des Sekretariates</b>	<b>18</b>
4.1	Tätigkeiten in verschiedenen Märkten	5			
4.1.1	Automobilsektor	5			
4.1.2	Bauwirtschaft	6			
4.1.3	Detailhandel und Konsumgüterindustrie	6			
4.1.4	Energie	7			
4.1.5	Finanzmärkte	7			
4.1.6	Gesundheitswesen	8			
4.1.7	Landwirtschaft	8			
4.1.8	Medien	8			
4.1.9	Post	8			
4.1.10	Sport	9			
4.1.11	Telekommunikation	9			
4.1.12	Verkehr	9			
4.1.13	Weitere Tätigkeiten	9			
a.	Relative Marktmacht	9			
b.	Vertikalabreden	9			
c.	Ermittlungen	10			
4.2	Binnenmarkt	10			
<b>5</b>	<b>Internationales</b>	<b>10</b>			
<b>6</b>	<b>Gesetzgebung</b>	<b>11</b>			
<b>7</b>	<b>Statistik</b>	<b>13</b>			
<b>8</b>	<b>Spezialthema 2023: Einsatz gegen Markt- abschottungen und überhöhte Preise</b>	<b>14</b>			
8.1	Bekämpfung von vertikalen Gebietsab- schottungen und Preisbindungen	14			

## 1 Das Jahr 2023 im Überblick

Die Wettbewerbskommission (WEKO) und ihr Sekretariat bekämpfen seit Jahren Preisabreden und Marktabschottungen, öffnen Märkte und stärken den Binnenmarkt. Sie äussern sich laufend zu Gesetzes- und Verordnungsentwürfen und weisen in Stellungnahmen auf wettbewerbsrechtliche und -ökonomische Probleme hin. Diesem Einsatz gegen Marktabschottungen und überhöhte Preise widmet sich das diesjährige Spezialthema des Jahresberichtes, das auch sinnbildlich für das Schaffen im Jahre 2023 steht. So sicherte die WEKO mit ihrem wichtigen Entscheid **Netzbaustrategie Swisscom** den Wettbewerb bei der Nutzung der Glasfaserinfrastruktur für die nächsten rund 50 Jahre. Die WEKO entschied, dass die Swisscom ihr Glasfasernetz in einer Weise aufzubauen hat, dass Dritten ein Layer 1-Zugang ab den Anschlusszentralen von Swisscom ermöglicht wird. Damit sind die Konkurrentinnen von Swisscom in der Lage, den Haushalten und Unternehmen ein Glasfaserinternet anzubieten. Es kann Wettbewerb entstehen, der Produkte und Dienstleistungen zu einem guten Preis-Leistungs-Verhältnis erhältlich macht.

Neben dem Glasfaserbereich setzte sich die WEKO mit dem Deponiebereich auseinander. Bau- und Entsorgungsunternehmen ohne Aktionärsstatus bezahlten bei der marktbeherrschenden **Deponie Höli** höhere Entsorgungsgebühren als ihre Aktionärinnen. Damit waren die Nichtaktionärinnen weniger konkurrenzfähig. Diese Ungleichbehandlung durch die Deponie Höli beurteilte die WEKO als missbräuchlich und unzulässig.

Wie bereits in den beiden Vorjahren hatte die WEKO überdurchschnittlich viele Zusammenschlüsse zu prüfen. Der Zusammenschluss zwischen der **UBS** und der **CS** fiel zwar in den Verantwortungsbereich der FINMA, beschäftigte die WEKO gleichwohl über Monate hinweg. Die WEKO setzte sich intensiv mit den Auswirkungen dieser Fusion auseinander und nahm zuhanden der FINMA Stellung. Zudem verabschiedete sie verschiedene Empfehlungen an verschiedene Behörden.

Die **Tätigkeiten** der WEKO und ihres Sekretariates sind breit: Sie führten *25 Untersuchungen* und *17 Vorabklärungen*. Sie behandelten rund *50 Marktbeobachtungen*, über *30 Zusammenschlüsse* und verfassten *Stellungnahmen* in rund 330 Ämterkonsultationen und Vernehmlassungsverfahren. Diese Verfahren und Stellungnahmen betreffen verschiedenste Märkte wie den Automobilsektor, den Energiebereich, die Finanzmärkte, die Landwirtschaft oder etwa die Telekommunikation.

Das **Bundesgericht** (BGer) und vor allem das **Bundesverwaltungsgericht** (BVGer) urteilten 2023 über eine Reihe von Beschwerden gegen Entscheide der WEKO. Die Gerichte stützten die WEKO weitgehend. Mit ihren Urteilen bestätigen sie jeweils die Unzulässigkeit der durch die WEKO behandelten Verhaltensweisen. Diese Gerichtsurteile zeigen, dass die WEKO möglicherweise kartellrechtswidrige Verhaltensweisen umfassend untersucht, die Verfahrensrechte der Parteien einhält, belastende und entlastende Elemente berücksichtigt und die Unschuldsvermutung stets beachtet.

## 2 Über die WEKO und das Sekretariat

Die **WEKO** (Entscheidinstanz) ist eine Milizbehörde. Sie besteht seit dem 1. Januar 2024 aus dreizehn vom Bundesrat gewählten Mitgliedern. Die Mehrheit der Kommissionsmitglieder sind unabhängige Sachverständige – Rechts- und Ökonomieprofessorinnen und -professoren sowie Anwältinnen. Die übrigen Sitze teilen sich Vertreterinnen und Vertreter der grossen Wirtschaftsverbände und Konsumentenorganisationen (zu den Mitgliedern siehe Anhang). Die WEKO kommt alle zwei bis vier Wochen zusammen und trifft die wichtigen Entscheide, auch hinsichtlich der Bussen, auf Antrag des Sekretariates. Sie führte 2023 elf ganz- oder halbtägige Plenarsitzungen durch.

Der WEKO steht ein vollamtliches **Sekretariat** (Untersuchungsinstanz) zur Verfügung. Dieses führt die kartellrechtlichen Verfahren durch, bereitet die Entscheidungen der WEKO vor und ist Ansprechstelle für Unternehmen, Private und Behörden in wettbewerbsrechtlichen Fragen. Es besteht aus vier Diensten (Abteilungen), dem Fachbereich Binnenmarkt und einem Dienst Ressourcen. Zu den Mitgliedern der Geschäftsleitung siehe Anhang. Das Sekretariat beschäftigte Ende 2023 73 (Vorjahr 76) Personen (ohne Praktikantinnen und Praktikanten), mehrheitlich Juristinnen und Juristen sowie Ökonominen und Ökonomen. Der Anteil Frauen betrug 38,3 (Vorjahr 44,7) Prozent. Die 73 Mitarbeitenden arbeiten teil- oder vollzeitlich und besetzen insgesamt 62,6 (Vorjahr 65,3) Vollzeitstellen. Die Anzahl Mitarbeitende, welche für die Anwendung des Kartell- und Binnenmarktgesetzes besorgt sind (inkl. Geschäftsleitung), beträgt 55 (Vorjahr 57), was 48,4 Vollzeitstellen (Vorjahr 50,7) entspricht. 18 (Vorjahr 19) Mitarbeitende sind im Dienst Ressourcen tätig und unterstützen sämtliche Arbeiten der Behörde; dies entspricht 14,2 (Vorjahr 14,6) Vollzeitstellen (diese Mitarbeitenden nehmen auch Querschnittsaufgaben für das Bundesamt für Wohnungswesen, BWO, und Bundesamt für die wirtschaftliche Landesversorgung, BWL, wahr). Das Sekretariat bot zudem vier (Vorjahr vier) Vollzeitstellen für Praktikantinnen und Praktikanten an.

Ende 2023 ist die Amtsperiode für die Mitglieder der WEKO abgelaufen. **Armin Schmutzler** (Prof. Dr., Universität Zürich) und **Winand Emons** (Prof. Dr., Universität Bern) erreichten damit Ende 2023 ihre maximale Amtszeit. **Henrique Schneider** (Schweizerischer Gewerbeverband) demissionierte vor Ablauf seiner maximalen Amtsperiode per Ende Juli 2023. Als Ersatz wählte der Bundesrat **Igor Letina** (Prof. Dr., Universität Bern), **Gerd Mühlheuser** (Prof. Dr., Universität Hamburg) sowie **Mikael Huber** (Dr., Schweizerischer Gewerbeverband). Damit die italienischsprachige Schweiz in der WEKO vertreten ist, setzte er zudem **Mauro Nicoli** (Anwalt) als Mitglied ein. Igor Letina tritt als Vizepräsident in die Fussstapfen von Armin Schmutzler, dem ein besonderer Dank gebührt.

**Armin Schmutzler** bildete seit 2016 Teil des dreiköpfigen Präsidiums der WEKO. Sein wichtiges Amt als Vizepräsident füllte er mit grossem Engagement und hoher Motivation aus. Er brachte sein umfangreiches Wissen in verständlicher Weise in die Verfahren und Fragestellungen

gen der WEKO ein. Er verstand es, komplexe und grosse Dossiers zu erfassen und für andere Kommissionsmitglieder verständlich zu machen. Als Ökonom kam ihm zudem die Aufgabe zu, die Brücke zwischen Lehre und Praxis zu pflegen. Diese Aufgabe erfüllte er mit Bravour und brachte nicht nur praktisches, sondern auch wissenschaftliches Wissen in die WEKO ein. Seinen ausgezeichneten Ruf in der wissenschaftlichen Welt setzte er auch dafür ein, dass die für die WEKO relevanten wettbewerbsökonomischen Fragestellungen in der Wissenschaft diskutiert und erforscht werden. Armin Schmutzler bildete eine tragende Säule der WEKO.

### 3 Wichtigste Entscheide 2023

#### 3.1 Entscheide der WEKO

Mit Entscheid vom 4. Dezember 2023 schloss die WEKO die *Untersuchung Netzbaustrategie Swisscom* ab. Die Swisscom (Schweiz) AG hatte mit der «Netzbaustrategie 2025» ab Anfang 2020 die Bauweise des Netzes so geändert, dass in Gebieten, welche sie alleine mit Glasfaser ausbaut, Wettbewerber keinen direkten Zugang mehr zur Netzwerkinfrastruktur (Layer 1-Zugang) erhielten. In ihrem Entscheid gelangte die WEKO zum Ergebnis, dass die Swisscom auf dem Markt für den Zugang zur physischen Netzinfrastruktur mit glasfaserbasierten Übertragungsgeschwindigkeiten in Gebieten, in denen lediglich ein Glasfaseranschluss an das Swisscom-Netz besteht, über eine marktbeherrschende Stellung verfügt. Swisscom hat diese missbraucht, indem sie einen Layer 1-Zugang für alternative Fernmeldediensteanbieterinnen verweigert und deren technische Entwicklung eingeschränkt hat. Vorbehältlich sachlich begründeter Einzelfälle verpflichtet der Entscheid der WEKO Swisscom dazu, innerhalb von bestimmten Übergangsfristen bereits in Betrieb genommene Glasfaseranschlüsse, die kein Layer 1-Angebot ermöglichen, ausser Betrieb zu nehmen oder umzurüsten. Zudem wird Swisscom grundsätzlich untersagt, zukünftig ein Glasfasernetz in einer Weise aufzubauen bzw. auszubauen, die es Nachfragerinnen verunmöglicht, ein Layer 1-Angebot ab den Swisscom Anschlusszentralen zu nutzen. Nebst diesen Massnahmen wurde der Swisscom eine Busse von rund 18 Millionen Franken auferlegt. Der Entscheid der WEKO kann vor BVGer angefochten werden. In dieser Sache hatte die WEKO bereits mit der Untersuchungseröffnung im Dezember 2020 vorsorgliche Massnahmen verfügt und der Swisscom untersagt, ihr Glasfasernetz in einer Weise aufzubauen, die Dritten einen Layer 1-Zugang ab den Anschlusszentralen von Swisscom verunmöglicht. Die vorsorglichen Massnahmen wurden vom BVGer und später vom BGer vollumfänglich bestätigt (vgl. dazu 4.1.11).

Ende August 2023 kommunizierte die WEKO ihren Entscheid vom 3. Juli 2023 über die **Deponie Höli Liestal AG**. Sie stellte fest, dass die Deponie Höli in einem Umkreis von rund 40 Fahrminuten für nicht wiederverwertbare Abfälle eine marktbeherrschende Stellung einnimmt und diese missbraucht hat. Bau- und Entsorgungsunternehmen entsorgen verschiedene Arten von Bauabfällen und Bodenaushub auf Deponien, so auch auf der Deponie Höli. Für die Wahl einer Deponie sind die Deponiegebühren sowie die Transportkosten zur Deponie ausschlaggebend. Die Deponie Höli liess ihre Aktionärinnen

zu Vorzugskonditionen und damit zu deutlich tieferen Preisen als Nichtaktionäre Abfallmaterial deponieren. Bau- und Entsorgungsunternehmen ohne Aktionärsstatus mussten folglich zu höheren Gebühren entsorgen. Sie waren damit weniger konkurrenzfähig als Aktionäre. Zudem verweigerte die Deponie Höli Nichtaktionären vorübergehend die Materialannahme. Diese Ungleichbehandlungen behinderten Nichtaktionäre im Wettbewerb zu Aktionärinnen. Somit missbrauchte die Deponie Höli ihre marktbeherrschende Stellung und erhielt eine Busse von rund 1 Million Franken. Der Entscheid ist rechtskräftig.

#### 3.2 Urteile der Gerichte

Die WEKO stellte in ihrem Entscheid **Baubeschläge** für Fenster und Fenstertüren vom 18. Oktober 2010 verschiedene sanktionierbare Preisabreden zwischen Händlerinnen von Baubeschlägen fest. Drei Unternehmen beschwerten sich beim BVGer, welches die Beschwerden im Jahr 2014 allesamt guthiess. Gegen zwei dieser Urteile rekurrierte die WEKO vor BGer. Das BGer hiess die beiden Rekurse im Jahr 2017 gut und wies die Sache zur Neuerteilung ans BVGer zurück. Mit seinen Urteilen vom 12. Dezember 2023 stützt nun das BVGer die ursprünglichen Entscheide der WEKO. Die Urteile sind rechtskräftig.

Die WEKO führte insgesamt 10 Untersuchungen über Submissionsabreden im Kanton Graubünden. 3 dieser Verfahren beschäftigten sich jeweils mit einer Vielzahl, 7 mit maximal 10 abgesprochenen Bauprojekten. Zu den Untersuchungen zählen die WEKO-Entscheide vom 27. Mai 2019 über eine Vielzahl an unzulässigen Wettbewerbsabreden zwischen 3 Bauunternehmen (**Engadin II**), vom 26. März 2018 über mehrere Arten unzulässiger Abreden zwischen vielen Unternehmen (**Engadin I**) sowie drei Entscheide vom 2. Oktober 2017 über unzulässige Wettbewerbsabreden zu je einem Bauvorhaben zwischen 2 Unternehmen (**Engadin IV**) oder 3 Unternehmen (**Engadin VI** und **Engadin VIII**):

- Die Bezzola Denoth AG sowie die Implenia Schweiz AG reichten gegen den WEKO-Entscheid **Engadin VI** Beschwerde beim BVGer ein, welches die Beschwerde mit seinen Urteilen vom 7. Dezember 2023 und 23. November 2023 abwies. Das BVGer setzte sich mit dem Vorliegen einer unzulässigen Abrede sowie mehreren Sanktionsfragen auseinander. Es bestätigte seine jüngere Praxis zu Submissionsabreden und im Ergebnis den WEKO-Entscheid. Ein Unternehmen zog das Urteil an das BGer weiter.
- Gegen den Entscheid **Engadin VIII** erhob namentlich die Implenia Schweiz AG Beschwerde beim BVGer. In seinem Urteil vom 28. November 2023 hatte sich das BVGer primär mit Sanktionsfragen auseinandersetzen. Es bestätigte seine jüngere Praxis zu Submissionsabreden und den WEKO-Entscheid. Implenia legte beim BGer Beschwerde ein.
- Die WEKO stellte im 2018 mit ihrem Entscheid **Engadin I** verschiedene Wettbewerbsabreden fest: Vorversammlungen (1997-2008), Zusammenarbeit Foffa Conrad AG, Bezzola Denoth AG und Lazzarini AG (2008-2012), 11 Einzelabreden (2009-2012), Kooperationsverträge zwischen Foffa Conrad AG, Bezzola

Denoth AG, Lazzarini AG und Alfred Laurent AG (1999-2008). Vorsichtig geschätzt waren von diesen Abreden über 400 Bauprojekte der öffentlichen und privaten Hand im Hoch- und Tiefbau mit einem Beschaffungsvolumen von über 100 Millionen Franken betroffen. Drei Unternehmen rekurrten gegen den WEKO-Entscheid. Mit seinen drei Urteilen vom *28. November 2023* bestätigt das BVGer die Unzulässigkeit aller Abreden. Es bestätigt zudem die Wahrung sämtlicher Parteirechte. Das BVGer reduziert mehrere Sanktionsbeträge, teilweise in hohem Umfang. Diese Reduktionen sind vor allem auf die Einschätzung der Selbstanzeigen zurückzuführen. So forderte die WEKO eine höhere Kooperation der Selbstanzeigerinnen als das BVGer. Zudem berücksichtigte das BVGer die nachträglich geleistete Kompensationszahlung eines Unternehmens an den Kanton hälftig. Alle Unternehmen legten Beschwerde beim BGer ein.

- Die Rocca + Hotz reichte gegen den Entscheid **Engadin II** Beschwerde ein, über welche das BVGer mit seinem Urteil vom *26. Oktober 2023* befand. Gemäss WEKO sprachen die Bauunternehmen insgesamt zehn Bauprojekte ab. Das BVGer entschied, dass bei einem Bauprojekt die Beweislage zu schwach sei. Ansonsten bestätigte das BVGer den WEKO-Entscheid umfassend, so hinsichtlich Beweisführung, Beweiswert von Selbstanzeigen, rechtlicher Beurteilung, Sanktionsberechnung sowie Beurteilung der Tragbarkeit der Busse. Das Urteil ist rechtskräftig.
- Die Foffa Conrad AG reichte gegen den WEKO-Entscheid **Engadin IV** Beschwerde beim BVGer ein, welches die Beschwerde mit seinem Urteil vom *14. August 2023* abwies. Das BVGer bestätigte den WEKO-Entscheid umfassend. Insbesondere hielt das BVGer fest, dass die Abrede nachgewiesen und unzulässig sei. Gemäss BVGer hat ein sich selbstanzeigendes Unternehmen während dem gesamten Verfahren vor der WEKO und den Gerichten zu kooperieren, ansonsten die mit der Selbstanzeige einhergehende Sanktionsreduktion tiefer ausfallen. Das Urteil ist rechtskräftig.

Die WEKO untersagte mit Verfügung vom *22. Mai 2017* den geplanten Zusammenschluss **Ticketcorner** und **Starticket**, da dieser zu einer möglichen Beseitigung wirksamen Wettbewerbs auf einem nationalen Markt für Fremdvertriebsdienstleistungen im Bereich Ticketing geführt hätte. Das BVGer trat mit Urteil vom *12. Dezember 2023* mangels aktuellen und praktischen Rechtsschutzinteresses nicht auf die Beschwerde von Ticketcorner ein. Denn die TX Group trat als vormalige Eigentümerin von Starticket im Jahr 2020 von der entsprechenden Transaktionsvereinbarung zurück und veräusserte Starticket im selben Jahr an See Tickets.

UPC erwarb 2016 die Fernsehrechte für Spiele der Schweizer Eishockeymeisterschaft. Sie verweigerte Swisscom jahrelang die **Übertragung von Live-Eishockey**. Diese Verweigerung erachtete die WEKO Ende 2020 als kartellrechtlich unzulässig und büsste UPC mit rund 30 Millionen Franken. Mit seinem Urteil vom *31. Oktober 2023* bestätigte das BVGer den WEKO-Entscheid gegen UPC. Es stellte zunächst fest, dass

sich UPC während knapp drei Jahren geweigert hatte, der Swisscom (Schweiz) AG resp. ihrer Tochtergesellschaft Blue Entertainment AG ein **Angebot** für die Ausstrahlung von Live-Eishockeyspielen bereitzustellen. Das Gericht erachtete ein vollständiges Angebot an Schweizer Eishockeyübertragungen für Swisscom in einem beschränkten Umfang als notwendig, um im Pay-TV wirksam konkurrenzieren zu können. Folglich führte die Weigerung von UPC gegenüber Swisscom zu einer Wettbewerbsbehinderung und missbrauchte UPC ihre marktbeherrschende Stellung. Das Gericht reduzierte die Sanktion auf rund 29.1 Millionen Franken, da es die Dauer der Widerhandlung um 5 Monate geringer beurteilte. UPC reichte beim BGer Beschwerde ein.

Im Jahr 2019 genehmigte die WEKO das Zusammenschlussvorhaben **Gateway Basel Nord (GBN)** von SBB, Hupac und Rethmann. Die swissterminal AG ersuchte die WEKO gestützt auf das Öffentlichkeitsgesetz (BGÖ) um Zugang zu entsprechenden nicht publizierten Dokumenten. Die WEKO gewährte swissterminal zwar den grundsätzlichen Zugang, schwärzte jedoch teilweise Textstellen und Beilagen sowie anonymisierte Personennamen zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen und Personendaten. Nach mehreren Zwischenschritten und -entscheiden sowie Schlichtungsverfahren beim Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten (EDÖB) reichte swissterminal 2021 beim BVGer eine Beschwerde ein, welche dieses mit Urteil vom *29. Juni 2023* behandelte. Strittig waren die Abdeckung verschiedener als Geschäftsgeheimnis bezeichnete Passagen in diversen Dokumenten sowie die Abdeckung von Namen und Logo, also Personendaten, von Gutachtern. Das BVGer akzeptierte die geschwärzten Passagen bis auf eine Ausnahme und legte die Namen sowie das Logo der Gutachter offen. Insgesamt obsiegte die WEKO damit zu vier Fünfteln. Swissterminal reichte beim BGer eine Beschwerde ein.

Mit seinem Urteil vom *22. Juni 2023* trat das BGer nicht auf die **subsidiäre Verfassungsbeschwerde** der WEKO betreffend eine freihändige Vergabe eines Ausbaus einer Trafostation ein. Das BGer verneinte die rechtlich noch nicht geklärte Frage, ob die WEKO im Bereich des Binnenmarktrechts über eine Legitimation zur subsidiären Verfassungsbeschwerde verfügt. Die Verfassungsbeschwerde der WEKO richtete sich gegen ein Urteil des kantonalen Verwaltungsgerichts St. Gallen. Dieses lehnte die ursprüngliche WEKO-Beschwerde gegen die Gemeindevergabe ab. Es prüfte dabei die von der WEKO gerügte Verletzung der beschaffungsrechtlichen Vorbefassungs- und Ausstandsregeln nicht näher, da die Rügegründe nach Einschätzung des Verwaltungsgerichts bei solchen freihändigen Verfahren eingeschränkt seien.

Am *5. Juni 2023* entschied das BVGer über die Beschwerde von CA Auto Finances Suisse SA (zuvor: FCA Capital Suisse SA, nachfolgend: Fiat) gegen die Teilverfügung der WEKO vom *26. Juni 2019* im Bereich des Autoleasings entschieden. Die WEKO hatte gegen acht **Autoleasingunternehmen** Sanktionen in der Höhe von insgesamt 30 Millionen Franken verhängt. Während mehreren Jahren hatten diese Unternehmen Informationen über Werbeaktionen und Elemente zur Berechnung der Leasingraten ausgetauscht. Fiat reichte gegen den

Entscheid sowohl eine verwaltungsrechtliche Klage als auch eine Beschwerde beim BVGer ein. Die Klage wurde bereits vom BVGer abgewiesen. Mit Entscheid vom 5. Juni 2023 wies das BVGer die Beschwerde von Fiat ab, bestätigte die Schlussfolgerungen der angefochtenen Entscheidung und validierte die Praxis der WEKO zum Austausch vertraulicher Informationen zwischen sich konkurrenzierenden Unternehmen.

Das BGer bestätigte mit seinem Urteil vom 9. Mai 2023 das vorinstanzliche Urteil des BVGer vom 16. Februar 2021 und die Verfügung der WEKO vom 11. Dezember 2017 gegen die **Naxoo AG**. Wie die Vorinstanzen kommt auch das BGer zum Schluss, dass Naxoo eine marktbeherrschende Stellung auf dem Markt für den Anschluss an das Kabelnetz in der Stadt Genf hatte. Naxoo missbrauchte diese Stellung gegenüber Gebäudeeigentümern, Drittanbietern von Anlagen und Endkunden. Sie erzwang in ihren Gebäudeanschlussverträgen unangemessene Geschäftsbedingungen und schränkte die Absatzmöglichkeiten und die technische Entwicklung ein. Da Naxoo nach dem Entscheid der WEKO gewisse Umsatzdaten korrigierte und diese Daten die Grundlage für die Berechnung der Sanktion darstellen, reduzierte das BVGer die von der WEKO ausgesprochene Sanktion von 3,6 Millionen auf rund 3,26 Millionen Franken. Naxoo legte beim BGer gegen dieses Urteil Beschwerde ein. Das BGer reduzierte die Sanktion von 3,26 Millionen auf 3,1 Millionen Franken aufgrund einer verkürzten Dauer der Verstösse von 75 Monaten anstelle von 85 Monaten.

Das BVGer wies am 16. Februar 2023 die Beschwerde von Concepto Watch Factory SA (Concepto) und Manufacture 2824 SA (Manufacture 2824) gegen die WEKO-Verfügung vom 28. Juni 2021 ab. Die WEKO hatte den Unternehmen eine Sanktion auferlegt, weil sie gegen die **Auskunftspflicht** verstossen hatten. Das BVGer bemass die Sanktion anders als die WEKO, weshalb es diese um 5'000 auf 35'000 Franken reduzierte.

## 4 Tätigkeiten

### 4.1 Tätigkeiten in verschiedenen Märkten

Das Kartell- und Binnenmarktgesetz gilt für alle Märkte. Entsprechend erstrecken sich die Tätigkeiten der WEKO und des Sekretariates auf verschiedene Branchen. Das WEKO-Sekretariat erhält jedes Jahr mehrere hundert Meldungen und Anzeigen von Bürgerinnen und Bürgern, der öffentlichen Hand, Unternehmen, Verbänden etc. Durchschnittlich münden diese Meldungen und Anzeigen jährlich in 80–90 Verfahren. Rund 75 Prozent davon sind kleine informelle Marktbeobachtungen, etwa 18 Prozent mittelgrosse Verfahren («Vorabklärungen») und etwa 7 Prozent grössere Verfahren («Untersuchungen»)<sup>1</sup>. **Im Folgenden** werden die wichtigsten Erkenntnisse aus diesen Verfahren sowie aus den Beratungen, Stellungnahmen zu staatlichen Erlassen und Beihilfen nach Märkten gegliedert dargestellt. Zudem werden neu eröffnete Vorabklärungen und Untersuchungen beschrieben.

#### 4.1.1 Automobilsektor

Am 1. Januar 2024 löste die **KFZ-Verordnung** des Bundesrates die KFZ-Bekanntmachung der WEKO ab. Damit setzte der Bundesrat die Motion Pfister «Effektiver

Vollzug des Kartellgesetzes beim Kraftfahrzeughandel» (18.3898) um, die das Parlament im März 2022 angenommen hatte. Die KFZ-Verordnung regelt insbesondere die Beschränkung von Parallelimporten, den Zugang zu Ersatzteilen und technischen Informationen für unabhängige Garagen, den Mehrmarkenvertrieb durch Garagen und die Kündigungsmodalitäten zum Schutz der Händler. Sie enthält keine wesentlichen inhaltlichen Änderungen im Vergleich zur KFZ-Bekanntmachung der WEKO, ist jedoch nicht nur für die Wettbewerbsbehörden, sondern auch für die Gerichte verbindlich. Die WEKO erliess am 4. Dezember 2023 **Erläuterungen zur KFZ-Verordnung**. Diese sollen den Unternehmen als Auslegehilfe dienen. Die Erläuterungen traten ebenfalls am 1. Januar 2024 in Kraft und ersetzen jene zur KFZ-Bekanntmachung.

Im Automobilsektor ziehen gewisse Kraftfahrzeuganbieterinnen eine Umstellung vom Vertrieb über unabhängige Händlerinnen (Händlermodell) auf den Vertrieb durch Vermittlerinnen im **Agenturmodell** in Betracht. Im Agenturmodell kann die Kraftfahrzeuganbieterin die Verkaufspreise der Agenten festsetzen, sofern sie insbesondere alle wesentlichen Kosten und Risiken der Agenten übernimmt (sog. echte Agentur). Im April 2023 meldete eine Kraftfahrzeuganbieterin der WEKO ihr geplantes Agenturmodell im Rahmen eines *Widerspruchsverfahrens*. Die WEKO analysierte das Agenturmodell gestützt auf die Prüfkriterien gemäss den EU-Vertikalleitlinien. Weil unklar blieb, ob die Kraftfahrzeuganbieterin tatsächlich alle wesentlichen Kosten und Risiken der Agenten übernimmt und ob die Preisvorgaben der Kraftfahrzeuganbieterin somit zu unzulässigen vertikalen Preisabreden führen könnten, eröffnete das Sekretariat im September 2023 eine *Vorabklärung*. Die Vorabklärung dient dazu, die Kosten- und Risikoverteilung im Agenturmodell einer näheren Prüfung zu unterziehen unter Einbezug insbesondere auch der Händlerseite.

In der *Beratung* zu einer **Online-Vergleichsplattform betreffend Treibstoffpreise an Tankstellen** beurteilte das Sekretariat, ob es kartellrechtlich zulässig ist, wenn nebst Konsumentinnen und Konsumenten auch Tankstellenbetreiberinnen ihre Treibstoffpreise in Echtzeit an die TCS-Vergleichsplattform übermitteln. Über diese Plattform können die Treibstoffpreise, insbesondere für Benzin und Diesel, von Tankstellenbetreiberinnen in der Schweiz abgerufen werden. Das Sekretariat der WEKO kam zum Schluss, dass die Übermittlung von aktuellen Treibstoffpreisen mit vollständiger Veröffentlichung auf der TCS-Vergleichsplattform zu einem Austausch von kompetitiv sensiblen Preisdaten führt. Damit einher geht

<sup>1</sup> Zur Erklärung: Das kartellverwaltungsrechtliche Untersuchungsverfahren dient zur formellen Beurteilung der Zulässigkeit oder Unzulässigkeit von kartellrechtlichen Wettbewerbsbeschränkungen, ist umfassender Natur und dauert rund 2-3 Jahre. Es wird durch die WEKO entschieden. Die Vorabklärung ist ein kartellverwaltungsrechtliches Vorverfahren weitgehend informeller Natur, mit welchem die untersuchungswürdigen Fälle ermittelt werden und das in der Regel rund ein Jahr dauert. Die Marktbeobachtung ist informelles kartellrechtliches Verwaltungshandeln, das je nach behördlicher Markterkenntnis in eine Vorabklärung oder Untersuchung münden kann oder formlos beendet wird. Vorabklärungen und Marktbeobachtungen werden auf Stufe Sekretariat der WEKO geführt und abgeschlossen.

nach Einschätzung des Sekretariats ein gewisses Kollisionsrisiko, das im Einzelfall zu unzulässigen Preisabreden zwischen den Tankstellenbetreiberinnen führen kann. Dieses Kollisionsrisiko kann erheblich vermindert werden, sofern nicht sämtliche, sondern nur die günstigsten Treibstoffpreise der Tankstellenbetreiberinnen publiziert werden.

#### 4.1.2 Bauwirtschaft

Die WEKO hielt in ihrem Entscheid gegen die Deponie Höli Liestal AG fest, dass diese ihre marktbeherrschende Stellung im **Deponiebereich** missbrauchte (vgl. Abschnitt 3.1). Damit schloss sie die 2021 eröffnete *Untersuchung* ab.

Im Juli 2021 schrieb der Kanton Freiburg rund 30 Lose für den **Winterdienst** auf den Kantonsstrassen aus. Einige dieser Vergabeverfahren brach er zwischen März und April 2022 aufgrund unerklärlich hoher Preise ab. Gegen sechs dieser Lose wurde vor dem Kantonsgericht Beschwerde eingelegt. In seinen Entscheiden vom Dezember 2022 stellte das Kantonsgericht fest, dass die Preise der eingereichten Angebote offensichtlich missbräuchlich seien und dass es möglicherweise eine Absprache zwischen den Bietern gegeben habe. Im April 2023 eröffnete das Sekretariat der WEKO eine *Vorabklärung*. Mit der *Vorabklärung* soll festgestellt werden, ob es Hinweise auf Absprachen zwischen mehreren Unternehmen betreffend den Winterdienst im Kanton Freiburg gibt.

Im Februar 2023 stellte das Sekretariat eine *Marktbeobachtung* über den **Objektschutz** von Wand- und Bodenbelägen ein. Verschiedene Baumaterialhändler richten bei grösseren Objekten eine sogenannte Objektmeldung oder Objektschutzmeldung an die Hersteller von keramischen Wand- und Bodenbelägen. Damit zeigt der Baumaterialhändler dem Hersteller an, dass er den Bauherrn oder die Bauherrin beraten und die keramischen Wand- oder Bodenbeläge des entsprechenden Herstellers beworben hat. Gleichzeitig bittet er den Hersteller darum, ihm den Preis für die Produkte anzugeben und für den vorgesehenen Zeitraum eine Liefergarantie zu gewähren. Für die durchgeführte Beratung und Bemusterung erhält der Baumaterialhändler vom Hersteller in der Regel einen Zusatzrabatt oder einen Spezialpreis. Die Objektmeldung ermöglicht es dem Hersteller, die Produktions- und Lieferkapazitäten zu planen und zu verhindern, Kapazitäten für ein Objekt mehrfach zu reservieren. Es ergaben sich keine Hinweise, dass sich die Hersteller gegenüber den Baumaterialhändlern verpflichten würden, demjenigen Baumaterialhändler, der als erster eine Objektmeldung einreicht, die besten Konditionen für das konkrete Objekt zu gewähren. Zudem bestand im konkreten Fall zwischen den Wand- und Bodenbelägen verschiedener Hersteller eine Austauschbarkeit. Insgesamt lagen keine hinreichenden Anhaltspunkte dafür vor, dass die Objektmeldung den Wettbewerb zwischen den Baumaterialhändlern beschränkte.

Im November 2023 eröffnete das WEKO-Sekretariat zwei neue *Untersuchungen*: Die eine berührt mutmassliche **Submissionsabreden** im Kanton Neuenburg. Es bestehen Anhaltspunkte dafür, dass mehrere Unternehmen ihre Offerten und Preise für Beschaffungen der öffentlichen Hand und von Privaten im Hoch- und Tief-

bau koordinierten. Die zweite Untersuchung betrifft den **Stahlhandel**. Es besteht der Verdacht, dass drei Stahlhändler den Verkauf von Bewehrungsstahl an den gleichzeitigen Bezug von Distanzkörben knüpfen. Die drei Unternehmen scheinen insbesondere höhere Preise für den Bewehrungsstahl zu verlangen, wenn Bauunternehmen Distanzkörbe und Bewehrungsstahl bei unterschiedlichen Händlern beziehen wollen.

#### 4.1.3 Detailhandel und Konsumgüterindustrie

Im Februar 2023 schloss das Sekretariat die *Vorabklärung zur Zahlungsabwicklung von Coop* über Markant ab. In der Vorabklärung ergaben sich Hinweise, dass Coop auf gewissen Beschaffungsmärkten von Gütern des täglichen Bedarfs eine marktbeherrschende Stellung innehat. Zudem bestanden Anhaltspunkte, dass die Bedingungen von Coop bei der Zahlungsabwicklung der Umsätze mit den Lieferantinnen über Markant missbräuchlich sind. In der Folge konfrontierte das Sekretariat Coop mit seinen Bedenken. Es empfahl Coop, den Lieferantinnen eine kostenneutrale Zahlungsabwicklung wie vor 2021 zu ermöglichen. Coop entschied, diese Anregungen umzusetzen und hierzu den Markant-Vertrag per Ende 2023 zu kündigen. Deshalb stellte das Sekretariat die *Vorabklärung* ein. Es verzichtete darauf abschliessend abzuklären, ob und auf welchen Beschaffungsmärkten Coop tatsächlich eine marktbeherrschende Stellung aufweist und ob Coop diese Stellung missbrauchte. Dies wäre im Rahmen einer Untersuchung zu klären gewesen. Das Sekretariat erachtete es stattdessen als zielführender, die kartellrechtlichen Probleme via Anregungen zu lösen.

In der *Beratung Datenplattform in der Sportindustrie* beurteilte das Sekretariat einen Datenaustausch zwischen Herstellerinnen, Grosshändlerinnen und Einzelhändlerinnen über eine Plattform mit optimierten digitalen Prozessen. Das Sekretariat erkannte zwei problematische Bereiche: Einerseits muss die Datenplattform sicherstellen, dass keine kompetitiv sensiblen Informationen zwischen Konkurrentinnen – auf Ebene der Lieferantinnen oder Händlerinnen – ausgetauscht werden können. Andererseits können elektronische (unverbindliche) Preisempfehlungen der Lieferantinnen, die direkt in das Kassensystem der Händlerinnen eingespeist werden, zu Preisabreden führen. Zulässig ist indes die elektronische Übermittlung individueller Einstandspreise, wenn sichergestellt ist, dass die Händlerinnen ihre Verkaufspreise selbst festlegen.

Im März eröffnete die WEKO eine *Untersuchung* im Bereich von **Duftstoffen**. Es besteht der Verdacht, dass Produzentinnen von Duftstoffen («fragrances») ihre Preispolitik koordinierten, ihre Konkurrentinnen daran hinderten, bestimmte Kundinnen zu beliefern, und die Herstellung gewisser Duftstoffe beschränkten. Duftstoffe werden zur Herstellung zahlreicher Produkte verwendet, darunter insbesondere Kosmetik- und Körperpflegeprodukte sowie Wasch- und Reinigungsmittel.

Im Juni eröffnete die WEKO eine *Untersuchung* im Bereich des **Online-Handels mit Druckerzubehör und Büromaterial**. Es bestehen Anhaltspunkte, dass zwei Grosshandelsunternehmen für Druckerzubehör und Büromaterial auf die Wiederverkaufspreise von verschiedenen Online-Händlerinnen Einfluss nahmen.

Dadurch könnten die beteiligten Unternehmen kartellrechtlich unzulässige vertikale Preisabreden getroffen haben.

#### 4.1.4 Energie

Im **Gasbereich** hatte das Sekretariat im Jahr 2023 mehrere informelle Anfragen zu Netzzugangsgesuchen von Drittlieferantinnen zu bearbeiten (vgl. auch hinten 8.2). Es stellte im Rahmen von *Marktbeobachtungen* ohne Verfahrenseröffnung sicher, dass Drittlieferantinnen der Netzzugang zur Endkundenbelieferung gewährt wird. Zudem verfasste das Sekretariat im Frühjahr 2023 eine Stellungnahme in der *Ämterkonsultation* zu einem Aussprachepapier an den Bundesrat mit den Eckwerten zum neuen Gasversorgungsgesetz. Überdies nahm das Sekretariat anlässlich einer Teilrevision der Verordnung über die Sicherstellung der Lieferkapazitäten bei einer schweren Mangellage in der Erdgasversorgung Stellung zum Konzeptbericht 2023/24 der Task Force Winterversorgung. Zu weiteren Tätigkeiten vgl. auch hinten 8.2 und 8.4.

Aufgrund der mit Beginn des Ukraine-Kriegs im Frühjahr 2022 entstandenen **Energiekrise** wurden auch im Jahr 2023 verschiedene neue Gesetzes- und Verordnungsvorlagen im **Strom- und Gasbereich** auf Stufe Bundesverwaltung lanciert, um die **Versorgungssicherheit** im Winter zu gewährleisten. Die Wettbewerbsbehörden verfassten in parallel verlaufenden Rechtsetzungsprojekten auf Gesetzes- und Verordnungsstufe diverse Stellungnahmen zur Stromreserve. Das Sekretariat äusserte sich zudem in *Ämterkonsultationen* des Bundesamtes für wirtschaftliche Landesversorgung (BWL) betreffend Bewirtschaftungsmassnahmen in einer Strommangellage und das Datenmonitoring in einer Teilrevision der Verordnung über die Organisation zur Sicherstellung der wirtschaftlichen Landesversorgung im Bereich der Gaswirtschaft (VOGW). Das Sekretariat und die WEKO setzten sich in all diesen Konsultationen für möglichst wettbewerbsneutral und diskriminierungsfrei ausgestaltete regulatorische Massnahmen sowie verursachergerechte Kostenüberwälzungen ein.

Im **Strombereich** wurde zudem ein neues Bundesgesetz über die Aufsicht und Transparenz im Energie-grosshandel (BATE) erarbeitet und an das Parlament überwiesen. Dessen Inhalte decken sich zum Grossteil mit den diesbezüglichen Vorgaben auf EU-Ebene in der so genannten REMIT-Verordnung. Damit ein funktionierender Elektrizitätsgrosshandelsmarkt gewährleistet werden kann, ist sicherzustellen, dass sich einzelne Akteure nicht in wettbewerbsschädigender Weise unzulässig verhalten. Um systemschädigendes Verhalten wirksam zu ahnden, unterstützten das Sekretariat und die WEKO die Schaffung neuer Strafbestimmungen betreffend Insiderhandel und Marktmanipulation im Schweizer Recht. Aus Wettbewerbsicht als kritisch beurteilten die Wettbewerbsbehörden hingegen die ebenfalls aus dem EU-Recht übernommene Verpflichtung zur Veröffentlichung von Insiderinformationen namentlich über die Kapazität und die Nutzung von Anlagen zur Erzeugung, zur Speicherung, zum Verbrauch oder zum Transport von Strom und Gas. Die erhöhte Transparenz infolge der Publikationsverpflichtungen der grossen Marktakteure über die Kapazitäten und den

Einsatz ihrer Infrastruktur könnte aufgrund der bestehenden Oligopolstrukturen in den Märkten für Stromproduktion und -handel in der Schweiz den Wettbewerb beeinträchtigen. Darüber hinaus verfassten die Wettbewerbsbehörden verschiedene *Stellungnahmen* zu mehreren Verordnungsvorlagen im Bereich der Stromversorgungs- und Energiegesetzgebung.

#### 4.1.5 Finanzmärkte

Am 19. März 2023 bewilligte die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA («FINMA») den vorzeitigen Vollzug des *Zusammenschlusses UBS und Credit Suisse* aus wichtigen Gründen. Bei Zusammenschlüssen von Banken im Sinne des Bankengesetzes kann die FINMA die fusionskontrollrechtliche Entscheidungskompetenz ausnahmsweise an sich ziehen, wenn ihr der konkrete Zusammenschluss aus Gründen des Gläubigerschutzes als notwendig erscheint. Sie lädt diesfalls die WEKO zu einer *Stellungnahme* ein. Vor diesem Hintergrund ermittelte das Sekretariat im Auftrag der FINMA die wettbewerbsrechtlichen Verhältnisse auf den relevanten Märkten. Die WEKO beurteilte auf dieser Basis in ihrer Stellungnahme vom 25. September 2023 die Auswirkungen des Zusammenschlusses auf den Wettbewerb.

Das Sekretariat behandelte im Bereich der Finanzmärkte mehrere *Beratungen*. Dabei bildete auch die Nachhaltigkeit ein Thema, so etwa in der **Beratung für die Schweizerische Bankiervereinigung (SBVg)**. Das Sekretariat prüfte die beiden Selbstregulierungen der SBVg im Bereich Sustainable Finance («Richtlinien für die Finanzdienstleister zum Einbezug von ESG-Präferenzen und ESG-Risiken bei der Anlageberatung und Vermögensverwaltung») und «Richtlinien für Anbieter von Hypotheken zur Förderung der Energieeffizienz», in Kraft seit 1. Januar 2023). Diese aufgrund bundesrätlicher Leitlinien zur Nachhaltigkeit im Finanzsektor eingeführten Selbstregulierungen sehen u.a. Pflichten zur Aufklärung der Kundschaft über Nachhaltigkeit und die Berücksichtigung der Energieeffizienz von Immobilien während der Kundengespräche vor. Sie sind für sämtliche Mitglieder der SBVg verbindlich und für Nichtmitglieder ist eine Anschlussklärung möglich. Weil von solchen Branchenvereinbarungen regelmässig zahlreiche Akteure einer bestimmten Branche erfasst werden, besteht häufig ein gewisses Spannungsverhältnis zum Kartellrecht. Im konkreten Fall gelangte das Sekretariat zum Schluss, dass die beiden Selbstregulierungen mit den kartellrechtlichen Normen vereinbar sind. Mit den Selbstregulierungen werden zwar Mindeststandards geschaffen werden, die für einen wesentlichen Teil der Branche gelten. Allerdings behalten die Akteure weiterhin ihre Freiheit bei der Festlegung der relevanten Wettbewerbsparameter. Kundinnen und Kunden haben ausserdem die Möglichkeit, im Vorherein auf diese Beratung zu verzichten.

Am 29. Juni 2023 eröffnete die WEKO zwei *Untersuchungen* zu **Interchange Fees für Debitkarten**. Es sollen langfristige Lösungen für die Interchange Fees der Debitkarten von Visa und Mastercard getroffen werden. Dabei wurde eine Untersuchung gegen Visa, und die andere gegen Mastercard eröffnet. Die Ausgangslage ist unterschiedlich. Mit Mastercard zeichnet sich eine ra-

sche Einigung und ein Entscheid in Form einer einvernehmlichen Regelung ab. Mit Visa bestehen Differenzen, die eingehender zu klären sind. Gegenstand der Verfahren sind in beiden Fällen die inländischen Interchange Fees. Es handelt sich dabei um die Gebühr, welche eine Schweizer Kartenherausgeberin (normalerweise eine Bank) beim Einsatz der von ihr herausgegebenen Debitkarten erhält. Diese wird vom Zahlungsabwickler (dem Acquirer) im Rahmen seiner Händlerkommission an das Unternehmen weitergereicht, welches die Karte beim Zahlvorgang akzeptiert (typischerweise ein Händler), wobei die Interchange Fee nur eine von zahlreichen Komponenten der Händlerkommission ausmacht. Die Wettbewerbsbehörde hat nur für die Phase der Markteinführung der neuen Debitkarten von Visa und Mastercard eine Interchange Fee zugelassen. Diese Phase wurde mit dem Erreichen eines Marktanteils von je 15 Prozent abgeschlossen.

#### 4.1.6 Gesundheitswesen

Der Entscheid des Kantons Zürich, die **Kantonsapotheke** in eine Aktiengesellschaft umzuwandeln und dann an das Universitätsspital zu verkaufen, bildete Gegenstand einer *Marktbeobachtung*. Diese ist im Ergebnis für Zusammenschlussvorhaben unter Beteiligung eines staatlichen Unternehmens relevant und beinhaltet Schlussfolgerungen, welche für Kantone und Gemeinden von Interesse sind. Bei *Zusammenschlussvorhaben* stellt sich im Einzelfall die Frage, ob zu einem Kanton gehörige Unternehmen als voneinander unabhängige Einheiten und damit wirtschaftlich selbständige Unternehmen oder mit dem Kanton als eine wirtschaftliche Einheit zu betrachten sind. Entscheidend ist dabei, ob der Kanton **bestimmenden Einfluss** auf die Geschäftstätigkeit der Unternehmen ausüben kann. Kann dies nicht ausgeschlossen werden, weil beispielsweise eine dahingehende gesetzliche Grundlage existiert, ist tendenziell von einer wirtschaftlichen Einheit und damit dem Kanton als kontrollierendem Unternehmen auszugehen. In Fällen wie den folgenden vier ist zu prüfen, ob der jeweilige Kanton als kontrollierendes Unternehmen zu betrachten ist: 1) ein Kanton entscheidet sich dafür ein Unternehmen oder einen Teil eines Unternehmens von einem privaten Unternehmen oder einem anderen Kanton zu kaufen, 2) ein Kanton gründet ein Gemeinschaftsunternehmen mit einem anderen Kanton oder mit einem privaten Unternehmen, 3) ein Kanton akzeptiert eine kontrollierende Beteiligung anderer Unternehmen oder Kantone am Eigentum des eigenen Unternehmens. Zusammenschlussvorhaben, 4) an denen staatliche Unternehmen beteiligt sind, sind folglich jenen von Privatunternehmen gleichgestellt und fallen unter das Kartellgesetz.

#### 4.1.7 Landwirtschaft

Das Sekretariat beurteilte eine **Erzeugergemeinschaft für Schweizer Hopfen** von Schweizer Hopfenbäuerinnen und Hopfenbauern im Rahmen einer *Beratung*. Es kam zum Schluss, dass der geplante Verkauf des gesamten Hopfens durch den Geschäftsführer der Erzeugergemeinschaft als horizontale Preisabrede zwischen den Hopfenbäuerinnen und Hopfenbauern zu qualifizieren sein dürfte und diese Abrede den Wettbewerb erheblich beeinträchtigt. Allerdings ist die Preisabrede aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt und

somit zulässig, wenn der Verkauf des gesamten Hopfens durch den Geschäftsführer notwendig ist, um den Hopfen kostengünstiger zu vermarkten. Die geplante gemeinsame Qualitätskontrolle des Hopfens erachtete das Sekretariat nicht als Wettbewerbsabrede und somit als zulässig, falls es dabei nicht zu einem Austausch sensibler Daten kommt, etwa durch den Austausch individueller Produktionsmengen. Die geplante gemeinsame Verarbeitung des Hopfens ist zwar als Wettbewerbsabrede zu qualifizieren, befindet sich jedoch im sicheren Hafen der Kleinunternehmen gemäss der KMU-Bekanntmachung und ist somit zulässig.

#### 4.1.8 Medien

Im Januar 2023 eröffnete die WEKO eine *Untersuchung* gegen die französische Verlagsgruppe **Madrigall**. Im September 2022 zeigte Payot, eine in der Westschweiz tätige Buchhändlerin, Madrigall beim Sekretariat der WEKO wegen angeblichen Missbrauchs relativer Marktmacht an. Madrigall verhindere den Einkauf von Büchern in Frankreich zu den dort üblichen Preisen und Konditionen (vgl. auch 8.5).

Das Sekretariat führte eine *Vorabklärung* betreffend **Google News** wegen allenfalls unzulässiger Verhaltensweisen. Inhaltlich ging es dabei um den Vorwurf, dass unter Google News keine Artikel des News-Portals toggenburg24.ch zu finden seien. Im Gegensatz dazu würden praktisch alle Artikel der Mitbewerber und Mitbewerberinnen auf Google News angezeigt. Durch diese Nichtlistung bei Google News entstehe toggenburg24.ch ein direkter Nachteil gegenüber der Konkurrenz. Google machte geltend, sie habe ein erhebliches Interesse daran, den Nutzerinnen und Nutzern von Google News eine breite und vielfältige Palette von Nachrichten zu liefern. Um als News-Site erkannt zu werden müssten allerdings gewisse Mindestvoraussetzungen erfüllt werden, die toggenburg24.ch nicht erfülle. Im Ergebnis wurde es als legitimer Geschäftsgrund anerkannt, dass Google gewisse Mindestanforderungen an News-Sites für die Listung auf Google News voraussetzt, solange diese nicht unangemessen sind. Insgesamt ergaben sich damit keine Anhaltspunkte für ein missbräuchliches Verhalten.

#### 4.1.9 Post

Die WEKO hat im November 2023 aufgrund der Ergebnisse der vorläufigen Prüfung beschlossen, das gemeldete *Zusammenschlussvorhaben* der **Schweizerischen Post und Quickmail Holding AG** einer vertieften Prüfung zu unterziehen. Die Quickmail-Gruppe stellt mit ihren beiden Tochterunternehmen Quickmail AG und Quickpac AG schweizweit Briefe, unadressierte Sendungen (z.B. Werbeflyer), Zeitungen und Zeitschriften sowie Pakete zu. Die vorläufige Prüfung ergab Anhaltspunkte, dass durch die Übernahme der Quickmail-Gruppe durch die Post auf verschiedenen Märkten eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt wird. Die Post macht dabei geltend, dass es sich vorliegend um eine Sanierungsübernahme handle und sich die negativen Auswirkungen auf den Wettbewerb infolge des Zusammenschlusses auch ohne den Zusammenschluss ergeben würden. Die WEKO untersagte den Zusammenschluss am *15. Januar 2024*, da er auf verschiedenen Märkten eine marktbeherrschende Stellung



verstärken oder begründen würde, auf diesen Märkten den Wettbewerb beseitigen würde und in Form einer anderen Käuferin der konkursiten Quickmail Holding AG eine wettbewerbsfreundlichere Alternative zur Übernahme durch die Post besteht.

Die zwei 2022 eröffneten *Marktbeobachtungen* im Zusammenhang mit Geschäftsaktivitäten der **Schweizerischen Post** wurden 2023 eingestellt. Es lagen zum Zeitpunkt der Beurteilung keine genügenden Anhaltspunkte für missbräuchliche Verhaltensweisen der Post vor, welche die Durchführung einer Vorabklärung oder Untersuchung gerechtfertigt hätten. Dabei wurde auch darauf hingewiesen, dass die Beurteilung der ordnungspolitischen Frage, inwieweit staatliche Unternehmen Private konkurrenzieren dürfen, nicht in die Zuständigkeit des Sekretariats bzw. der WEKO falle. Inhaltlich ging es bei den Marktbeobachtungen im Wesentlichen um den Vorwurf von unzulässigen Quersubventionierungen und Kopplungsgeschäften sowie um den Vorwurf der Weitergabe von Daten aus dem Monopolbereich und der Diskriminierung von Geschäftspartnern.

#### 4.1.10 Sport

Die Fédération Internationale de Football Association (nachfolgend: FIFA) verabschiedete am 25. Dezember 2022 die « **FIFA Football Agent Regulations** » (nachfolgend: FFAR), welche darauf abzielen, die Aktivität von Fussballspielervermittlern zu reglementieren. Am 7. März 2023 wurde gegen die FIFA eine Anzeige im Zusammenhang mit dem Inkrafttreten der FFAR eingereicht. Diese sehen eine Obergrenze für die Vergütung der Fussballspielervermittler sowie Regeln, die die Möglichkeit der gleichzeitigen Vertretung mehrerer Parteien betreffen, vor. Die Anzeige war mit einem Antrag auf vorsorgliche Massnahmen verbunden, welche das Ziel hatten, das Inkrafttreten der beanstandeten Artikel per 1. Oktober 2023 zu verhindern. Nach einer Beurteilung der Situation beschloss das Sekretariat, keine vorsorglichen Massnahmen bei der WEKO zu beantragen, da die Voraussetzungen nicht erfüllt waren. Es eröffnete jedoch eine *Vorabklärung*, deren Ziel es ist, die Vereinbarkeit von bestimmten Artikeln der FFAR mit dem schweizerischen Wettbewerbsrecht zu überprüfen.

#### 4.1.11 Telekommunikation

Mit Entscheidung vom 4. Dezember 2023 schloss die WEKO die *Untersuchung Netzbaustrategie Swisscom* ab (vgl. 3.1 und 8.2).

#### 4.1.12 Verkehr

In den Bereichen **Personenbeförderung und Güterverkehr** haben das Sekretariat und die WEKO im Rahmen von *Ämterkonsultationen* und *Vernehmlassungen* mehrfach Stellungnahmen zu Regulierungsvorhaben abgegeben (vgl. hinten 8.4).

#### 4.1.13 Weitere Tätigkeiten

##### a. Relative Marktmacht

Auf den 1. Januar 2022 traten die neuen Bestimmungen zur relativen Marktmacht in Kraft. Sie gehen auf die Fair-Preis-Initiative zurück und sollen der Bekämpfung der Hochpreisinsel Schweiz dienen (vgl. dazu unten 8.5). Um den Unternehmen eine Anzeige zu erleichtern und

dem Sekretariat der WEKO die Triage der Fälle zu ermöglichen, veröffentlichten die Wettbewerbsbehörden bereits im Dezember 2021 ein Merkblatt zum Thema relative Marktmacht sowie ein entsprechendes Meldeformular.

Der namentlich im Parlament diskutierte grosse Ansturm an Anzeigen blieb auch im zweiten Jahr nach dem Inkrafttreten der Bestimmungen aus: So gingen bei den Wettbewerbsbehörden im Jahr 2023 sieben ausgefüllte Meldeformulare ein sowie rund zehn weitere Anzeigen und Bürgeranfragen mit Bezug zum Thema relative Marktmacht. Die eingereichten Meldeformulare, Anzeigen und Bürgeranfragen betrafen die unterschiedlichsten Branchen. Sehr häufig ging es um den angeblichen Missbrauch relativer Marktmacht im Verhältnis zwischen einer Herstellerin und einer Händlerin.

Aus den im Jahr 2023 eingegangenen Meldungen betreffend den Missbrauch relativer Marktmacht resultierten im Jahr 2023 keine Eröffnungen von *Untersuchungen* oder *Vorabklärungen*. Dies hat verschiedene Gründe. Beim grössten Teil der Fälle enthielten die Schilderungen der anzeigenden Unternehmen und Personen nicht genügend Hinweise auf einen kartellrechtswidrigen Missbrauch relativer Marktmacht. Es kam aber auch vor, dass Unternehmen ihr Anliegen nach einer ersten Kontaktaufnahme mit dem Sekretariat nicht weiterverfolgten und z.B. trotz Aufforderung durch das Sekretariat davon absahen, ein ausgefülltes Meldeformular einzureichen. Teilweise dürfte dies darauf zurückzuführen sein, dass dem anzeigenden Unternehmen die vorläufige Einschätzung des Sekretariats ausreichte und es mit dem angezeigten Unternehmen eine Einigung erzielen konnte.

##### b. Vertikalabreden

Im Dezember stellte das Sekretariat die *Vorabklärung zu Zerspanungswerkzeugen* ohne Folgen ein. Der Verdacht, die Unternehmen könnten sanktionierbare Preis- sowie Kunden- und Gebietsschutzabreden getroffen haben, erhärtete sich in der Vorabklärung nicht. Das Sekretariat erachtete es als zulässig, dass die Schweizer Vertriebsgesellschaft einer international tätigen Herstellerin von Werkzeugen zur Metallbearbeitung bestimmte ihrer bisherigen Kundinnen und Kunden an andere Händlerinnen abgegeben hatte. Zum Aufbau dieses dualen Vertriebssystems durfte die Vertriebsgesellschaft den Händlerinnen einmalig vertrauliche Informationen mitteilen, namentlich zu Verkaufspreisen, welche die Vertriebsgesellschaft bislang diesen Kundinnen verrechnet hatte. Beim Direktversand der Werkzeuge vom Lager der Herstellerin im Ausland an die Kundschaft der Händlerinnen gibt es einen Informationsaustausch zwischen der Vertriebsgesellschaft und den Händlerinnen über die Kundschaft der Händlerinnen sowie die bezogenen Produkte und Mengen. Diesen Informationsaustausch beurteilte das Sekretariat ebenfalls als zulässig, da die geprüfte Konstellation keine nachteiligen Auswirkungen auf den Wettbewerb befürchten liess.

Im Dezember eröffnete das Sekretariat der WEKO eine *Vorabklärung* zu einem Vertriebssystem von Feuerlöschern. Die Anbieterin vertreibt die Feuerlöscher über Agenten im Rahmen eines Agenturmodells und gleichzeitig selbst an Endkundinnen und Endkunden. Es besteht der Verdacht, dass es sich nicht um ein echtes

Agenturmodell handelt (vgl. 4.1.1) und unzulässige vertikale Preisabreden und Gebietsschutzklauseln vorliegen.

Im Rahmen von *Marktbeobachtungen* infolge Verdachts auf vertikale Preisabreden und Abschottung des Schweizer Markts wies das Sekretariat die betroffenen Unternehmen auf die kartellrechtlichen Bedenken hin und empfahl Rundschreiben an Vertriebspartnerinnen und Schulungen von Mitarbeitenden mit der Klarstellung, dass unaufgeforderte Bestellungen von Kundinnen und Kunden aus der Schweiz uneingeschränkt bedient werden können und die Händlerinnen in der Preissetzung frei sind.

### c. Ermittlungen

Im Berichtsjahr wurden 4 Hausdurchsuchungsaktionen durchgeführt. In der von Amtes wegen («ex officio») eröffneten Untersuchung Duftstoffe (vgl. 4.1.3) wurden die Hausdurchsuchungen und Einvernahmen der ersten Stunde mit anderen Wettbewerbsbehörden abgestimmt. Vor und während der Aktion erfolgten Austausche mit der Europäischen Kommission, der US Department of Justice Antitrust Division (DoJ) und der britischen Competition and Markets Authority (CMA). Dabei wurden praktische Aspekte koordiniert, etwa in Bezug auf den Zeitpunkt der Aktion, die Regelung von möglichen Konflikten bei der Sicherstellung der elektronischen Daten oder den Zeitpunkt und Inhalt der Pressemitteilung. Zudem wurden mögliche rechtliche Probleme besprochen und gelöst (z. B. Belehrung von Personen, die in der Schweiz als Zeugen einvernommen werden, denen aber in den USA eine strafrechtliche Verfolgung drohen könnte). Da sich die Hauptsitze von zwei der vier grossen Duftstoffhersteller in der Schweiz befinden, war der Beitrag der schweizerischen Behörde ausschlaggebend für das organisatorische Gelingen der ganzen Aktion. Für die weitere Untersuchung kann der Austausch mit der Europäischen Kommission auf der Basis des bilateralen Kooperationsabkommens fortgesetzt werden. Auf der Basis dieses Abkommens können namentlich auch gefundene Beweismittel gegenseitig ausgetauscht werden.

Die weiteren Hausdurchsuchungen betrafen die Untersuchungen im Online-Handel mit Druckerzubehör und Büromaterial (vgl. 4.1.3), im Stahlhandel (vgl. 4.1.2) und gegen Bauunternehmen im Kanton Neuenburg (vgl. 4.1.2).

### 4.2 Binnenmarkt

Das Binnenmarktgesetz gewährleistet einen freien und gleichberechtigten Marktzugang in der ganzen Schweiz. Im interkantonalen Bereich ist der Marktzugang nach Massgabe des Herkunftsortsprinzips zu gewähren (sog. Cassis-de-Dijon Prinzip). Die WEKO verfasste am 5. Juni 2023 ein *Gutachten* zur Frage der BGBM-Konformität des Verbots von **Einwegplastik** in Restaurationsbetrieben im Kanton Genf. Für ausserkantonale Anbieterinnen kann ein solches Verbot in Konflikt mit dem Recht auf Marktzugang nach dem Herkunftsortsprinzip stehen. Die WEKO erachtete die durch das Verbot entstehende Marktzugangsbeschränkung aufgrund einer Interessensabwägung in Anwendung des BGBM grundsätzlich als rechtfertigbar.

Das Kantonsgericht Waadt bestätigte mit rechtskräftigem Urteil vom 14. August 2023 die Anwendung des

binnenmarktgesetzlichen Rechts auf Marktzugang für eine **ausserkantonale Spitex-Organisation**. Die Praxis des Waadtländer Gesundheitsdepartements stand nicht im Einklang mit dem BGBM. Das Kantonsgericht folgte in seinen Urteilerwägungen dem *Gutachten* der WEKO vom 30. Januar 2023.

Die Übertragung von Monopolen der Kantone und Gemeinden auf Private hat gestützt auf das Binnenmarktgesetz durch eine diskriminierungsfreie öffentliche Ausschreibung zu erfolgen. Die Rechtsprechung qualifiziert auch beschränkt verfügbare exklusive Rechte von Gemeinwesen als solche Monopole im binnenmarktrechtlichen Sinne. Die im öffentlichen Interesse stehende Verleihung von Konzessionen von Monopolen untersteht seit 1. Januar 2021 dem revidierten öffentlichen Beschaffungsrecht. Das Sekretariat setzte sich entsprechend in *Marktbeobachtungen* mit den sich dabei stellenden Abgrenzungsfragen auseinander. Weitere Marktbeobachtungen im Bereich der Monopolübertragung betrafen die Vermietung von **Gastronomiebetrieben** in der Stadt Zürich sowie in mehreren Kantonen und Gemeinden das **Bestattungswesen** und das **Taxigewerbe**.

Die WEKO empfahl im Jahr 2021, dass die Beschaffung von **Strom** von gewissen Gemeinwesen öffentlich auszuschreiben ist. Das Sekretariat führte dazu mehrere *Marktbeobachtungen* durch. Dabei galt es auch die anstehenden stromversorgungsrechtlichen Änderungen zu berücksichtigen. Aufgrund der noch angespannten Preissituation im Strommarkt wird zurzeit auf weitere Vorkehren verzichtet, aber mittelfristig sollen noch offene Rechtsfragen einer gerichtlichen Klärung zugeführt werden. Das Sekretariat setzt sich dafür ein, dass das revidierte Beschaffungsrecht und die Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB 2019) binnenmarktrechtskonform umgesetzt werden.

### 5 Internationales

**EU, UK, USA:** Gestützt auf das Kooperationsabkommen zwischen der Schweiz und der EU tauschte die WEKO mit der EU-Kommission in parallelen Untersuchungen im Gesundheitswesen und im Finanzsektor Informationen aus. Im Bereich von Duftstoffen koordinierte die WEKO in Abstimmung mit der EU-Kommission, der Antitrust Division des US Department of Justice und der britischen Competition and Markets Authority die Hausdurchsuchungen (vgl. 4.1.13 c).

**Deutschland:** Am 1. September 2023 trat das Abkommen über die Zusammenarbeit der WEKO mit dem deutschen Bundeskartellamt (BKA) in Kraft. Nach dem Vorbild des im Jahr 2013 abgeschlossenen Kooperationsabkommens zwischen der Schweiz und der EU erlaubt das Abkommen mit Deutschland insbesondere die Koordination von Verfahren und den Austausch vertraulicher Informationen in parallelen Verfahren. Die Möglichkeit des Informationsaustauschs verleiht dem Abkommen den Charakter eines Abkommens «zweiter Generation». In einem Punkt geht das Abkommen mit Deutschland noch weiter als das Abkommen mit der EU. Denn mit Deutschland konnte die Frage der Zustellung hoheitlicher Akte geregelt werden: Die WEKO kann Verfügungen an Unternehmen in Deutschland ohne Sitz

oder Zustelldomizil in der Schweiz über das BKA zuzustellen. Eine solche Lösung war mit der EU nicht möglich, da die Zustellung von Verfügungen an Unternehmen in EU-Mitgliedsstaaten in die Zuständigkeit dieser Staaten fällt. Verfügt die Verfügungsadressatin in der EU weder über einen Sitz noch über ein Zustelldomizil in der Schweiz, so muss die Zustellung auf dem diplomatischen Weg erfolgen. Die Lösung mit Deutschland stellt somit einen erheblichen Mehrwert für die WEKO dar.

**OECD:** Die Präsidentin der WEKO nahm im Juni an der OECD Competition Week in Paris teil, Mitarbeitende des Sekretariats nahmen online teil. Besprochen wurden u.a. folgende Themen: Bewertung und Messung der durch die Wettbewerbsbehörden erzielten Vorteile für den Wettbewerb, die Zukunft der Kronzeugenprogramme, die Beziehung zwischen Wettbewerb und Innovation, Theorien der Schädigung durch digitale Fusionen, algorithmische Kollusion und algorithmischer Wettbewerb, Wettbewerb und Nachhaltigkeitserwägungen in der Kreislaufwirtschaft sowie die Vor- und Nachteile des Verbraucherwohlstandsstandards. Anlässlich der OECD Competition Week im Dezember, an der Mitarbeitende des Sekretariats online teilnahmen, wurden folgende Themen diskutiert: Wettbewerb und Profisport, die optimale Organisation und die Kompetenzen der Wettbewerbsbehörden, die Rolle der Innovation bei der Durchsetzung des Wettbewerbsrechts, Serienakquisitionen und Industrie-Roll-Ups, Berücksichtigung von Effizienzgewinnen ausserhalb des Marktes bei der Durchsetzung des Wettbewerbsrechts, Verwendung wirtschaftlicher Beweise in Kartellfällen sowie die Ex-post-Bewertung von Auflagen bei Fusionen.

**ICN:** Die Präsidentin der WEKO nahm zusammen mit dem Direktor und dem ICN-Koordinator an der 22. ICN-Jahreskonferenz in Barcelona teil. Das Sekretariat beteiligte sich im Jahr 2023 an verschiedenen ICN-Umfragen und wirkte an verschiedenen ICN-Berichten mit. Hierbei setzte sich das Sekretariat insbesondere im Bereich der Herausforderungen und Möglichkeiten bei Sachverhaltsabklärungen mit innovativen digitalen Mitteln ein. Namentlich beteiligen sich Mitarbeiter des Sekretariats an der neu gegründeten Technologists-Group, um am Informations- und Wissensaustausch im digitalen Bereich teilzunehmen.

**UNCTAD:** Das Sekretariat der WEKO nahm im Juli 2023 an der UNCTAD Jahreskonferenz in Genf teil. Gleichzeitig wurde die Mitarbeit in der Arbeitsgruppe zu grenzüberschreitenden Kartellen (Cross-Border Cartels) in enger Zusammenarbeit mit dem SECO fortgesetzt. Das Mandat dieser Arbeitsgruppe wurde um ein Jahr verlängert und um den Diskussionspunkt Bekämpfung von Submissionsabreden bei öffentlichen Beschaffungen ergänzt. Das Sekretariat der WEKO gibt seine erworbene Expertise im Bereich Submissionsabreden im Rahmen der Arbeitsgruppe an ausländische Wettbewerbsbehörden weiter.

## 6 Gesetzgebung

Am 24. Mai 2023 verabschiedete der Bundesrat einen Gesetzesentwurf und die Botschaft zur **Teilrevision des Kartellgesetzes**. Mit dem Revisionsvorhaben sollen die Wirksamkeit des Kartellgesetzes verbessert und drei parlamentarische Vorstösse umgesetzt werden. Zentrale

Elemente bilden die Stärkung des Kartellzivilrechts, die Verbesserung des Widerspruchsverfahrens und die Modernisierung der Zusammenschlusskontrolle. Durch den Wechsel vom heutigen qualifizierten Marktbeherrschungstest zum Significant Impediment to Effective Competition-Test (SIEC-Test) soll der kartellrechtliche Prüfstandard bei Unternehmenszusammenschlüssen der internationalen Praxis angepasst werden. Zudem sollen mit dem Vorhaben die Forderungen der drei überwiesenen Motionen 16.4094 Fournier, 18.4282 Français und 21.4189 Wicki umgesetzt werden. Im Herbst 2023 begann die zuständige Kommission für Wirtschaft und Abgaben des Ständerats mit der Detailberatung. Die Beratung in den Räten ist für das Jahr 2024 vorgesehen. Die Federführung für die Teilrevision des Kartellgesetzes seitens der Verwaltung liegt beim GS-WBF und beim SECO. Das Sekretariat der WEKO wirkt bei den Arbeiten mit.

Eine **Reform der Wettbewerbsbehörden** (Institutionenreform) ist nicht Teil dieser KG-Teilrevision, sondern wird parallel dazu angegangen. Das vom Bundesrat damit beauftragte WBF setzte am 1. Mai 2023 eine von der Bundesverwaltung unabhängige Expertenkommission ein, die von Professor Hansjörg Seiler, ehem. Bundesrichter, präsidiert wird. Die Kommission erarbeitete die notwendigen Grundlagen für eine sachlich fundierte und breit abgestützte Reform der Wettbewerbsbehörden. Sie bewertete konkrete Modelle für die Ausgestaltung der Behörden und Gerichte mit Blick auf die Verfahrensdauer, den wirksamen Schutz des Wettbewerbs und die Vereinbarkeit mit der BV und der EMRK. Der Kommissionsbericht wird dem WBF als Grundlage für die Ausarbeitung einer Stossrichtung für die Reform der Wettbewerbsbehörden dienen. Das WBF soll dem Bundesrat dazu im ersten Quartal 2024 einen konkreten Vorschlag unterbreiten.

Der aktuelle Stand der weiteren **parlamentarischen Vorstösse** mit Bezügen zum Kartellgesetz und zum Binnenmarktgesetz präsentiert sich wie folgt:

- Die **Motion 16.4094 Fournier** vom 15. Dezember 2016 «Verbesserung der Situation der KMU in Wettbewerbsverfahren» wurde vom Bundesrat in der Teilrevision des KG umgesetzt, indem Fristen für kartellrechtliche Verwaltungsverfahren und Parteienbeschädigungen für erstinstanzliche Verwaltungsverfahren vorgeschlagen werden.
- Zur Erfüllung der **Motion 18.4282 Français** vom 13. Dezember 2018 «Kartellgesetzrevision muss sowohl qualitative als auch quantitative Kriterien berücksichtigen, um die Unzulässigkeit einer Wettbewerbsabrede zu beurteilen» unterbreitete der Bundesrat dem Parlament in der KG-Revision eine Anpassung von Artikel 4, 5 und 27 des Kartellgesetzes in Bezug auf Arbeitsgemeinschaften, quantitative Kriterien der Erheblichkeit und Bagatellfälle.
- Die **Motion 21.4189 Wicki** vom 30. September 2021 «Untersuchungsgrundsatz wahren – keine Beweislastumkehr im Kartellgesetz» wird in der Teilrevision durch entsprechende deklaratorische Vorschriften im KG umgesetzt.

- Aufgrund der **Motion 18.3898 Pfister** vom 27. September 2018 «Effektiver Vollzug des Kartellgesetzes beim Kraftfahrzeughandel» arbeitete der Bundesrat eine Verordnung aus. Diese trat am 1. Januar 2024 in Kraft.
- Die **Motion 22.3838 Gugger** vom 17. Juni 2022 «Schutz vor der einseitigen Einführung des Agenturmodells im KFZ-Markt» wurde in den Räten noch nicht behandelt.
- Die **Motion 22.3885 der Kommission für Wirtschaft und Abgaben des Nationalrates** vom 15. August 2022 «Vorabklärung des Weko-Sekretariates bzw. Untersuchung der Weko zu Wettbewerbsproblemen bei Brenn- und Treibstoffen» wurde vom Ständerat am 15. Juni 2023 abgelehnt und ist damit erledigt.
- Die **Motionen 22.3976 Maitre** und **22.3977 de Quattro** vom 22. September 2022 «Interchange Fees für Zahlungen mit Debitkarten verbieten» wurden in den Räten noch nicht behandelt.
- Die **Motion 22.4404 Rechsteiner** vom 14. Dezember 2022 «Verfahren beschleunigen – Rechtssicherheit erhöhen» fordert, dass die Untersuchungsphase des Sekretariats der WEKO (d. h. von der Eröffnung des Verfahrens bis zum Antrag des Sekretariats an die WEKO) maximal ein Jahr dauern dürfe mit der Möglichkeit einer einjährigen Verlängerung. Der Vorstoss wurde in den Räten noch nicht behandelt.
- Die **Motion 23.3069 Sozialdemokratische Fraktion** vom 8. März 2023 «Digital Marktes Act für die Schweiz» will den Bundesrat beauftragen, die nötigen Gesetzesanpassungen vorzuschlagen, um die wesentlichen Ziele des europäischen Digital Markets Act (DMA) in der Schweiz umzusetzen. Der Vorstoss wurde in den Räten noch nicht behandelt.
- Die **Motion 23.3224 Français** vom 16. März 2023 «Institutionelle Reform der Wettbewerbskommission» fordert eine Überprüfung der Struktur der WEKO, ihrer Vorrechte und Mittel; eine funktionale Trennung ihrer Rollen als Anklägerin und als Richterin sei sicherzustellen. Der Vorstoss wird vom Ständerat als Erstrat behandelt.
- Die **Motion 23.3487 Romano** vom 12. April 2023 «Fall Credit Suisse. Alle möglichen Massnahmen zur Sicherung der Arbeitsplätze in der Schweiz prüfen» verlangt vom Bundesrat und der FINMA die Vornahme aller möglichen Schritte, damit die WEKO die Durchführung einer vertieften Prüfung gemäss Art. 33 KG einleitet. Der Vorstoss wurde in den Räten noch nicht behandelt.
- Die **Motionen 20.3531 Caroni / 20.3532 Rieder** vom 8. Juni 2020 «Fairerer Wettbewerb gegenüber Staatsunternehmen» zielten darauf ab, nötige Gesetzesänderungen vorzuschlagen, um Wettbewerbsverzerrungen durch Staatsunternehmen einzudämmen. Der Bundesrat kommunizierte am 15. September 2023, dass die Forderungen dieser beiden Motionen mittels Ergänzung der Corporate Governance-Leitsätze umgesetzt werden sollen. Beide Motionen wurden an den Bundesrat überwiesen.
- Das **Postulat 19.4379 der Kommission für Wirtschaft und Abgaben des Ständerates** vom 18. Oktober 2019 «Faires Verfahren beim Zugang zu geschlossenen Märkten der Kantone» beauftragte den Bundesrat, Artikel 2 Absatz 7 des Binnenmarktgesetzes zu analysieren und mögliche Optionen zur Verbesserung aufzuzeigen. Der Bericht des Bundesrates vom 18. Oktober 2023 kam zum Schluss, dass die bestehenden Gesetzesbestimmungen zur Öffnung geschlossener Märkte beigetragen hatten und sah zu diesem Zeitpunkt keinen weiteren gesetzlichen Handlungsbedarf.
- Zu erwähnen sind auch die noch nicht erledigten **Interpellationen 22.3707 Estermann** vom 16. Juni 2022 («Nötige Korrekturen im Gesundheitswesen? (4)»), **23.3469 Gigon** vom 11. April 2023 («Neue Megabank Credit Suisse/UBS. Wie müssen wir unsere Gesetzgebung anpassen, um den Wettbewerb zu gewährleisten?»), **23.3736 Gigon** vom 15. Juni 2023 («Ausweitung und Überwachung des Geoblocking-Verbots»), **23.4114 Hess** vom 27. September 2023 («Erste Einschätzung über Umsetzung der Fair-Preis-Initiative»), **23.4128 Gössi** vom 28. September 2023 («Wirksamkeit der Meldepflicht für marktbeherrschende Unternehmen gem. Art. 9 Abs. 4 im Kartellgesetz»), **23.4299 Addor** vom 29. September 2023 («Zusammenschluss UBS–CS: Und die Wettbewerbskommission?»), **23.4513 Gugger** vom 22. Dezember 2023 («Big Tech: Missbrauch von Marktmacht gegenüber KMUs und Spitälern») und **23.4416 Maitre** vom 20. Dezember 2023 («Debitkarten. Überhöhte Gebühren für den Kleinhandel - Verfahren vor der Weko») sowie das **Postulat 23.3738 Gigon** vom 15. Juni 2023 («Zustand und Entwicklung der Hochpreisinsel Schweiz – für Konsumentinnen und Konsumenten und KMU»).

## 7 Statistik

Die nachfolgende Statistik gibt einen Überblick über die Arbeiten der WEKO und ihres Sekretariates im Jahr 2023:

	2023	2022	2021
<b>Untersuchungen</b>			
Während des Jahres geführt	25	19	20
davon Übernahmen vom Vorjahr	18	16	16
davon Eröffnungen	7	3	4
davon neue Untersuchungen aus einer aufgeteilten Untersuchung	0	0	0
<b>Endentscheide</b>	2	1	4
davon einvernehmliche Regelungen	0	1	3
davon behördliche Anordnungen	1	1	2
davon Sanktionen nach Art. 49a Abs. 1 KG	2	1	4
davon Teilverfügungen	0	0	0
<b>Verfahrensleitende Verfügungen</b>	2	1	2
<b>Andere Verfügungen (Publikation, Kosten, Einsicht, etc.)</b>	3	1	2
<b>Vorsorgliche Massnahmen</b>	0	0	1
<b>Sanktionsverfahren nach Art. 50 ff. KG</b>		1	2
<b>Vorabklärungen</b>			
Während des Jahres geführt	17	14	11
davon Übernahmen vom Vorjahr	10	8	7
davon Eröffnungen	7	6	4
<b>Abschlüsse</b>	8	5	3
davon mit Untersuchungseröffnung	3	0	1
davon mit Anpassung des Verhaltens	3	4	1
davon ohne Folgen	2	1	1
<b>Andere Tätigkeiten</b>			
Bearbeitete Meldungen gemäss Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG	2	5	1
Erfolgte Beratungen	29	14	33
Abgeschlossene Marktbeobachtungen	48	52	48
BGÖ-Gesuche	18	22	10
Sonstige erledigte Anfragen	500	511	519
<b>Zusammenschlüsse</b>			
<b>Meldungen</b>	33	49	31
Kein Einwand nach Vorprüfung	32	49	31
<b>Prüfungen</b>	2	0	0
<b>Entscheide der WEKO nach Prüfung</b>	0	0	0
Untersagung	0	0	0
Zulassung mit Bedingungen / Auflagen	0	0	0
Zulassung ohne Vorbehalte	0	0	0
<b>Vorzeitiger Vollzug</b>	0	0	0
<b>Beschwerdeverfahren</b>			
Beschwerdeverfahren total vor BVGer und BGer	31 (67)	35 (88)	39 (92)
<b>Urteile BVGer</b>	11 (16)	6 (31)	11 (15)
davon Erfolg der Wettbewerbsbehörde	9 (14)	4 (10)	8 (12)
davon teilweiser Erfolg	2 (2)	2 (6)	2 (2)
davon kein Erfolg	0 (0)	0 (3)	1 (1)
<b>Urteile BGer</b>	1 (1)	5 (7)	5 (12)
davon Erfolg der Wettbewerbsbehörde	1 (1)	4 (4)	4 (11)
davon teilweiser Erfolg	0	1 (2)	1 (1)

davon kein Erfolg	0	0 (1)	0 (1)
Hängig Ende Jahr (vor BVGer und BGer)	24 (56)	29 (69)	30 (71)
Gutachten, Empfehlungen und Stellungnahmen etc.			
Gutachten (Art. 15 KG)	0	1	0
Empfehlungen (Art. 45 KG)	0	0	0
Gutachten (Art. 47 KG, 5 Abs. 4 PüG oder 11a FMG)	0	0	2
Nachkontrollen	0	0	0
Bekanntmachungen (Art. 6 KG)	0	1	0
Stellungnahmen (Art. 46 Abs. 1 KG)	318	327	335
Vernehmlassungen (Art. 46 Abs. 2 KG)	13	14	11
Beihilfeprüfungen	0	0	1
BGBM			
Empfehlungen / Untersuchungen (Art. 8 BGBM)	0	0	1
Gutachten (Art. 10 BGBM)	2	1	4
Marktbeobachtungen / Beratungen / sonstige erledigte Anfragen	52	62	68
Beschwerden (Art. 9 Abs. 2 <sup>bis</sup> BGBM)	0	3	1

Aus der Statistik für das Jahr 2023 und dem Vergleich mit den Zahlen aus den Jahren 2022 und 2021 ergeben sich die folgenden wesentlichen Erkenntnisse:

- Untersuchungen: Die WEKO eröffnete 7 neue Untersuchungen und schloss – wie vergangenes Jahr – über die Jahre gesehen wenige ab.
- Vorabklärungen und Marktbeobachtungen: Die Anzahl Vorabklärungen erhöhte sich leicht. Die durchgeführten Marktbeobachtungen bewegen sich im Schnitt der letzten 5 Jahre.
- Zusammenschlüsse: Wie bereits in den letzten beiden Jahren wurden der WEKO überdurchschnittlich viele Zusammenschlüsse gemeldet. Diese Meldungen banden Ressourcen, die ansonsten primär in den Untersuchungen eingesetzt worden wären.
- Beschwerdeverfahren:<sup>2</sup> Die Gerichte, v.a. das BVGer fällten im letzten Jahr – wie bereits im Jahr zuvor – überdurchschnittlich viele Entscheide<sup>3</sup>. Damit trugen die Gerichte entscheidend zur Rechtssicherheit bei. Die Gerichte bestätigten die WEKO-Entscheide weitgehend.
- Gutachten, Empfehlungen und Stellungnahmen: Während die Gutachten und Empfehlungen weiterhin auf sehr tiefem Niveau blieben, leisteten die Wettbewerbsbehörden weiterhin sehr viel Regulierungsarbeit. Einzelne Dienste investierten einen namhaften Anteil ihrer Ressourcen in Stellungnahmen zu Gesetzes- und Verordnungsentwürfen.
- BGBM: Wie in den vergangenen Jahren bearbeitete das WEKO-Sekretariat angesichts der knappen Ressourcen eine Vielzahl an binnenmarktrechtlichen Fragen. Entsprechend verbleibt die behandelte Anzahl an Beratungen und Marktbeobachtungen auf hohem Niveau.

## 8 Spezialthema 2023: Einsatz gegen Marktabschottungen und überhöhte Preise

Die Preise in der Schweiz sind in verschiedenen Märkten höher als im grenznahen Ausland. Die Preisunter-

schiede lassen sich teilweise durch höhere Löhne und Infrastrukturkosten sowie das Verhalten der Konsumentinnen und Konsumenten erklären. Sie sind aber auch auf marktabschottende und wettbewerbshemmende Gesetze (z. B. Handelshemmnisse) sowie unzulässige Verhaltensweisen von Unternehmen zurückzuführen. Die WEKO setzt sich für mehr Wettbewerb und gegen einschränkende Regulierungen ein, sie öffnet Märkte und bekämpft unzulässige Verhaltensweisen. Einen Schwerpunkt setzte die WEKO in den letzten Jahren bei der Bekämpfung von Abreden zur Abschottung des Schweizer Marktes sowie Preisbindungen und -abreden.

### 8.1 Bekämpfung von vertikalen Gebietsabschottungen und Preisbindungen

Im Rahmen der KG-Revision 2003 qualifizierte der Gesetzgeber neu zwei Typen von vertikalen Vereinbarungen, **Gebietsschutzabreden** und **Preisbindungen**, als besonders schädliche (harte) Wettbewerbsabreden. In der Folge schritt die WEKO regelmässig gegen Gebietsabschottungen und Preisbindungen ein. Den Auftakt gab die Entscheid-Trilogie Gaba-BMW-Nikon. Im Fall BMW war es Schweizer Konsumentinnen und Konsumenten

<sup>2</sup> WEKO-Entscheide (Verfügungen) richten sich meist gegen mehrere Parteien. Diese reichen vor den Gerichten einzeln eine Beschwerde ein. Die Gerichte behandeln in der Regel jede Beschwerde einzeln und fällen entsprechend mehrere Urteile zu einem einzelnen WEKO-Entscheid. Diese Gerichtsurteile sind in der Sache teilweise sehr ähnlich, können aber auch Einzelfragen behandeln. Ab dem Jahr 2021 werden neu nicht nur die parallelen Beschwerdeverfahren vor den Gerichten gemeinsam als ein Fall pro WEKO-Entscheid gezählt, sondern wird zusätzlich in Klammern die Gesamtsumme aller separaten, auch parallelen Beschwerden insgesamt aufgeführt. Gleiches gilt für die Statistik auf Stufe Gerichte: Die Urteile werden zum einen unabhängig von der Anzahl Beschwerden zu einem WEKO-Entscheid als ein Urteil gezählt sowie zum anderen sind zusätzlich in Klammern die Urteile zu den einzelnen Beschwerden aufgeführt (z.B. zählen die Urteile des BVGer über die neun Beschwerden zum WEKO-Entscheid Luftfracht als ein Urteil sowie in Klammer als neun Urteile).

<sup>3</sup> Das BGer fällte eine Reihe von Rückweisungsentscheiden zu den Urteilen des BVGer wegen Beschränkung der Parallelimporte von französischsprachigen Büchern (die letzten Urteile stammen vom 8.12.22). Die entsprechenden Vollzugsurteile des BVGer zur Neuberechnung der Sanktionen und Kosten flossen nicht in die Statistik ein.

durch ein Exportverbot in den Vertriebsverträgen der BMW-Händlerinnen im Europäischen Wirtschaftsraum (EWR) verwehrt, BMW-Fahrzeuge in Deutschland mit Preisvorteilen von bis zu 25 % zu kaufen. Die Gerichte stützten die drei WEKO-Entscheide. Das BGer hielt in seinem Leiturteil Gaba zudem fest, dass harte Wettbewerbsabreden den Wettbewerb grundsätzlich erheblich beeinträchtigen und keine Auswirkungen nachgewiesen werden müssen. Die Einführung der grundsätzlichen Erheblichkeit reduzierte die Dauer von Verfahren und erleichterte die Durchsetzung des Kartellgesetzes in der Praxis. So schloss die WEKO die Verfahren Eflare (2016, Gebietsschutz), Husqvarna (2017, Preisbindung), RIMOWA (2018, Gebietsschutz), Stöckli Ski (2019, Preisbindung), Bucher Landtechnik (2019, Gebietsschutz) und Pöschl Tabakprodukte (2021, Gebietsschutz) allesamt mit einer einvernehmlichen Regelung innert 10–28 Monaten (durchschnittlich 15 Monaten) ab. Diese Preisbindungs- und Gebietsschutzabreden hatten u. a. Folgendes zum Gegenstand: Husqvarna nahm Einfluss auf die Preissetzung von Händlerinnen, die zu hohe Rabatte beim Verkauf von Rasenmährobotern der Marke Automower gaben. Stöckli vereinbarte in ihren Vertriebsverträgen mit den Händlerinnen, dass diese die Skipreise der Stöckli-Filialen nicht unterbieten durften. Solche Preisabreden reduzieren den Preiswettbewerb und führen dadurch zu höheren Preisen. RIMOWA vereinbarte mit ihren deutschen Vertriebspartnerinnen ein Exportverbot von RIMOWA-Produkten in die Schweiz. Schweizer Konsumentinnen und Konsumenten konnten deshalb online nicht RIMOWA-Koffer in Deutschland bestellen, die 20–30 % günstiger waren. Der WEKO-Entscheid Bucher Landtechnik führte sodann dazu, dass der Import von günstigeren Ersatzteilen und Traktoren der Marke New Holland uneingeschränkt möglich ist. Insgesamt förderten die Entscheide der WEKO Parallel- und Direktimporte sowie den Preiswettbewerb in der Schweiz.

Auch die **Bekanntmachungen** der WEKO zu **Vertikalabreden** und im **Automobilsektor** (am 1. Januar 2024 abgelöst durch die KFZ-Verordnung, vgl. 4.1.1) tragen zur Förderung von Parallel- und Direktimporten sowie zur Vermeidung einer Isolierung der Schweizer Märkte bei. Sie geben den Unternehmen zudem Leitplanken im Vertrieb und stellen klar, dass im Bereich der Vertikalabreden grundsätzlich die gleichen Regeln zur Anwendung kommen wie in der EU. Klare und weitgehend harmonisierte Regeln im internationalen Vertrieb fördern den Wettbewerb in der Schweiz.

Nebst den Untersuchungsverfahren der WEKO behandelte das Sekretariat in den letzten 10 Jahren mehrere **Vorabklärungen** und über 100 **Marktbeobachtungen**. So analysierte das Sekretariat etwa den Vertrieb von Yamaha Motorrädern, Costa Kreuzfahrten und Laboragenzien. Es beurteilte insbesondere Vertriebsverträge mit Hinweisen auf Exportbeschränkungen in die Schweiz, Garantieverweigerungen auf importierten Produkten, Alleinbezugsverpflichtungen bei Anbieterinnen in der Schweiz, Aussagen von Verkaufspersonal, dass ihnen ihre Lieferantin verboten habe, Rabatte zu gewähren, und abschlägige Antworten auf Bestellungen aus der Schweiz mit dem Hinweis, dass man ausserhalb des zugewiesenen Vertragsgebiets nicht verkaufen dürfe.

Durch Anpassung der Verträge, Rundschreiben an Vertriebspartnerinnen und interne Schulungen der Mitarbeitenden der betroffenen Unternehmen wurden die kartellrechtlichen Bedenken beseitigt und der Wettbewerb gestärkt. Gewissheit über Preissetzungsfreiheit erhöht die Wahrscheinlichkeit von Rabatten und Preisreduktionen; Klarheit über Direkt- und Parallelimportmöglichkeiten verbessert die Verhandlungssituation der Nachfragerinnen und Nachfrager gegenüber Schweizer Anbieterinnen und führt zu erhöhtem Wettbewerbsdruck in der Schweiz. Auch ist der Direktimport für Konsumentinnen und Konsumenten mit der zunehmenden Bedeutung des Online-Handels einfacher geworden. Die Suchkosten lassen sich namentlich durch Preisvergleichsportale reduzieren. Dies erhöht den Druck auf die Preise. Vor rund zehn Jahren führte das Sekretariat noch regelmässig Marktbeobachtungen zu Verboten und Beschränkungen des Online-Handels. Mit der zunehmenden Digitalisierung etablierte sich der Online-Vertriebskanal, und es gibt praktisch keinen Anlass mehr für Interventionen der Wettbewerbsbehörden.

## 8.2 Öffnung von Märkten

Die WEKO öffnet Märkte mit Infrastrukturentscheiden und der Bekämpfung von wettbewerbshemmenden Verhaltensweisen. Im viel beachteten Verfahren zum Ausbau der **Glasfaserinfrastruktur** von Swisscom traf die WEKO den wichtigsten Entscheid in Bezug auf die Öffnung von Märkten in diesem Jahr. Die Swisscom (Schweiz) AG hatte mit der «Netzbaustrategie 2025» ab Anfang 2020 die Bauweise des Netzes so geändert, dass in Gebieten, welche sie alleine mit Glasfaser ausbaut, Wettbewerber keinen direkten Zugang mehr zur Netzwerkinfrastruktur (Layer 1-Zugang) erhielten. Die WEKO verpflichtete Swisscom dazu, innerhalb von bestimmten Übergangsfristen bereits in Betrieb genommene Glasfaseranschlüsse, die kein Layer 1-Angebot ermöglichen, ausser Betrieb zu nehmen oder so umzurüsten, dass ein Layer 1-Zugang für Dritte ermöglicht wird. Zudem untersagte sie Swisscom für die Zukunft, Glasfasernetze in dieser wettbewerbsbeschränkenden Art und Weise aufzubauen bzw. auszubauen (vgl. Abschnitt 3.1).

Im **Gasbereich** bearbeitete das Sekretariat auch im Jahr 2023 mehrere Anfragen zu Netzzugangsgesuchen von Drittlieferantinnen. Es stellte ohne Verfahrenseröffnung sicher, dass Drittlieferantinnen der Netzzugang zur Endkundenbelieferung gewährt wird (vgl. 4.1.4). Dass dies rasch und informell im Rahmen von Marktbeobachtungen möglich war, ist die Folge von Leitentscheiden im Energiebereich: Die WEKO hatte 2020 im Gasbereich – wie rund zwanzig Jahre zuvor im Strombereich (Entscheid zu Entreprises Electriques Fribourgeoises / Watt Suisse AG) – für eine Marktöffnung gesorgt: Die WEKO regelte mit der ewl Energie Wasser Luzern Holding AG (ewl) und der Erdgas Zentralschweiz AG (EGZ) einvernehmlich die Durchleitung über die Erdgasnetze. Mit diesem rechtskräftigen Entscheid hatte die WEKO den Erdgasliefermarkt in der Zentralschweiz geöffnet. Diese beiden Netzbetreiberinnen hatten in der Vergangenheit den Netzzugang zur Drittlieferung nur für die Versorgung einiger grosser Industriekunden gewährt, welche die Anforderungen der so genannten «Verbändevereinbarung», einer privatrechtlichen Vereinbarung zwischen dem Verband der Netzbetreiber und Grossverbraucher-

organisationen, erfüllten. In der Verfügung der WEKO waren die beiden Netzbetreiberinnen verpflichtet worden, auf Gesuch hin für sämtliche Dritte den Netzzugang zu ihren Rohrleitungsnetzen abzuwickeln. Nach der Veröffentlichung des WEKO-Entscheids gestatteten zahlreiche weitere Netzbetreiberinnen über die Inhalte der Verbändevereinbarung hinaus den Lieferantenwechsel, obwohl die Verfügung nur für EGZ und ewl rechtsverbindlich war. Die Wettbewerbsbehörden mussten seither keine Vorabklärungen oder Untersuchungen wegen Netzzugangsverweigerungen eröffnen und konnten stattdessen diverse Anfragen von Drittlieferantinnen zeitnah informell erledigen. Insofern ist davon auszugehen, dass es seit der Publikation des WEKO-Entscheids zu keinen Netzzugangsverweigerungen mehr gekommen ist. Die Wechselquote im Erdgaslieferbereich hat sich zwischen 2017 (2,4%) und 2020 (7,7%) mehr als verdreifacht, was auch mit dem Ausgang des WEKO-Verfahrens zusammenhängen dürfte (vgl. EVU Partners, Studie Gasmarkt Schweiz 2021, S. 4).

### 8.3 Bekämpfung von Preisabreden

Die Rivalität zwischen Konkurrentinnen wirkt als Motor für tiefere Preise. Um den eigenen Umsatz und Gewinn zu steigern, versuchen die Unternehmen Kundschaft zu gewinnen. Dies erfordert, dass ihr Angebot attraktiv erscheint. Mit günstigeren Angeboten schnappen sie sich gegenseitig Kundinnen und Kunden weg. Manche Unternehmen versuchen sich dem zu entziehen, indem sie **Preisabreden** treffen. Diese führen zu überhöhten Preisen und wurden daher vom Gesetzgeber verboten. Die WEKO setzt dieses Verbot durch, indem sie Hinweisen auf Preisabreden systematisch nachgeht, Beweise dafür mit Hausdurchsuchungen ermittelt und Gesetzesverstösse mit Sanktionen bestraft.

Einer der Schwerpunkte der WEKO bei den Preisabreden bildet die Verhinderung und Bekämpfung von **Submissionsabreden**. Wiederholt sprachen sich Unternehmen in der Vergangenheit vor der Eingabe ihrer Offerten untereinander ab. Sie vereinbarten die Höhe ihrer Offerten, bestimmten die «Gewinnerin» und erweckten mit Stützofferten den Eindruck von Wettbewerb. Wie die WEKO im Verfahren zum Strassenbaukartell Tessin zeigte, führt dies zu substantiellen Preiserhöhungen. So lagen die Offertpreise nach dem Kartell rund 30 Prozent tiefer. Ebenso entlarvte und büsste die WEKO auch Baukartelle in den Kantonen Aargau, Zürich, See-Gaster und Graubünden, die Submissionsabsprachen von Elektroinstallateuren in den Kantonen Bern und Genf und die Abreden in Bezug auf Tunnelreinigung und Optische Netzwerke. Die durch die WEKO behandelten Abreden erstrecken sich auf rund 2'000 Beschaffungsobjekte. Durch die konsequente Verfolgung deckt die WEKO preistreibende Abreden auf und verhindert damit auch weitere Submissionsabreden, welche die öffentliche Hand und Private viel Geld kosten.

Auch in **anderen Märkten** sprachen Unternehmen Preise ab. Betroffen von derart überhöhten Preisen können sowohl Firmenkundinnen als auch Konsumentinnen und Konsumenten sein. Wie die Untersuchungen der WEKO zeigen, haben Spediteure und Fluggesellschaften Zuschläge im Lufttransport koordiniert und abgesprochen. Anbieterinnen von Türprodukten vereinbarten die Einhal-

tung von Mindestmargen. Autohändlerinnen setzten Preisnachlässe und Ablieferungspauschalen fest und stimmten ihre Preispolitik ab. Sanitär-grosshändlerinnen beschlossen unter anderem, gemeinsam die Margen zu erhöhen. Verzinkereien vereinbarten gemeinsame Preiserhöhungen, Zuschläge und die Einhaltung von Mindestpreisen. Fahrlehrerinnen koordinierten die Preise für Fahrstunden innerhalb des Verbandes.

Nicht alle Abreden zwischen Unternehmen über Preise sind derart schädlich, dass sie verboten sind. In solchen Fällen sorgt die WEKO dafür, dass diese Preisabreden nicht zur Festsetzung von überhöhten Preisen führen, sondern sich auf jene Marktelemente beschränken, welche für das Funktionieren von Märkten wichtig sind. Beispielsweise beobachtet die WEKO seit 20 Jahren die Kartengebühren, da die **Banken** gemeinsam die Interchange Fee anwenden. Dabei handelt es sich um die Gebühr, welche die Herausgeber von Kreditkarten (sogenannte Issuer) von den Unternehmen erhalten, welche die Verträge mit den Händlerinnen für die Akzeptanz von Kreditkarten abschliessen (sogenannte Acquirer). Für jede Zahlung mit einer Karte wird eine solche Gebühr vom Acquirer zum Issuer fällig, welche ein Bestandteil der Gebühr ist, die der Acquirer von den Händlerinnen als Kommission für die Annahme einer Kartenzahlung verlangt. Solche Gebühren können zum Funktionieren der Märkte für Bezahlkarten beitragen und unter bestimmten Umständen aus Effizienzgründen gerechtfertigt sein. Eine solche Rechtfertigung hat die WEKO in Bezug auf inländische (domestische) Interchange Fees für Kreditkarten bejaht, sofern deren Höhe limitiert wird. Im Jahr 2004 wurde für eine Kreditkartentransaktion von 100 Franken eine Gebühr von 1.69 Franken fällig. Im Verlaufe von drei Untersuchungen vereinbarte die WEKO mit den Parteien sukzessive Senkungen der domestischen Interchange Fees für Kreditkarten auf heute 44 Rappen je 100 Franken. Im Bereich der Debitkarten wurden im Zusammenhang mit Interchange Fees zwei neue Untersuchungen eröffnet (vgl. vorne 4.1.5).

### 8.4 Stellungnahmen zu Regulierungen

Mit Gesetzen und Verordnungen regelt der Gesetzgeber das Geschehen in zahlreichen Märkten und Lebensbereichen. Regulierungen dienen bestimmten Zielen. Diese Ziele können mittels verschiedener Formen staatlicher Eingriffe erreicht werden. Der Staat kann selbst als Anbieter von Dienstleistungen oder Produkten auftreten oder dies Privaten teilweise oder ganz überlassen. Marktwirtschaftliche Ordnungen haben den Vorteil, dass die Wirtschaft ihr Verhalten ständig neu an technologische und wirtschaftliche Entwicklungen anpassen kann. Die indirekte Beeinflussung von Märkten, etwa durch die Definition von Rahmenbedingungen oder durch die Erhebung von Lenkungsabgaben, ist meist die mildeste Form staatlicher Regulierung. Auflagen, Gebote, Verbote und Subventionen stellen schwerere staatliche Eingriffe in die Marktwirtschaft dar. Die Regulierung von Preisen sowie staatliche Monopole und marktabschottende Normen hemmen den Wettbewerb regelmässig. Der Gesetzgeber bestimmt folglich mit Regulierungen auch die Offenheit von Märkten und den Spielraum für Wettbewerb. Andererseits funktionieren Märkte teilweise erst dank Regulierungen.



Welches ist nun die **Rolle der Wettbewerbsbehörden** in Gesetzgebungsverfahren? Gesetzes- und Verordnungsentwürfe von Bundesämtern, die den Wettbewerb beeinflussen können, sind vorab dem Sekretariat der WEKO zur Prüfung zu unterbreiten. Das Sekretariat weist in seinen Stellungnahmen oder als Teil von Arbeitsgruppen auf allfällige wettbewerbsrechtliche und -ökonomische Probleme sowie alternative Lösungen hin. Es liefert Argumente, diskutiert Nutzen und Kosten verschiedener Instrumente und Regulierungen, mit denen die Ziele des Gesetzgebers erreicht werden können. Das Sekretariat hat kein Entscheid- oder Vetorecht gegen den geplanten Erlass. Der Bundesrat entscheidet letzten Endes, welchen Weg er dem Gesetzgeber vorschlägt.

Bei Gesetzesentwürfen, die den Wettbewerb beschränken oder auf andere Weise beeinflussen, nimmt die WEKO im Rahmen der Vernehmlassung Stellung. Die WEKO nimmt den Gesetzesentwurf aus wettbewerbsrechtlicher Sicht unter die Lupe und weist auf mögliche Probleme hin. Der Gesetzgeber muss auch dieser Stellungnahme nicht folgen, er hat die Argumente nur – aber immerhin – im Rahmen der Güterabwägung zu würdigen.

Namentlich in den Bereichen Strom, Gas, Gesundheitswesen, Agrarpolitik, Verkehr, Post und im Beschaffungswesen haben die Wettbewerbsbehörden in den vergangenen Jahren viel investiert:

- Beispielsweise haben die Wettbewerbsbehörden ihre Erfahrungen und Kenntnisse zu wettbewerbsbeschränkenden Submissionsabreden und Beschränkungen des Binnenmarktes im Rahmen der Revision des **Beschaffungsrechts** einfließen lassen, welches auf Bundesstufe per 1. Januar 2021 in Kraft trat. Sie verfassten Stellungnahmen, Empfehlungen und Berichte und arbeiteten in Arbeitsgruppen mit. Auch deshalb können Beschaffungsstellen des Bundes, der Kantone und der Gemeinden effektiver gegen wettbewerbsbeeinträchtigende Submissionsabreden vorgehen, wenn entsprechende Anhaltspunkte vorliegen. Da neu für Beschaffungsstellen eine Anzeigepflicht bei Anhaltspunkten für Submissionsabreden gilt, wird der präventive Effekt gegen solche Abreden erhöht.
- Auch in die Verbesserung von Regulierungen im **Strombereich** haben die Wettbewerbsbehörden viel investiert. Zwei Rechtsetzungsprojekte waren beispielsweise im Jahr 2023 besonders bedeutsam. Am 29. September 2023 verabschiedete das Parlament das Bundesgesetz über eine sichere Stromversorgung mit erneuerbaren Energien (sog. «Mantelerlass»). Die betreffenden Gesetzesänderungen sollen am 1. Januar 2025 in Kraft treten. Aufgrund dieses Gesetzes soll es den Endkundinnen und Endkunden in der Grundversorgung auch künftig verwehrt bleiben, ihre Stromlieferantin auf dem freien Markt auszuwählen. Dies gilt auch in Bezug auf jene Grundversorgerinnen, die den Strompreis seit Beginn der Energiekrise aufgrund ihres Beschaffungsportfolios auf Kosten der Endkundinnen und Endkunden massiv erhöht haben. Zudem soll das Messwesen monopolisiert werden. Diese Entwicklungen sind aus wett-

bwerblicher Sicht kritisch zu beurteilen. In der Ämterkonsultation zu diversen Ordnungsänderungen aufgrund des Mantelerlasses setzte sich das Sekretariat dafür ein, dass die zusätzlichen Wettbewerbsverzerrungen so gering wie möglich ausfallen werden. Zudem vertrat das Sekretariat den Standpunkt, dass mittels regulatorischer Schutzbestimmungen sicherzustellen sei, dass die Verteilnetzbetreiberinnen als Monopolanbieterinnen keine unangemessenen Preise für ihre Dienstleistungen in Rechnung stellen können.

- Im Frühjahr 2023 fand eine Ämterkonsultation zu einem Aussprachepapier an den Bundesrat über das neue **Gasversorgungsgesetz** statt. Mit diesem Aussprachepapier wurden diverse Eckwerte des künftigen Gesetzes festgelegt, die von der Vernehmlassungsvorlage abweichen. Die Botschaft an das Parlament soll dem Bundesrat bis Ende August 2024 vorgelegt werden. Das Sekretariat setzte sich auch in dieser Vorlage für eine vollständige regulatorische Marktöffnung im Bereich der Endkundenversorgung ein. Der Bundesrat befürwortete jedoch eine lediglich teilweise Marktöffnung zugunsten von Grossverbraucherinnen, die über 300 MWh pro Jahr konsumieren. Zudem stellte das Sekretariat diverse Anträge, die eine diskriminierungsfreie und verursachergerechte Kostenanrechnung in den gesetzlichen Monopolbereichen sicherstellen sollen.
- Das Sekretariat wirkte seit März 2022 in der Task Force **Winterversorgung Gas** (TF) mit. Es sensibilisierte die Teilnehmenden der TF auf kartellrechtliches Missbrauchspotenzial aufgrund der getroffenen Vereinbarungen zur Gewährleistung der Winterversorgung. Ab September 2023 verzichtete das Sekretariat auf eine weitere Teilnahme an den Sitzungen dieses Gremiums, nachdem verschiedene Ordnungsänderungen beschlossen worden waren. Aus Sicht des Sekretariats stehen das Fundament und die wesentlichen Pfeiler für die Gewährleistung der Winterversorgung im Gasbereich fest und basieren auf entsprechenden Beschlüssen der Mitglieder der TF. Die kartellrechtlichen Bedenken des Sekretariats zu einzelnen Konzeptinhalten sind den Teilnehmenden der TF aufgrund verschiedener Stellungnahmen und Erläuterungen in TF-Sitzungen bekannt. Es ist nun Sache der Gasbranche, diesen Bedenken bei der Umsetzung des Konzepts Winterversorgung Rechnung zu tragen.
- In den Bereichen **Personenbeförderung** und **Güterverkehr** wurden das Sekretariat und die WEKO im Rahmen von Ämterkonsultationen und Vernehmlassungen mehrfach zu Stellungnahmen eingeladen. Dabei haben sich die Wettbewerbsbehörden für den diskriminierungsfreien Zugang zur gemeinsamen Vertriebsinfrastruktur der ÖV-Branche für externe Mobilitätsvermittler eingesetzt. Bei der vorgesehenen künftigen Förderung des Güterverkehrs haben sie den Fokus auf eine wettbewerbsneutrale Ausgestaltung der Fördermassnahmen gelegt.

## 8.5 Relative Marktmacht

Auf den 1. Januar 2022 traten die neuen Bestimmungen zur relativen Marktmacht in Kraft. Sie gehen auf die Fair-Preis-Initiative zurück und dienen speziell der Bekämpfung der Hochpreisinsel Schweiz. Ein Unternehmen ist relativ marktmächtig, wenn ein anderes Unternehmen keine ausreichenden und zumutbaren Ausweichmöglichkeiten hat und deshalb von Produkten oder Dienstleistungen von jenem Unternehmen abhängig ist. Relative Marktmacht an sich ist nicht unzulässig. Die neue Bestimmung verbietet aber, dass ein relativ marktmächtiges Unternehmen seine Stellung missbraucht, indem es das abhängige Unternehmen im Wettbewerb behindert oder benachteiligt.

Ein Missbrauch kann namentlich darin bestehen, dass das relativ marktmächtige Unternehmen die Möglichkeit der Nachfrager und Nachfragerinnen einschränkt, Waren oder Dienstleistungen, die in der Schweiz und im Ausland angeboten werden, im Ausland zu den dortigen Marktpreisen und den dortigen branchenüblichen Bedingungen zu beziehen. Damit soll gegen ungerechtfertigte und im Vergleich zum Ausland erhöhte Beschaffungskosten von Schweizer Unternehmen vorgegangen werden (sogenannte «Schweiz Zuschläge»).

Unmittelbar nach der Verabschiedung der Vorschriften zur relativen Marktmacht nahm das Sekretariat der WEKO die Vorbereitungsarbeiten an die Hand, um die reibungslose Umsetzung sicherzustellen. Es setzte eine interne Arbeitsgruppe ein und veröffentlichte ein Merkblatt und ein Meldeformular, um betroffenen Unternehmen eine Anzeige zu erleichtern.

Der namentlich im Parlament diskutierte grosse Ansturm an Anzeigen ist in den ersten beiden Jahren nach Inkrafttreten ausgeblieben (vgl. auch vorne 4.1.13 a). Jedoch führten zwei Anzeigen aus dem Jahr 2022 zur Eröffnung von ersten Untersuchungen. Eine betrifft den Pharmabereich (im August 2022 eröffnet), die andere den Bereich Bücher in der Romandie (im Januar 2023 eröffnet). Auch ist davon auszugehen, dass Verkaufsverträge und -bestimmungen proaktiv angepasst wurden und die Bestimmung auf diese Art und Weise Wirkung entfaltet.

## 8.6 Fazit

Die WEKO und ihr Sekretariat bekämpfen mit ihren Verfahren und Entscheiden seit Jahren Preisabreden und Marktabschottungen, öffnen Märkte und stärken 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. Sie äussern sich laufend zu Gesetzes- und Verordnungsentwürfen von Bundesämtern und weisen in ihren Stellungnahmen oder als Teil von Arbeitsgruppen auf wettbewerbsrechtliche und -ökonomische Probleme sowie alternative Lösungen hin. Die Wettbewerbsbehörden amten für eine effiziente schweizerische Volkswirtschaft als Fürsprecherinnen des Wettbewerbs.

## 9 Anhang: Mitglieder der Kommission und der Geschäftsleitung des Sekretariates

Kommision:

- Baudenbacher Laura Melusine, Präsidentin, Partnerin in Schweizer Anwaltskanzlei mit Niederlassung in Brüssel
- Wüthrich-Meyer Danièle, Vizepräsidentin, ehemalige Richterin am Obergericht des Kantons Bern
- Igor Letina, Vizepräsident, ausserordentlicher Professor für Mikroökonomie an der Universität Bern
- Bettschart-Narbel Florence, Mitglied, Anwältin, ehemals Verantwortliche für Politik und Recht im Zentralsekretariat der Fédération Romande des Consommateurs FRC
- Diebold Nicolas, Mitglied, Professor für öffentliches Recht und Wirtschaftsrecht an der rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Luzern
- Grisel Rapin Clémence, Mitglied, Professorin am Lehrstuhl für Verwaltungsrecht der Universität Fribourg (bis Februar 2024)
- Mikael Huber, Mitglied, Ressortleiter beim Schweizerischen Gewerbeverband (SGV) für Finanz- und Steuerpolitik, Digitalisierung und Handel
- Këllezli Pranvera, Mitglied, selbständige Anwältin im Kanton Genf
- Martinez Isabel, Mitglied, Ökonomin (Senior Researcher) an der KOF Konjunkturforschungsstelle der ETH Zürich, ehemals Zentralsekretärin des Schweizerischen Gewerkschaftsbundes SGB
- Minsch Rudolf, Mitglied, stv. Vorsitzender der Geschäftsleitung economiesuisse
- Mühlheuser Gerd, Mitglied, Professor für Volkswirtschaftslehre, insb. Mikroökonomie mit Schwerpunkt Industrieökonomie an der Universität Hamburg
- Nicoli Mauro, Mitglied, Anwalt in Schweizer Anwaltskanzlei
- Rufer Martin, Mitglied, Direktor Schweizer Bauernverband SBV

Interessenbindungen: [www.weko.admin.ch](http://www.weko.admin.ch) → Die WEKO → Kommission → Mitglieder.

Sekretariat der WEKO:

- Ducrey Patrik, Direktor
- Stüssi Frank, Stv. Direktor, Bau
- Graber Cardinaux Andrea, Vizedirektorin, Produktmärkte
- Schaller Olivier, Vizedirektor, Dienstleistungen
- Söhner-Bührer Carole, Vizedirektorin, Infrastruktur

A 1.	<b>2. Rapport annuel 2023 de la Commission de la concurrence (COMCO)</b>
------	--

### Table des matières

<b>1</b>	<b>L'année 2023 en bref</b>	<b>20</b>	<b>9</b>	<b>Annexe: membres de la COMCO et de la Direction de son Secrétariat</b>	<b>37</b>
<b>2</b>	<b>La COMCO et le Secrétariat</b>	<b>20</b>			
<b>3</b>	<b>Décisions les plus importantes en 2023</b>	<b>21</b>			
3.1	Décisions de la COMCO	21			
3.2	Jugements des tribunaux	21			
<b>4</b>	<b>Activités</b>	<b>23</b>			
4.1	Activités sur divers marchés	23			
4.1.1	Secteur automobile	23			
4.1.2	Secteur de la construction	24			
4.1.3	Commerce de détail et industrie des biens de consommation	24			
4.1.4	Énergie	25			
4.1.5	Marchés financiers	25			
4.1.6	Santé	26			
4.1.7	Agriculture	26			
4.1.8	Médias	26			
4.1.9	Poste	27			
4.1.10	Sport	27			
4.1.11	Télécommunications	27			
4.1.12	Transports	27			
4.1.13	Autres activités	27			
a.	Pouvoir de marché relatif	27			
b.	Accords verticaux	27			
c.	Investigations	28			
4.2	Marché intérieur	28			
<b>5</b>	<b>Relations internationales</b>	<b>29</b>			
<b>6</b>	<b>Législation</b>	<b>29</b>			
<b>7</b>	<b>Statistiques</b>	<b>31</b>			
<b>8</b>	<b>Thème spécial pour 2023: interventions contre le cloisonnement des marchés et les prix excessifs</b>	<b>33</b>			
8.1	Lutte contre les cloisonnements territoriaux verticaux et les prix imposés	33			
8.2	Ouverture des marchés	33			
8.3	Lutte contre les accords sur les prix	34			
8.4	Prises de position sur les réglementations	35			
8.5	Pouvoir de marché relatif	36			
8.6	Conclusion	36			

## 1 L'année 2023 en bref

La Commission de la concurrence (COMCO) et son Secrétariat luttent depuis des années contre les accords sur les prix et les cloisonnements de marché. Ils ouvrent les marchés et renforcent le marché intérieur. Ils se prononcent couramment sur les projets de loi et d'ordonnance. Leurs prises de position signalent les problèmes relevant du droit et de l'économie de la concurrence. Le thème spécial du présent rapport annuel porte sur cet engagement contre les cloisonnements de marché et les prix surfaits, qui est emblématique de l'activité déployée en 2023. C'est ainsi que, par son importante décision sur la **stratégie de Swisscom de construction du réseau**, la COMCO a garanti la concurrence dans l'utilisation des infrastructures de fibre optique pour une cinquantaine d'années. La COMCO a décidé que Swisscom doit développer son réseau de fibre optique de manière que les tiers disposent d'un accès Layer 1 à partir de ses centraux de raccordement. Les concurrents de Swisscom sont ainsi en mesure de proposer Internet par fibres optiques aux ménages et aux entreprises. La concurrence peut se déployer de sorte que les produits et services sont disponibles à un bon rapport qualité-prix.

Outre le domaine de la fibre optique, la COMCO a étudié la question des décharges. Les entreprises de construction et de gestion des déchets non-actionnaires payaient à **Deponie Höli**, qui domine le marché, des taxes d'enlèvement des déchets plus élevées que ses actionnaires. De ce fait, les entreprises non-actionnaires étaient moins compétitives. La COMCO a jugé que l'inégalité de traitement commise par Deponie Höli était abusive et illicite.

À l'instar de ce qui a prévalu au cours des deux années précédentes, la COMCO a dû examiner un nombre de concentrations supérieur à la moyenne. Si la fusion d'**UBS** et de **Credit Suisse** relevait du domaine de responsabilité de la FINMA, elle a néanmoins occupé la COMCO pendant des mois. En effet, la COMCO a intensivement étudié les effets de cette fusion et elle a rendu son avis à la FINMA. Elle a en outre formulé diverses recommandations à différentes autorités.

L'éventail des **activités** de la COMCO et de son Secrétariat est large: ils ont mené 25 *enquêtes* et 17 *enquêtes préalables*, traité une cinquantaine d'*observations de marché* et plus de 30 *concentrations* tout en rédigeant des prises de position pour quelque 330 consultations des offices et procédures de consultation. Ces procédures et prises de position concernent des marchés extrêmement divers comme la branche automobile, le domaine de l'énergie, les marchés financiers, l'agriculture ou les télécommunications.

Le **Tribunal fédéral** (TF) et, surtout, le **Tribunal administratif fédéral** (TAF) se sont prononcés en 2023 sur une série de recours formés contre des décisions de la COMCO. Les tribunaux confortent largement la COMCO. Leurs jugements confirment l'illicéité des comportements traités par la COMCO. Ils montrent que la COMCO mène des enquêtes complètes sur les comportements susceptibles de contrevenir au droit cartellaire, qu'elle respecte les droits procéduraux des parties, tient

compte des éléments à charge et à décharge et qu'elle observe toujours la présomption d'innocence.

## 2 La COMCO et le Secrétariat

La **COMCO** (organe décisionnel) est une autorité de milice. Elle se compose depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2024 de treize membres nommés par le Conseil fédéral. La majorité des membres de la Commission sont des experts indépendants (professeurs de droit et d'économie, avocats). Les sièges restants se répartissent entre les représentants de grandes associations économiques et d'organisations de consommateurs (la liste des membres de la Commission se trouve en annexe). La COMCO se réunit toutes les deux à quatre semaines. Elle prend les décisions importantes sur proposition du Secrétariat, notamment en ce qui concerne les sanctions. En 2023, elle a tenu onze séances plénières d'une journée ou d'une demi-journée.

La COMCO dispose d'un **Secrétariat** permanent (organe d'enquête) qui exécute les procédures relevant du droit cartellaire, prépare les décisions de la COMCO et assure le contact avec les entreprises, les particuliers et les autorités s'agissant du droit de la concurrence. Le Secrétariat se compose de quatre services ou divisions, du domaine Marché intérieur et d'un service Ressources (la liste des membres de la Direction se trouve en annexe). Il occupait 73 personnes fin 2023 (76 personnes l'année précédente), sans compter les stagiaires. Le personnel se compose en majorité de juristes et d'économistes. La part des femmes était de 38,3 % (44,7 % l'année précédente). Engagés à plein temps ou à temps partiel, les 73 collaborateurs représentent au total 62,6 équivalents plein temps (65,3 EPT l'année précédente). L'effectif chargé d'appliquer la législation sur les cartels et le marché intérieur, Direction comprise, est de 55 collaborateurs (57 l'année précédente), correspondant à 48,4 EPT (50,7 EPT l'année précédente). Les 18 collaborateurs du service Ressources (19 l'année précédente), soit 14,2 EPT (14,6 EPT l'année précédente), soutiennent tous les travaux de l'autorité. Ces collaborateurs assument aussi des tâches transversales pour l'Office fédéral du logement (OFL) et l'Office fédéral pour l'approvisionnement économique du pays (OFAE). Le Secrétariat propose en outre 4 places de stage à plein temps (4 places l'année précédente).

Le mandat des membres de la COMCO arrivait à son terme fin 2023. **Armin Schmutzler** (professeur à l'Université de Zurich) et **Winand Emons** (professeur à l'Université de Berne) ont alors atteint la durée maximale de leur mandat. **Henrique Schneider** (Union suisse des arts et métiers) a démissionné fin juillet 2023, avant le terme de la durée maximale de son mandat. Pour les remplacer, le Conseil fédéral a nommé **Igor Letina** (professeur à l'Université de Berne), **Gerd Mühlheuser** (professeur à l'Université de Hambourg) et **Mikael Huber** (Union suisse des arts et métiers). Il a en outre nommé **Mauro Nicoli** (avocat) en qualité de membre pour que la Suisse italophone soit représentée à la COMCO. Igor Letina succède comme vice-président à Armin Schmutzler, qu'il convient de remercier tout particulièrement.

Depuis 2016, **Armin Schmutzler** était membre de la présidence de la COMCO, qui se compose de trois per-

sonnes. Mu par une forte motivation, il s'est acquitté de son importante fonction de vice-président avec beaucoup d'engagement. Il a éclairé les procédures et questions traitées par la COMCO grâce à ses vastes connaissances qu'il transposait en un langage compréhensible. Il savait appréhender les dossiers volumineux et complexes et les restituer de manière intelligible aux autres membres de la Commission. En sa qualité d'économiste, il a en outre fait le lien entre la doctrine et la pratique, une fonction qu'il a remplie avec brio en faisant bénéficier la COMCO tant de ses connaissances pratiques que scientifiques. Il a mis à profit son excellente réputation dans les milieux académiques pour que les questions d'économie de la concurrence qui intéressaient la COMCO fassent l'objet de discussions et de recherches parmi les universitaires. Armin Schmutzler a été un véritable pilier de la COMCO.

### 3 Décisions les plus importantes en 2023

#### 3.1 Décisions de la COMCO

La COMCO a clôturé l'enquête sur la **stratégie de Swisscom de construction du réseau** par sa décision du 4 décembre 2023. À partir du début de 2020, Swisscom (Suisse) SA a modifié les modalités de construction du réseau dans le cadre de sa « stratégie d'extension du réseau 2025 » de telle sorte que ses concurrents n'avaient plus d'accès direct à l'infrastructure du réseau (accès Layer 1) dans les zones où elle développait son réseau exclusivement avec de la fibre optique. Dans sa décision, la COMCO parvient à la conclusion que, dans les zones où seul existe un raccordement par fibre optique au réseau de Swisscom, celle-ci dispose d'une position dominante sur le marché de l'accès à l'infrastructure physique du réseau permettant des vitesses de transmission basées sur la fibre optique. Swisscom a abusé de cette position dominante en refusant un accès Layer 1 aux autres prestataires de services de télécommunication et en limitant le développement technique. Hormis certains cas particuliers objectivement justifiés, la décision de la COMCO oblige Swisscom à mettre hors service ou à transformer, dans des délais de transition déterminés, les raccordements à fibre optique déjà mis en exploitation qui ne permettent pas l'offre Layer 1. En outre, il est fondamentalement interdit à Swisscom de construire ou de développer à l'avenir un réseau de fibre optique d'une manière telle qu'elle empêche les demandeurs d'utiliser une offre Layer 1 à partir des centraux de raccordement de Swisscom. En plus de ces mesures, une amende avoisinant 18 millions de francs a été infligée à Swisscom. La décision de la COMCO peut être attaquée devant le TAF. Dans cette affaire, la COMCO avait déjà pris des mesures provisionnelles en décembre 2020, à l'ouverture de l'enquête, lorsqu'elle avait interdit à Swisscom de développer son réseau de fibre optique de manière à empêcher les tiers de disposer d'un accès Layer 1 à partir de ses centraux de raccordement. Le TAF puis le TF ont confirmé sans réserve ces mesures provisionnelles (cf. point 4.1.11).

Fin août 2023, la COMCO a communiqué sa décision du 3 juillet 2023 en l'affaire **Deponie Höli Liestal AG**. Elle a constaté que la décharge Höli occupe une position dominante sur le marché des déchets non recyclables,

dans un rayon d'environ quarante minutes en voiture, et qu'elle en avait abusé. Les entreprises de construction et d'enlèvement de déchets transportent divers types de déchets de construction et de déblais vers des décharges telles que la décharge Höli. Le choix d'une décharge est déterminé par les taxes de décharge et les coûts de transport jusqu'à la décharge. La décharge Höli permettait à ses actionnaires de décharger des matériaux à des conditions préférentielles, c'est-à-dire à des prix nettement inférieurs à ceux facturés aux non-actionnaires. En conséquence, les tarifs étaient plus élevés pour les entreprises de construction et d'enlèvement des déchets qui n'étaient pas actionnaires, ce qui les rendait moins compétitives que les actionnaires. En outre, la décharge Höli refusait temporairement aux non-actionnaires le droit de décharger des matériaux, une inégalité de traitement qui entravait les non-actionnaires dans leur concurrence envers les actionnaires. La décharge Höli abusait donc de sa position dominante sur le marché et une amende d'environ 1 million de francs lui a été infligée. La décision est exécutoire.

#### 3.2 Jugements des tribunaux

Le 18 octobre 2010, dans sa décision concernant les **ferrements** de fenêtres et portes-fenêtres, la COMCO constatait divers accords sur les prix entre revendeurs de ferrements qui étaient passibles de sanctions. Trois entreprises ont formé un recours auprès du TAF, qui leur a donné raison sur toute la ligne en 2014. La COMCO a elle-même interjeté un recours contre deux de ces jugements auprès du TF. Celui-ci a accepté ces deux recours en 2017 et a renvoyé les affaires au TAF pour qu'elles soient rejugées. Par ses arrêts du 12 décembre 2023, le TAF appuie désormais les décisions initiales de la COMCO. Les jugements sont entrés en force.

La COMCO a mené au total dix enquêtes sur des accords de soumission dans le canton des Grisons. Trois de ces procédures avaient pour objet un grand nombre d'accords sur des projets de construction, tandis que sept d'entre elles portaient sur dix accords au maximum. Ces enquêtes comprennent les décisions suivantes de la COMCO: décision du 27 mai 2019 sur un grand nombre d'accords illicites en matière de concurrence entre trois entreprises de construction (**Engadin II**), décision du 26 mars 2018 sur plusieurs types d'accords illicites entre de nombreuses entreprises (**Engadin I**) et trois décisions du 2 octobre 2017 sur des accords illicites en matière de concurrence concernant chacun un projet de construction entre deux entreprises (**Engadin IV**) ou trois entreprises (**Engadin VI** et **Engadin VIII**):

- Bezzola Denoth SA et Implenia Suisse SA ont fait appel auprès du TAF contre la décision de la COMCO **Engadin VI**, qui a rejeté les recours par ses arrêts du 7 décembre 2023 et du 23 novembre 2023. Le TAF a examiné l'existence d'un accord illicite et plusieurs aspects concernant les sanctions. Il a confirmé sa pratique récente relative aux accords de soumission et, au final, la décision prise par la COMCO. Une entreprise a porté l'affaire devant le TF.
- Implenia Suisse SA, notamment, a formé un recours auprès du TAF contre la décision **Engadin VIII**. Dans son arrêt du 28 novembre 2023, le TAF s'était surtout

intéressé aux sanctions à infliger. Il a confirmé sa pratique récente relative aux accords de soumission et la décision prise par la COMCO. Implenla a déposé un recours auprès du TF.

- En 2018, dans sa décision **Engadin I**, la COMCO a constaté plusieurs accords en matière de concurrence: des réunions préalables (1997-2008), la coopération de Foffa Conrad SA, Bezzola Denoth SA et Lazzarini SA (2008-2012), onze accords particuliers (2009-2012), des contrats de coopération entre Foffa Conrad SA, Bezzola Denoth SA, Lazzarini SA et Alfred Laurent SA (1999-2008). Selon une estimation prudente, ces accords concernaient plus de 400 projets de construction des pouvoirs publics et du secteur privé, dans le bâtiment et le génie civil, et ils correspondaient à un volume d'achat supérieur à 100 millions de francs. Trois entreprises ont recouru contre la décision de la COMCO. Par ses trois arrêts du *28 novembre 2023*, le TAF confirme le caractère illicite de tous ces accords. Il confirme en outre que tous les droits des parties ont été préservés. Le TAF réduit le montant de plusieurs sanctions, dans des proportions importantes pour certaines. Ces réductions sont surtout justifiées par l'appréciation des autodénonciations, la COMCO demandant une coopération plus importante que le TAF de la part des auteurs d'une autodénonciation. En outre, le TAF a pris en compte pour moitié la compensation versée ultérieurement au canton par une entreprise. Toutes les entreprises ont déposé un recours auprès du TF.
- Rocca + Hotz a formé recours contre la décision **Engadin II**, qui a fait l'objet de l'arrêt rendu par le TAF en date du *26 octobre 2023*. Selon la COMCO, les entreprises de construction se sont entendues sur dix projets de construction au total. Pour l'un de ces projets, le TAF a jugé que les éléments de preuve étaient trop minces. Pour le reste, il a confirmé la décision de la COMCO dans son intégralité quant à l'administration des preuves, la valeur attribuée aux autodénonciations, l'appréciation juridique, le calcul des sanctions et l'évaluation du caractère supportable de l'amende pour l'entreprise sanctionnée. Le jugement est entré en force.
- Foffa Conrad SA a fait appel contre la décision de la COMCO **Engadin IV** auprès du TAF, qui a rejeté le recours par arrêt du *14 août 2023*. Le TAF a entièrement confirmé la décision de la COMCO. Il a en particulier retenu que l'accord visé était prouvé et illicite. Selon le TAF, l'entreprise qui s'autodénonce doit coopérer pendant toute la durée de la procédure devant la COMCO et les tribunaux, sous peine que la réduction de sanction liée à son autodénonciation soit diminuée. Le jugement est entré en force.

Par sa décision du 22 mai 2017, la COMCO a interdit l'opération de concentration prévue entre **Ticketcorner** et **Starticket** au motif qu'elle aurait pu entraîner la suppression d'une concurrence efficace sur le marché national des prestations de billetterie fournies par des tiers. Le TAF n'est pas entré en matière sur le recours de Ticketcorner faute d'un intérêt de protection actuel et concret (arrêt du *12 décembre 2023*). En effet, l'ancien propriétaire de Starticket, TX Group, s'est retiré de la

convention de transaction correspondante en 2020 et il a vendu Starticket la même année à See Tickets.

En 2016, UPC a acquis les droits de télédiffusion des matchs du championnat suisse de hockey sur glace. Pendant des années, cette entreprise a refusé à Swisscom la **diffusion du hockey sur glace en direct**. La COMCO a considéré fin 2020 que ce refus contrevenait à la législation cartellaire et elle a sanctionné UPC d'une amende d'environ 30 millions de francs. Par son arrêt du *31 octobre 2023*, le TAF a confirmé la décision de la COMCO à l'encontre d'UPC. Il a tout d'abord noté qu'UPC s'était refusée pendant près de trois ans à soumettre une **offre** à Swisscom (Suisse) SA ou à sa filiale Blue Entertainment SA pour la diffusion des matchs de hockey sur glace en direct. Le tribunal a jugé qu'une offre complète de retransmission du hockey suisse est nécessaire à Swisscom dans une mesure limitée pour qu'elle puisse faire jouer la concurrence efficacement sur le marché de la télévision payante. En conséquence, le refus opposé par UPC à Swisscom a constitué une entrave à la concurrence et UPC a abusé de sa position dominante sur le marché. Le tribunal a réduit la sanction à quelque 29,1 millions de francs parce que son évaluation de la durée de l'infraction était plus brève de cinq mois. UPC a interjeté un recours auprès du TF.

En 2019, la COMCO a approuvé le projet de concentration **Gateway Basel Nord** (GBN) entre les CFF, Hupac et Rethmann. En vertu de la loi sur la transparence (LTrans), swissterminal SA a demandé à la COMCO de lui donner l'accès aux documents correspondants non publiés. Si la COMCO a en principe accordé l'accès à swissterminal, elle a toutefois caviardé certains passages et annexes et elle a anonymisé les noms de personnes pour protéger les secrets d'affaires et les données personnelles. Après plusieurs étapes et décisions intermédiaires ainsi qu'une procédure de conciliation auprès du Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence (PFPDT), swissterminal a formé recours en 2021 devant le TAF, qui s'est prononcé dans son arrêt du *29 juin 2023*. Le litige portait sur le caviardage de passages qualifiés de secrets d'affaires dans divers documents et sur l'anonymisation de noms et de logos (données personnelles) dans des expertises. Le TAF a accepté les passages caviardés, à une exception près, et il a révélé les noms et le logo des experts. Globalement, la COMCO a ainsi obtenu gain de cause à raison de quatre cinquièmes. Swissterminal a déposé un recours auprès du TF.

Dans son arrêt du *22 juin 2023*, le TF n'est pas entré en matière sur le **recours constitutionnel subsidiaire** formé par la COMCO concernant l'adjudication de gré à gré des travaux d'aménagement d'un transformateur. La légitimité de la COMCO à former un recours constitutionnel subsidiaire n'étant pas encore clarifiée juridiquement en matière de droit sur le marché intérieur, le TF a tranché par la négative. Le recours constitutionnel de la COMCO était dirigé contre un jugement rendu par le Tribunal administratif du canton de Saint-Gall. Ce jugement, qui rejetait le recours initial de la COMCO à l'encontre de l'adjudication par la commune, n'examinait pas en détail les griefs de la COMCO, à savoir la violation des principes d'impartialité et de récusation inscrits dans le droit des marchés publics. En effet, de l'avis du

Tribunal administratif, les motifs de recours sont restreints dans le cadre de telles procédures de gré à gré.

Le 5 juin 2023, le TAF a rendu sa décision sur le recours interjeté par CA Auto Finances Suisse SA (auparavant FCA Capital Suisse SA, ci-après Fiat) à l'encontre de la décision partielle du 26 juin 2019 rendue par la COMCO dans le domaine du leasing automobile. La COMCO avait infligé des sanctions totalisant 30 millions de francs à huit **entreprises de leasing automobile**. Depuis plusieurs années, ces entreprises échangeaient des informations sur les actions promotionnelles et les éléments de calcul des taux de leasing. Fiat avait déposé à l'encontre de cette décision aussi bien une action de droit administratif qu'un recours auprès du TAF. L'action avait déjà été rejetée par le TAF. Par sa décision du 5 juin 2023, cette instance rejette le recours de Fiat, confirme les conclusions de la décision attaquée et valide la pratique de la COMCO dans le domaine des échanges d'informations confidentielles entre entreprises concurrentes.

Le TF a confirmé, par son arrêt du 9 mai 2023, l'arrêt du TAF du 16 février 2021, et la décision prise le 11 décembre 2017 par la COMCO à l'encontre de **Naxoo SA**. Le TF parvient lui aussi à la conclusion que Naxoo SA détenait une position dominante sur le marché du raccordement au télésexeau en ville de Genève. Naxoo SA a abusé de cette position envers les propriétaires d'immeubles, les fournisseurs de systèmes tiers et les clients finaux. Elle a imposé, dans ses contrats de raccordement des immeubles, des conditions commerciales inéquitables et a limité les débouchés et le développement technique. Comme Naxoo SA a corrigé certaines données relatives à son chiffre d'affaires après la décision de la COMCO et que ces données constituent la base du calcul de la sanction, le TAF a réduit la sanction prononcée par la COMCO de 3,6 millions à environ 3,26 millions de francs. Naxoo SA a formé un recours auprès du TF contre cet arrêt. Le TF a réduit la sanction de 3,26 millions à 3,1 millions de francs en raison d'une durée d'infraction réduite à 75 mois au lieu de 85 mois.

Le 16 février 2023, le TAF a rejeté le recours formé par Concepto Watch Factory SA (Concepto) et Manufacture 2824 SA (Manufacture 2824) contre la décision de la COMCO du 28 juin 2021. La COMCO avait infligé une sanction à ces entreprises parce qu'elles avaient contrevenu à leur **obligation de renseigner**. Le TAF a calculé la sanction différemment de la COMCO, raison pour laquelle il l'a réduite de 5'000 francs, soit à 35'000 francs.

## 4 Activités

### 4.1 Activités sur divers marchés

La loi sur les cartels et la loi fédérale sur le marché intérieur (LMI) s'appliquent à tous les marchés de sorte que les activités de la COMCO et du Secrétariat s'étendent à diverses branches. Chaque année, le Secrétariat de la COMCO reçoit plusieurs centaines d'annonces et de dénonciations provenant des citoyens, des pouvoirs publics, des entreprises, des associations, etc. En moyenne, ces annonces et dénonciations débouchent sur 80 à 90 procédures par année, dont environ 75 % sont de petites observations de marché informelles,

environ 18. % sont des procédures de moyenne importance (« enquêtes préalables ») et environ 7 % sont des procédures importantes (« enquêtes »).<sup>1</sup> Nous présentons **ci-après**, par marchés, les principaux enseignements tirés de ces procédures ou issus des conseils dispensés, des prises de position sur des actes éditoriaux et des aides apportées. Nous décrivons en outre les enquêtes préalables et les enquêtes nouvellement ouvertes.

#### 4.1.1 Secteur automobile

L'**ordonnance automobile** du Conseil fédéral a remplacé la « Communication automobile » de la COMCO en date du 1<sup>er</sup> janvier 2024. Le Conseil fédéral a ainsi mis en œuvre la motion Pfister « Appliquer la loi sur les cartels de manière effective dans le secteur automobile » (18.3898), que le Parlement avait acceptée en mars 2022. L'ordonnance automobile régleme en particulier la limitation des importations parallèles, l'accès aux pièces de rechange et les informations techniques destinées aux garages indépendants, la distribution de plusieurs marques par les garages et les modalités de résiliation visant à protéger les distributeurs. Elle ne contient pas de modification matérielle importante par rapport à la Communication automobile de la COMCO, mais elle est contraignante non seulement pour les autorités de la concurrence, mais également pour les tribunaux. Le 4 décembre 2023, la COMCO édictait une **note explicative relative à l'ordonnance automobile**. Cette note explicative doit aider les entreprises à l'interprétation de l'ordonnance. Elle est également entrée en vigueur au 1<sup>er</sup> janvier 2024 et remplace la Communication automobile.

Dans le secteur automobile, certains fournisseurs de véhicules automobiles envisagent de convertir la distribution basée sur des distributeurs indépendants (modèle du distributeur) à la distribution faisant appel à des intermédiaires selon le **modèle de l'agence**. Dans le modèle de l'agence, le fournisseur de véhicules automobiles peut fixer les prix de vente de ses agents pour autant qu'ils couvrent notamment tous les principaux coûts et risques encourus par ceux-ci (« véritable agence »). En avril 2023, dans le cadre d'une *procédure d'opposition*, un fournisseur de véhicules automobiles communiquait à la COMCO le modèle d'agence qu'il prévoyait. La COMCO a analysé ce modèle d'agence à la lumière des critères définis dans la directive. En septembre 2023, le Secrétariat a ouvert une *enquête préalable*, car on ne savait au juste si le fournisseur de véhicules automobiles couvrirait effectivement tous les coûts

<sup>1</sup> Explication: la procédure d'enquête relevant du droit administratif des cartels sert à évaluer formellement la licéité ou l'illicéité des restrictions à la concurrence visées par le droit cartellaire. Une telle procédure est complète et sa durée est d'environ deux à trois ans. Elle fait l'objet d'une décision de la COMCO. L'enquête préalable, de nature largement informelle, est une procédure préliminaire qui, régie par le droit administratif des cartels, permet d'examiner les cas qui le méritent. Elle dure environ un an. L'observation du marché correspond à une pratique administrative informelle relevant du droit des cartels. Selon les renseignements obtenus par les autorités, elle peut soit conduire à une enquête préalable ou à une enquête, soit être clôturée de manière informelle. Les enquêtes préalables et les observations de marché sont menées et clôturées au niveau du Secrétariat de la COMCO.

et risques importants de ses agents et, par conséquent, si les prix qu'il fixait étaient susceptibles de conduire à des accords verticaux illicites sur les prix. L'enquête préalable vise à soumettre la répartition des coûts et des risques du modèle de l'agence à un examen plus précis, notamment en considérant aussi la situation des distributeurs.

Lors de ses conseils concernant une **plateforme de comparaison en ligne du prix des carburants à la pompe**, le Secrétariat a évalué s'il est ou non licite en droit cartellaire que les exploitants de stations-service, outre les consommateurs, communiquent leurs prix des carburants en temps réel à la plateforme du TCS. Grâce à cette plateforme, les exploitants de stations-service sur le territoire suisse peuvent consulter les prix des carburants, en particulier ceux de l'essence et du diesel. Le Secrétariat de la COMCO est parvenu à la conclusion que la transmission du prix actuel des carburants en vue d'une publication complète sur la plateforme de comparaison du TCS induit des échanges de données sur les prix sensibles en matière de concurrence. Selon l'estimation du Secrétariat, cette situation entraîne un certain risque de collusion susceptible de mener à des accords sur les prix illicites entre les exploitants de stations-service. Ce risque de collusion peut être considérablement réduit en ne publiant pas tous les prix de carburant à la pompe, mais seulement les plus avantageux.

#### 4.1.2 Secteur de la construction

Dans sa décision contre la décharge Hölzi Liestal SA, la COMCO a retenu que celle-ci abusait de sa position dominante sur le marché des **décharges** (cf. point 3.1). Elle a ainsi clôturé l'enquête ouverte en 2021.

En juillet 2021, le canton de Fribourg a procédé à un appel d'offres pour une trentaine de lots concernant le déneigement et le salage des routes cantonales, puis a interrompu un certain nombre de procédures à la suite de prix trop élevés et inexplicables entre mars et avril 2022. Six lots ont fait l'objet d'un recours devant le Tribunal cantonal. Dans sa décision de décembre 2022, le Tribunal cantonal a constaté que les prix des offres déposées étaient manifestement abusifs et qu'il pourrait y avoir eu concertation entre soumissionnaires. En avril 2023, le Secrétariat de la COMCO a ouvert une enquête préalable. L'enquête préalable vise à déterminer s'il existe des indices d'ententes dans le **service hivernal** entre plusieurs entreprises du canton de Fribourg.

En février 2023, le Secrétariat a mis fin à une *observation de marché* concernant la **protection d'objet** pour les revêtements des parois et des sols. S'agissant d'objets de taille conséquente, divers marchands de matériaux de construction adressent un « avis d'objet » ou « avis de protection d'objet » aux fabricants de revêtements de paroi et de sol en céramique. Le marchand de matériau de construction montre ainsi au fabricant concerné qu'il a conseillé le maître de l'ouvrage et lui a recommandé les revêtements en céramique pour parois ou sols fournis par ce fabricant. Simultanément, le marchand demande au fabricant de lui indiquer le prix des produits et de lui garantir la fourniture pendant la période prévue. Généralement, le marchand reçoit du fabricant un rabais supplémentaire ou un prix spécial en contrepartie du conseil et de l'échantillonnage qu'il a assurés.

L'avis d'objet permet au fabricant de planifier ses capacités de production et de livraison tout en évitant de réserver plusieurs fois les capacités pour un même objet. Aucun indice n'a été décelé que les fabricants s'engageraient envers les marchands à octroyer les meilleures conditions pour un objet concret au premier marchand qui transmettrait un avis d'objet. En outre, dans les cas concrets, les revêtements de paroi et de sol de plusieurs fabricants étaient interchangeables. Globalement, les éléments disponibles ne suffisaient pas à conclure que les avis d'objet restreindraient la concurrence entre les marchands de matériaux de construction.

En novembre 2023, le Secrétariat de la COMCO a ouvert deux nouvelles *enquêtes*. La première concerne des **accords de soumission** présumés dans le canton de Neuchâtel. Des indices laissent à penser que plusieurs entreprises ont coordonné leurs offres et leurs prix pour des travaux dans le bâtiment et le génie civil commandés par les pouvoirs publics et des personnes privées. La deuxième enquête vise le **négoce de l'acier**. Trois négociants en acier sont soupçonnés de lier la vente d'acier d'armature à l'achat simultané de paniers de support. En particulier, les trois entreprises visées semblent exiger des prix supérieurs pour l'acier d'armature si les entreprises de construction souhaitent acheter les paniers de support et l'acier d'armature auprès de différents fournisseurs.

#### 4.1.3 Commerce de détail et industrie des biens de consommation

Le Secrétariat a clôturé en février 2023 l'enquête préalable sur le **traitement des paiements de Coop** par l'intermédiaire de Markant. L'enquête préalable a révélé des indices selon lesquels Coop occupe une position dominante sur certains marchés d'approvisionnement en biens de consommation courante. En outre, des éléments laissent à penser que les conditions faites par Coop à ses fournisseurs pour le règlement des paiements par Markant étaient abusives. Le Secrétariat a donc confronté Coop à ses préoccupations et lui a recommandé de permettre à ses fournisseurs un traitement des paiements neutres en matière de coûts, à l'instar de ce qui prévalait avant 2021. Coop ayant décidé de mettre ces recommandations en œuvre en résiliant son contrat avec Markant pour fin 2023, le Secrétariat a classé l'enquête préalable. Il a ainsi renoncé à clarifier définitivement si et sur quels marchés d'approvisionnement Coop détient effectivement une position dominante, et si elle en a abusé. Ce point aurait dû être clarifié dans le cadre d'une enquête. Le Secrétariat a estimé qu'il était plus efficace de régler les problèmes de droit des cartels par des mesures.

Lors de ses *conseils* concernant une **plateforme de données de l'industrie du sport**, le Secrétariat a évalué les échanges de données entre fabricants, grossistes et détaillants au moyen d'une plateforme dotée de processus numériques optimisés. Il a identifié deux domaines problématiques: premièrement, la plateforme de données doit garantir qu'aucune information sensible sous l'angle de la concurrence ne soit échangée entre concurrents, que ce soit au niveau des fournisseurs ou des distributeurs; deuxièmement, les recommandations



de prix (non contraignantes) que les fournisseurs transmettent électroniquement et qui alimentent directement le système de caisse des distributeurs peuvent conduire à des accords sur les prix. Cependant, la transmission électronique des coûts de revient individuels est admissible s'il est garanti que les distributeurs peuvent eux-mêmes fixer leurs prix de vente.

En mars, la COMCO a ouvert une *enquête* dans le domaine des **parfums**. Des producteurs de parfums (français) sont soupçonnés d'avoir coordonné leur politique de prix, empêché leurs concurrents de fournir certains clients et limité la production de certains parfums. Les substances aromatiques sont utilisées dans la fabrication de nombreux produits, notamment dans les produits cosmétiques et de soins corporels de même que dans les produits de lessive et les détergents.

En juin, la COMCO a ouvert une *enquête* dans le secteur du **commerce en ligne d'accessoires pour imprimantes et de matériel de bureau**. Des indices révèlent que deux grossistes en accessoires pour imprimantes et en matériel de bureau ont influencé les prix de vente de différents commerçants en ligne. De ce fait, les entreprises concernées pourraient avoir conclu des accords verticaux sur les prix, interdits par le droit des cartels.

#### 4.1.4 Énergie

En 2023, dans le **domaine du gaz**, le Secrétariat a dû traiter plusieurs demandes informelles concernant les requêtes d'accès au réseau de fournisseurs tiers (cf. point 8.2). Il a fait en sorte, dans le cadre d'*observations de marché* sans ouverture de procédure, que l'accès au réseau soit accordé aux fournisseurs tiers pour qu'ils puissent livrer les clients finaux. En outre, au printemps 2023, dans le cadre de la *consultation des offices*, le Secrétariat a rédigé une prise de position sur une note de discussion destinée au Conseil fédéral qui contenait les valeurs clés relatives à la nouvelle loi sur l'approvisionnement en gaz. De plus, lors d'une révision partielle de l'ordonnance sur la garantie des capacités de livraison en cas de pénurie grave de gaz naturel, le Secrétariat a pris position sur le rapport établi en 2023/2024 par le groupe de travail « Approvisionnement hivernal ». Des activités supplémentaires sont mentionnées aux points 8.2 et 8.4.

En raison de la **crise énergétique** survenue lorsque la guerre a débuté en Ukraine au printemps 2022, plusieurs nouveaux projets de loi et d'ordonnance ont été lancés en 2023 au niveau fédéral **dans le domaine du gaz et de l'électricité** afin de garantir la sécurité de l'approvisionnement en hiver. Les autorités de la concurrence ont rédigé, dans le cadre de projets législatifs parallèles au niveau de la loi et de l'ordonnance, diverses *prises de position* concernant la réserve d'électricité. Le Secrétariat s'est en outre exprimé, dans le cadre de *consultations des offices* menées par l'Office fédéral pour l'approvisionnement économique du pays (OFAE), quant aux mesures de gestion en cas de pénurie d'électricité et au monitoring des données dans une révision partielle de l'ordonnance sur l'organisation du secteur gazier pour garantir l'approvisionnement économique du pays (OOSG). Dans toutes ces consultations, la COMCO et le Secrétariat se sont engagés pour

que la conception des mesures réglementaires soit autant que possible exempte de discrimination et neutre en matière de concurrence, et pour que la répercussion des coûts réponde au principe de causalité.

De plus, **dans le domaine de l'électricité**, une nouvelle loi fédérale sur la surveillance et la transparence des marchés de gros de l'énergie (LSTE) a été élaborée et soumise au Parlement. Sa teneur correspond en majeure partie aux dispositions correspondantes de la réglementation de l'UE concernant l'intégrité et la transparence du marché de gros de l'énergie (REMIT). Pour que le marché de gros de l'électricité fonctionne bien, il faut s'assurer que ses acteurs ne se comportent pas illicitement d'une manière préjudiciable à la concurrence. Pour que la répression des comportements dommageables au système soit efficace, la COMCO et le Secrétariat soutiennent la création en droit suisse de nouvelles dispositions pénales visant le délit d'initié et la manipulation des cours. En revanche, du point de vue de la concurrence, les autorités de la concurrence considèrent d'un œil critique l'obligation de publier les informations d'initié, notamment celles concernant la capacité et l'utilisation des installations de production, de stockage, de consommation ou de transport de gaz et d'électricité, également reprise de la législation de l'UE. La transparence accrue, due à l'obligation imposée aux grands acteurs du marché de publier les capacités et l'utilisation de leurs infrastructures, pourrait entraver la concurrence en raison de la structure oligopolistique actuelle des marchés de la production et du négoce d'électricité de la Suisse. En outre, les autorités de la concurrence ont rédigé diverses *prises de position* sur plusieurs projets d'ordonnance dans le domaine de l'approvisionnement en électricité et de l'énergie.

#### 4.1.5 Marchés financiers

Le 19 mars 2023, l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (FINMA) autorisait pour de justes motifs l'exécution anticipée de la **concentration** entre **UBS** et **Credit Suisse**. En cas de réunion d'établissements bancaires au sens de la loi sur les banques, la FINMA peut exceptionnellement endosser la compétence décisionnelle relevant du droit qui régit les concentrations pour autant que, dans le cas d'espèce, la concentration lui apparaisse nécessaire à la protection des créanciers. Si tel est le cas, elle invite la COMCO à lui remettre une prise de position. Dans ce contexte, à la demande de la FINMA, le Secrétariat a examiné les conditions de concurrence qui prévalaient sur les marchés concernés. Dans sa prise de position du 25 septembre 2023, la COMCO a évalué sur cette base les effets de la concentration sur la concurrence.

Dans le domaine des marchés financiers, le Secrétariat a assuré plusieurs conseils. Dans ce cadre, par exemple dans le **conseil dispensé à l'Association suisse des banques (ASB)**, les questions de durabilité ont aussi été un thème. Le Secrétariat a examiné les deux autorégulations de l'ASB dans le domaine de la finance durable (« Directives pour les prestataires de services financiers relatives à l'intégration des préférences ESG et des risques ESG dans le conseil en placement et la gestion de fortune » et « Directives pour les fournisseurs d'hypothèques relatives à l'amélioration de l'efficacité

énergétique des bâtiments », en vigueur depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2023). Ces/ autorégulations, adoptées en raison de directives du Conseil fédéral concernant la durabilité dans le secteur financier, prévoient notamment des obligations d'informer la clientèle, lors des entretiens avec celle-ci, sur les aspects de durabilité et la prise en compte de l'efficacité énergétique des bâtiments. Elles sont contraignantes pour tous les membres de l'ASB, une possibilité de déclarer son adhésion étant ménagée aux non-membres. Comme de tels accords de branche couvrent régulièrement de nombreux acteurs d'un secteur déterminé, un certain rapport de tension apparaît souvent envers le droit des cartels. En l'espèce, le Secrétariat est parvenu à la conclusion que les deux autorégulations visées sont compatibles avec les normes du droit cartellaire. Si les autorégulations établissent des normes minimales applicables pour une part importante de la branche, les acteurs restent toutefois libres au moment de fixer les paramètres de concurrence qui importent. En outre, les clients ont la possibilité de renoncer d'emblée au conseil.

Le 29 juin 2023, la COMCO a ouvert deux *enquêtes* sur les **commissions d'interchange des cartes de débit**. Des solutions à long terme doivent être trouvées pour les commissions d'interchange des cartes de débit de Visa et de Mastercard. Deux enquêtes distinctes ont été engagées, l'une contre Visa et l'autre contre Mastercard, les situations de départ étant différentes. Avec Mastercard, un accord rapide et une décision sous forme d'accord amiable se profilent. Quant à VISA, des divergences doivent être clarifiées de manière plus approfondie. Dans les deux cas, l'objet de la procédure porte sur les commissions d'interchange pour les transactions effectuées en Suisse. Il s'agit des commissions qu'une société suisse émettrice de cartes bancaires (normalement une banque) perçoit lors de l'utilisation des cartes émises. Ces commissions sont répercutées par le fournisseur de services de paiement (acqureur) à l'entreprise qui accepte le paiement par carte (généralement un commerçant). Elles ne représentent en fait qu'une partie de la commission totale que l'« acqureur » facture aux commerçants. L'autorité de la concurrence n'a admis une commission d'interchange que pendant la phase d'introduction sur le marché des nouvelles cartes de débit de Visa et de Mastercard. Cette phase s'est terminée lorsqu'une part de marché de 15 % a été atteinte par chacune des sociétés.

#### 4.1.6 Santé

La décision du canton de Zurich de transformer la **Pharmacie cantonale** (Kantonsapotheke) en société anonyme et de la vendre ensuite à l'hôpital universitaire cantonal (Zürcher Universitätsspital) a fait l'objet d'une *observation de marché*. Son résultat concerne les projets de concentration impliquant une entreprise étatique et contient des conclusions d'intérêt pour les cantons et les communes. S'agissant de projets de concentration, la question se pose de savoir si l'entreprise qui appartient à un canton constitue une entité indépendante et de ce fait économiquement autonome, ou si elle forme une unité économique avec le canton. À cet égard, il est décisif de savoir si le canton peut exercer une influence déterminante sur l'activité de l'entreprise. Si une telle influence ne peut être exclue, par exemple parce qu'une

base légale le prévoit, il convient plutôt de supposer qu'une unité économique existe et que le canton exerce son contrôle sur l'entreprise. Dans les cas semblables aux quatre cas suivants, il faut examiner si le canton concerné doit être considéré comme une entreprise exerçant son contrôle: 1) un canton décide d'acheter tout ou partie d'une entreprise à une entreprise privée ou à un autre canton; 2) un canton crée une entreprise commune avec un autre canton ou avec une entreprise privée; 3) un canton accepte que d'autres cantons ou des entreprises détiennent une participation de contrôle à la propriété de sa propre entreprise; 4) projet de concentration dans lequel des entreprises étatiques sont impliquées: les entreprises étatiques sont donc assimilées aux entreprises privées et sont soumises aux dispositions de la loi sur les cartels.

#### 4.1.7 Agriculture

Le Secrétariat a évalué une **communauté de producteurs de houblon suisse** dans le cadre de son activité de *conseil*. Il est parvenu à la conclusion que la vente prévue de toute la quantité de houblon par le gérant de la communauté devrait être qualifiée d'accord horizontal sur les prix entre les houblonniers concernés et qu'un tel accord entrave considérablement la concurrence. Cependant, l'accord sur les prix se justifiant par des raisons d'efficacité économique, il est licite dans la mesure où il est nécessaire de vendre la totalité du houblon par l'entremise du gérant afin de le commercialiser à moindre coût. Le Secrétariat a estimé que le contrôle conjoint de la qualité du houblon, qui était prévu, ne constituait pas un accord en matière de concurrence et qu'un tel contrôle est licite pour autant qu'il ne donne pas lieu à un échange de données sensibles (p. ex. indication des quantités de production individuelles respectives). Le traitement commun du houblon, également prévu, doit certes être qualifié d'accord en matière de concurrence, mais il est licite parce qu'il entre dans la catégorie des microentreprises non problématiques selon la communication PME.

#### 4.1.8 Médias

La COMCO a ouvert en janvier 2023 une *enquête* contre le groupe éditorial français **Madrigall**. Payot, une librairie active en Suisse romande, avait déposé une dénonciation en septembre 2022 au Secrétariat de la COMCO en raison d'un prétendu abus de pouvoir de marché relatif. Selon Payot, Madrigall empêche l'achat de livres en France aux prix du marché et aux conditions usuelles de la branche (cf. point 8.5).

Le Secrétariat a ouvert une *enquête préalable* concernant **Google News** en raison de comportements potentiellement illicites. Sur le fond, il était reproché à Google News de ne publier aucun article du portail d'information toggenburg24.ch, contrairement à ses concurrents, dont pratiquement tous les articles seraient mis en ligne sur Google News. En raison de ce non-référencement dans Google News, toggenburg24.ch subissait un désavantage direct par rapport à ses concurrents. Google a fait valoir qu'elle a un intérêt considérable à fournir aux utilisateurs de Google News un éventail de nouvelles large et varié. Cependant, pour être reconnu comme un site de nouvelles, un portail doit remplir certaines conditions minimales auxquelles toggenburg24.ch ne satisfait pas.

Finalement, le fait que Google fixe certaines conditions minimales aux sites de nouvelles pour qu'ils figurent sur Google News a été reconnu comme une exigence commerciale légitime dans la mesure où les conditions imposées ne sont pas inadéquates. Globalement, aucun indice de comportement abusif n'est donc apparu.

#### 4.1.9 Poste

En novembre 2023, compte tenu des résultats de son examen préalable, la COMCO a décidé de soumettre le *projet de concentration* annoncé entre **La Poste suisse** et **Quickmail Holding SA** à un examen approfondi. Le groupe Quickmail, qui comprend les deux filiales Quickmail SA et Quickpac SA, distribue dans toute la Suisse des lettres, des envois non adressés (p. ex. des prospectus publicitaires), des journaux et magazines ainsi que des paquets. L'examen préalable a révélé des indices selon lesquels la reprise du groupe Quickmail par La Poste créerait ou renforcerait une position dominante de celle-ci sur divers marchés. Dans ce contexte, La Poste fait valoir qu'il s'agit de l'occurrence d'une intégration à des fins d'assainissement et que les effets négatifs de cette concentration sur la concurrence surviendraient également sans concentration. La COMCO a interdit la concentration en date du 15 janvier 2024 parce qu'elle renforcerait ou créerait une position dominante sur divers marchés d'où elle évincerait la concurrence et qu'il existe, pour reprendre le groupe Quickmail Holding SA en difficulté, un autre acquéreur plus propice à la concurrence que ne le serait La Poste.

Les deux *observations de marché* ouvertes en 2022 concernant des activités de **La Poste suisse** ont été classées en 2023. Lors de l'évaluation, aucun indice suffisant n'a révélé un comportement abusif de La Poste qui aurait justifié une enquête préalable ou une enquête. Dans ce contexte, il a été signalé que ni la COMCO ni le Secrétariat ne sont compétents pour évaluer dans quelle mesure des entreprises étatiques peuvent concurrencer des entreprises privées, car il s'agit d'une question de politique réglementaire. Sur le plan matériel, ces observations de marché s'intéressaient pour l'essentiel aux griefs suivants: subventionnements croisés et affaires liées illicites, transmission de données provenant du domaine du monopole et discrimination de partenaires commerciaux.

#### 4.1.10 Sport

Le 16 décembre 2022, la Fédération internationale de football association (ci-après FIFA) a adopté le « **FIFA Football Agent Regulations** » (ci-après FFAR) qui vise à réglementer l'activité d'agent de joueur de football. Le 7 mars 2023, une dénonciation a été déposée à l'encontre de la FIFA, en relation avec l'adoption du FFAR. Ce dernier prévoit en effet un plafond pour la rémunération des agents de joueurs, de même que des règles touchant à la possibilité de représenter plusieurs parties à la fois. Cette dénonciation était assortie d'une requête de mesures provisionnelles, visant à bloquer l'entrée en vigueur du FFAR prévue pour le 1<sup>er</sup> octobre 2023 pour ce qui concernait les articles contestés. Le Secrétariat, après analyse de la situation, a décidé de ne pas requérir de la COMCO le prononcé de mesures provisionnelles, pour lequel les conditions n'étaient pas réunies. Il a toutefois ouvert une *enquête préalable*, dont

l'objectif sera d'analyser la compatibilité de certains des articles du FFAR avec le droit suisse de la concurrence.

#### 4.1.11 Télécommunications

La COMCO a clôturé l'enquête sur la **stratégie de Swisscom de construction du réseau** par sa décision du 4 décembre 2023 (cf. points 3.1 et 8.2).

#### 4.1.12 Transports

Le Secrétariat et la COMCO ont pris position à plusieurs reprises, dans le cadre de *consultations des offices* et de *consultations*, sur des projets de réglementation concernant les **domaines du transport des passagers et du transport des marchandises** (cf. point 8.4).

#### 4.1.13 Autres activités

##### a. Pouvoir de marché relatif

Les nouvelles dispositions portant sur le pouvoir de marché relatif sont entrées en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2022. Elles font suite à l'initiative pour des prix équitables et visent à lutter contre l'îlot de cherté suisse (cf. point 8.5). Dès décembre 2021, les autorités de la concurrence ont publié une note explicative sur le thème du pouvoir de marché relatif ainsi qu'un formulaire de notification correspondant, afin de faciliter une dénonciation aux entreprises et permettre au Secrétariat de la COMCO de trier les cas.

La vague de dénonciations, discutée notamment au Parlement, n'est pas survenue, même deux ans après l'entrée en vigueur des dispositions: les autorités de la concurrence ont reçu en 2023 sept formulaires de notification remplis et une dizaine d'autres dénonciations et demandes de citoyens concernant le thème du pouvoir de marché relatif. Les notifications par formulaire, dénonciations et demandes de citoyens reçues concernaient une très grande variété de branches. Il s'agissait souvent d'un prétendu abus de pouvoir de marché relatif entre un producteur et un distributeur.

Les notifications reçues en 2023 qui visaient l'abus d'un pouvoir de marché relatif n'ont débouché sur aucune ouverture d'*enquête* ou d'*enquête préalable*. Cette situation s'explique de plusieurs manières. Dans la plupart des cas, les descriptions fournies par les entreprises et personnes dénonciatrices ne contenaient pas suffisamment d'indices d'abus d'un pouvoir de marché relatif contraire au droit cartellaire. Il est également arrivé que des entreprises ne maintiennent pas leur dénonciation après un premier contact avec le Secrétariat et que, malgré les exhortations de celui-ci, elles renoncent à déposer un formulaire complété. Dans certains de ces cas, il est probable que l'estimation provisoire du Secrétariat ait suffi à l'entreprise dénonciatrice et qu'elle soit parvenue à s'entendre avec l'entreprise dénoncée.

##### b. Accords verticaux

En décembre, le Secrétariat a classé sans suite l'*enquête préalable* concernant des **outils de coupe**. Cette enquête n'a pas confirmé le soupçon que les entreprises visées aient pu conclure des accords en matière de prix, de protection territoriale ou encore de répartition de la clientèle passibles de sanctions. Le Secrétariat considère qu'il est admissible que la société de distribution suisse d'un producteur d'outils destinés à

l'usinage du métal, actif à l'international, ait cédé certains de ses anciens clients à d'autres distributeurs. Pour mettre sur pied ce système de distribution dual, la société de distribution était en droit de communiquer à une reprise aux nouveaux distributeurs des informations confidentielles, soit les prix de vente qu'elle avait elle-même facturés aux clients concernés. Lors de l'envoi direct des outils de l'entrepôt du producteur à l'étranger à destination de la clientèle des distributeurs, des informations sont échangées entre la société de distribution et les distributeurs au sujet des clients ainsi que des produits et des quantités achetées. Le Secrétariat a également estimé que cet échange d'informations était admissible, car la situation soumise à son examen ne laissait pas présager un impact négatif sur la concurrence.

En décembre, le Secrétariat de la COMCO a ouvert une *enquête préalable* concernant un système de distribution d'extincteurs. Le prestataire distribue les extincteurs par l'intermédiaire d'agences dans le cadre d'un modèle d'agences et simultanément en direct aux clients finaux. On soupçonne qu'il ne s'agit pas d'un véritable modèle d'agences (cf. point 4.1.1), que des accords verticaux sur les prix sont passés et que des clauses de protection territoriale sont convenues.

Dans le cadre d'*observations de marché* suscitées par un soupçon d'accord vertical sur les prix et de cloisonnement du marché suisse, le Secrétariat a signalé les points préoccupants en matière de droit cartellaire aux entreprises concernées. Il leur a recommandé d'adresser une circulaire à leurs partenaires de distribution et de prévoir des formations du personnel précisant que les commandes non sollicitées de clients établis en Suisse peuvent être traitées sans restriction et que les distributeurs peuvent librement fixer leurs prix.

### c. Investigations

Quatre perquisitions ont été menées durant l'année sous rapport. Lors de l'enquête concernant les parfums (cf. 4.1.3), ouverte d'office, les perquisitions et auditions de la première heure ont été coordonnées avec d'autres autorités de la concurrence. Avant et pendant les opérations, des échanges ont eu lieu avec la Commission européenne, la division antitrust du Département américain de la justice (Department of Justice, DoJ) et l'Autorité britannique de la concurrence (Competition and Market Authority, CMA). Ces échanges ont permis de coordonner des aspects pratiques, par exemple le moment de l'intervention, les modalités de règlement d'éventuels conflits lors de la saisie des données électroniques ou encore le moment et la teneur des communiqués de presse. En outre, les problèmes juridiques potentiels ont été discutés et réglés (p. ex. l'information des personnes auditionnées comme témoins en Suisse, mais qui sont passibles de poursuites pénales aux États-Unis). Comme les sièges de deux des quatre grands producteurs de parfums sont en Suisse, la contribution de l'Autorité suisse à l'organisation fructueuse de l'opération dans son ensemble a été décisive. Pour la suite de l'enquête, les échanges avec la Commission européenne pourront continuer sur la base de l'accord de coopération bilatéral, qui permet notamment d'échanger les éléments de preuve mis à jour.

Les autres perquisitions concernaient les enquêtes sur le commerce en ligne des accessoires d'imprimantes et de matériel de bureau (cf. 4.1.3), le négoce de l'acier (cf. 4.1.2) et les entreprises de construction dans le canton de Neuchâtel (cf. 4.1.2).

## 4.2 Marché intérieur

La LMI garantit le libre accès au marché dans toute la Suisse à des conditions équitables. Au niveau intercantonal, l'accès au marché doit être accordé conformément au principe du lieu de provenance (principe du Cassis de Dijon). La COMCO a émis une expertise en date du 5 juin 2023 concernant la conformité aux dispositions de la LMI de l'interdiction du **plastique à usage unique** dans les établissements de restauration du canton de Genève. Pour les prestataires établis hors du canton, une telle interdiction peut entrer en conflit avec le droit d'accès au marché selon le principe du lieu de provenance. Après avoir pesé les intérêts à la lumière de la LMI, la COMCO a considéré que la restriction à l'accès au marché causée par l'interdiction était foncièrement justifiable.

Par un arrêt exécutoire rendu le 14 août 2023, le Tribunal cantonal du canton de Vaud a confirmé que les dispositions de la législation sur le marché intérieur s'appliquent à l'accès au marché d'une **organisation extracantonale d'aide et de soins à domicile**. La pratique du Département de la santé et de l'action sociale du canton de Vaud n'était pas conforme à la LMI. Dans ses considérants, le Tribunal cantonal a suivi l'*expertise* de la COMCO du 30 janvier 2023.

Conformément à la LMI, le transfert de monopoles cantonaux et communaux à des entreprises privées implique un appel d'offres public non discriminatoire. La jurisprudence assimile également les droits exclusifs restreints des collectivités publiques à de tels monopoles au sens de la législation sur le marché intérieur. L'octroi de concessions de monopoles dans l'intérêt public est soumis depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2021 au droit révisé des marchés publics. Le Secrétariat a donc examiné, dans le cadre d'*observations de marché*, les questions de délimitation qui se posent. D'autres observations de marché concernant le domaine du transfert de monopole ont porté sur la location d'**établissements de restauration** en ville de Zurich ainsi que sur les **services funéraires** et les **services de taxi** dans plusieurs cantons et communes.

En 2021, la COMCO a recommandé que l'achat d'**électricité** par certaines collectivités publiques fasse l'objet d'un appel d'offres public. À cet effet, le Secrétariat a réalisé plusieurs *observations de marché*. Il s'agissait notamment de prendre en compte les modifications à venir du droit régissant l'approvisionnement en électricité. Pour l'heure, la situation tarifaire étant encore tendue sur le marché de l'électricité, il est renoncé à prendre des mesures supplémentaires. À moyen terme toutefois, des questions de droit encore ouvertes devront être clarifiées par les tribunaux. Le Secrétariat veille à ce que le droit révisé des marchés publics et l'Accord intercantonal sur les marchés publics révisé (AIMP 2019) soient mis en œuvre conformément aux dispositions de la législation sur le marché intérieur.

## 5 Relations internationales

**UE, Royaume-Uni, États-Unis:** conformément à l'accord de coopération entre la Suisse et l'UE, la COMCO a échangé des informations avec la Commission européenne dans le cadre d'enquêtes parallèles portant sur le domaine de la santé et le secteur financier. Dans le domaine des parfums, la COMCO a coordonné les perquisitions avec la Commission européenne, la division antitrust du Département de justice américain (DoJ) et l'Autorité britannique de la concurrence (Competition and Markets Authority) (cf. point 4.1.13 c).

**Allemagne:** l'accord de coopération entre la COMCO et l'Autorité allemande de la concurrence (Bundeskartellamt, BKA) est entré en force le 1<sup>er</sup> septembre 2023. Sur le modèle de l'accord de coopération passé en 2013 entre la Suisse et l'UE, cet accord avec l'Allemagne permet notamment de coordonner les procédures et les échanges d'informations confidentielles lors de procédures parallèles. La possibilité d'échanger des informations confère à cet accord le caractère d'un « accord de deuxième génération ». Sur un point, l'accord passé avec l'Allemagne va encore plus loin que celui conclu avec l'UE. En effet, la notification d'actes souverains a été réglementée avec l'Allemagne: la COMCO peut, par l'intermédiaire du BKA, notifier des décisions à des entreprises établies en Allemagne et sans siège ni domicile de notification en Suisse. Une telle solution n'a pas été possible avec l'UE, puisque la notification de décisions aux entreprises établies dans les États membres de l'UE relève de la compétence de ces États. Si la destinataire d'une décision sise dans l'UE ne dispose ni d'un siège ni d'un domicile de notification en Suisse, la notification doit suivre la voie diplomatique. La solution trouvée avec l'Allemagne représente donc une plus-value considérable pour la COMCO.

**OCDE:** En juin, la présidente de la COMCO s'est rendu à la Competition Week de l'OCDE à Paris, tandis que des collaborateurs du Secrétariat y participaient en ligne. Les thèmes suivants ont notamment été discutés: évaluation des avantages obtenus pour la concurrence par les autorités en la matière, avenir des programmes de clémence (témoins de la couronne), relation entre concurrence et innovation, théories des préjudices dus aux fusions numériques, collusion algorithmique et concurrence algorithmique, concurrence et aspects de durabilité dans l'économie circulaire, avantages et inconvénients des standards de prospérité des consommateurs. Des collaborateurs du Secrétariat ont pris part en ligne au Forum de la concurrence de l'OCDE qui se tenait en décembre. Les thèmes suivants ont été discutés: concurrence et sport professionnel, organisation optimale et compétences des autorités de la concurrence, rôle de l'innovation dans l'application du droit de la concurrence, acquisitions en série et fusions industrielles, prise en compte des gains d'efficacité hors du marché dans l'application du droit de la concurrence, utilisation de preuves économiques dans des affaires d'entente et évaluation ex post des mesures correctives en matière de fusion.

**RIC:** la présidente de la COMCO a participé avec le directeur et le coordinateur RIC à la 22<sup>e</sup> Conférence annuelle du Réseau international de la concurrence à

Barcelone. En 2023, le Secrétariat a pris part à diverses enquêtes et il a contribué à plusieurs rapports du RIC. Ce faisant, il s'est en particulier engagé dans la thématique des défis et des possibilités inhérentes à l'élucidation des faits à l'aide des ressources numériques innovantes. Des collaborateurs du Secrétariat ont notamment participé au groupe nouvellement créé des technologues en contribuant aux échanges d'informations et de connaissances dans le domaine du numérique.

**CNUCED:** en juillet 2023, le Secrétariat de la COMCO a participé à la Conférence annuelle de la CNUCED à Genève. Simultanément, la collaboration au sein du groupe de travail sur les cartels transfrontaliers (« cross-border cartels ») s'est poursuivie en étroite coopération avec le Secrétariat d'État à l'économie (SECO). Le mandat de ce groupe de travail a été prolongé d'une année et son objet a été complété par la question des accords de soumission dans les marchés publics. Dans ce cadre, le Secrétariat de la COMCO transmet aux autorités de la concurrence étrangères l'expertise qu'il a acquise dans le domaine des accords de soumission.

## 6 Législation

Le 24 mai 2023, le Conseil fédéral a adopté un projet et le message concernant la **révision partielle de la loi sur les cartels**. Le projet de révision vise à améliorer l'efficacité de la loi sur les cartels et à mettre en œuvre trois interventions parlementaires. Le renforcement du volet civil du droit des cartels, l'amélioration de la procédure d'opposition et la modernisation du contrôle des concentrations en sont des éléments essentiels. Le passage de l'actuel test qualifié de position dominante sur le marché au Significant Impediment to Effective Competition-Test (SIEC-Test) doit permettre d'adapter à la pratique internationale le standard de contrôle prévu par le droit cartellaire lors de concentrations d'entreprises. Le projet doit en outre assurer la mise en œuvre des exigences formulées de trois motions acceptées: 16.4094 Fournier, 18.4282 Français et 21.4189 Wicki. La Commission compétente de l'économie et des redevances du Conseil des États a commencé les délibérations de détail à l'automne 2023. Les délibérations aux Chambres sont prévues pour 2024. Au sein de l'administration, le Secrétariat général du Département de l'économie, de la formation et de la recherche (SG-DEFR) et le SECO sont responsables de mener la révision partielle de la loi sur les cartels. Le Secrétariat de la COMCO est impliqué dans les travaux.

La révision partielle de la LCart ne comporte pas de **réforme des autorités de la concurrence** (réforme institutionnelle). Cette réforme est traitée parallèlement. Le DEFR, que le Conseil fédéral a chargé de cette tâche, a engagé le 1<sup>er</sup> mai 2023 une commission d'experts indépendante de l'administration fédérale. Cette commission, présidée par le professeur Hansjörg Seiler, ancien juge fédéral, a élaboré les bases nécessaires à une réforme objectivement fondée et largement étayée des autorités de la concurrence. Elle a évalué des modèles concrets de conception des autorités et des tribunaux dans l'optique de la durée des procédures, de la protection efficace de la concurrence et de la compatibilité avec la Constitution fédérale et la Convention

européenne des droits de l'homme. Le rapport de la commission servira au DEFR comme base à l'élaboration d'une orientation générale de la réforme des autorités de la concurrence. Le DEFR doit soumettre dans ce sens une proposition concrète au Conseil fédéral au cours du premier trimestre 2024.

L'état actuel des **interventions parlementaires** concernant la loi sur les cartels et la LMI est le suivant:

- La motion 16.4094 Fournier du 15 décembre 2016 « Améliorer la situation des PME dans les procédures de concurrence » a été mise en œuvre par le Conseil fédéral dans la révision partielle de la loi sur les cartels, qui propose des délais pour les procédures administratives relevant du droit cartellaire et des dépens dans les procédures administratives de première instance.
- Le Conseil fédéral a donné suite à la **motion 18.4282 Français** du 13 décembre 2018 « La révision de la loi sur les cartels doit prendre en compte des critères tant qualitatifs que quantitatifs pour juger de l'illicéité d'un accord » en soumettant au Parlement, dans le cadre de la révision de la loi sur les cartels, une modification des art. 4, 5 et 27 LCart concernant les consortiums, les critères quantitatifs permettant d'apprécier le caractère notable et les infractions légères.
- La **motion 21.4189 Wicki** du 30 septembre 2021 « Préserver le principe de l'instruction. Le fardeau de la preuve ne doit pas être renversé dans la loi sur les cartels » est mise en œuvre dans la révision partielle de la loi sur les cartels par des dispositions déclaratoires correspondantes.
- Sur la base de la **motion 18.3898 Pfister** du 27 septembre 2018 « Appliquer la loi sur les cartels de manière effective dans le secteur automobile », le Conseil fédéral a élaboré une ordonnance qui est entrée en vigueur au 1<sup>er</sup> janvier 2024.
- La **motion 22.3838 Gugger** du 17 juin 2022 « Protection contre l'introduction unilatérale du modèle de l'agence sur le marché automobile » n'a pas encore été traitée par les chambres.
- La **motion 22.3885** de la **Commission de l'économie et des redevances du Conseil national** du 15 août 2022 « Enquête préalable du secrétariat de la Comco, ou enquête de la Comco, sur les problèmes de concurrence dans le domaine des combustibles et des carburants » a été rejetée par le Conseil des États en date du 15 juin 2023. Elle est donc liquidée.
- Les **motions 22.3976 Maitre** et **22.3977 de Quattro** du 22 septembre 2022 « Supprimer les commissions d'interchange pour les opérations de paiement des cartes de débit » n'ont pas encore été traitées par les chambres.
- La **motion 22.4404 Rechsteiner** du 14 décembre 2022 « Accélérer les procédures pour accroître la sécurité juridique » demande que la phase d'enquête du Secrétariat de la COMCO (c'est-à-dire de l'ouverture de la procédure jusqu'à la proposition du Secrétariat à la COMCO) dure au maximum un an, une prolongation d'un an supplémentaire étant possible. Cette intervention n'a pas encore été traitée par les chambres.
- La **motion 23.3069 Groupe socialiste** du 8 mars 2023 « Créer une loi sur les marchés numériques pour la Suisse » charge le Conseil fédéral de proposer les modifications nécessaires de la loi pour mettre en œuvre en Suisse les principaux objectifs de la législation européenne sur les marchés numériques européens (« Digital Markets Act », DMA). Les chambres n'ont pas encore traité cette intervention.
- La **motion 23.3224 Français** du 16 mars 2023 « Réforme institutionnelle de la Commission de la concurrence » demande que la structure de la COMCO, ses prérogatives et ses moyens soient revus; une séparation fonctionnelle entre ses rôles d'accusateur et de juge doit être garantie. Cette intervention est traitée par le Conseil des États en sa qualité de première chambre.
- La **motion 23.3487 Romano** du 12 avril 2023 « Affaire Credit Suisse. Examiner toutes les mesures possibles pour préserver les emplois en Suisse » demande que le Conseil fédéral et la FINMA fassent tout le nécessaire pour que la COMCO procède à un examen approfondi conformément à l'art. 33 de la loi sur les cartels. Cette intervention n'a pas encore été traitée par les chambres.
- Les **motions 20.3531 Caroni / 20.3532 Rieder** du 8 juin 2020 « Pour une concurrence plus équitable avec les entreprises publiques » visaient à proposer les modifications législatives permettant d'endiguer les distorsions de concurrence provoquées par les entreprises publiques. Le Conseil fédéral a communiqué le 15 septembre 2023 que les exigences des deux motions seraient satisfaites en apportant un complément aux principes directeurs en matière de gouvernement d'entreprise. Les deux motions ont été transmises au Conseil fédéral.
- Le **postulat 19.4379** de la **Commission de l'économie et des redevances du Conseil des États** du 18 octobre 2019 « Accès aux marchés fermés des cantons. Procédure équitable » chargeait le Conseil fédéral d'analyser l'art. 2 al. 7 LMI et de présenter différentes possibilités d'amélioration. Le rapport du Conseil fédéral du 18 octobre 2023 parvient à la conclusion que les dispositions légales actuelles ont contribué à ouvrir les marchés fermés. À ce stade, il n'identifie pas de mesure nécessaire supplémentaire au niveau de la loi.
- Mentionnons encore les **interpellations** suivantes non encore liquidées: **22.3707 Estermann** du 16 juin 2022 (« Correctifs nécessaires dans le système de santé ? (4) »), **23.3469 Gigon** du 11 avril 2023 (« Credit Suisse/UBS, nouvelle mégabanque. Comment adapter notre législation pour garantir la concurrence ? »), **23.3736 Gigon** du 15 juin 2023 (« Extension et monitoring de l'interdiction du géoblocage »), **23.4114 Hess** du 27 septembre 2023 (« Première évaluation de la mise en œuvre de l'initiative pour des prix équitables »), **23.4128 Gössi** du 28 septembre 2023 (« Quelle est l'efficacité de l'obligation

de notifier les opérations de concentration impliquant des entreprises ayant une position dominante sur le marché ? »), **23.4299 Addor** du 29 septembre 2023 (« Fusion UBS-CS. Et la Comco ? »), **23.4513 Gugger** du 22 décembre 2023 (« Géants d'Internet. Abus de position dominante au détriment des PME et des hôpitaux »), **23.4416 Maître** du 20 décembre 2023 (« Cartes de débit. Frais excessifs pour les petits commerçants - procédure à la Comco ») et le **postulat 23.3738 Gigon** du 15 juin 2023 (« État et évolution de l'îlot de cherté suisse - pour les consommateurs et les PME »).

## 7 Statistiques

Les statistiques suivantes fournissent un aperçu des travaux de la COMCO et de son Secrétariat en 2023:

	2023	2022	2021
<b>Enquêtes</b>			
Menées durant l'année	25	19	20
dont reprises de l'année précédente	18	16	16
dont ouvertes durant l'année	7	3	4
dont nouvelles enquêtes résultant d'une séparation d'une enquête en plusieurs enquêtes	0	0	0
<b>Décisions</b>	2	1	4
dont accords amiables	0	1	3
dont décisions de l'autorité	1	1	2
dont sanctions selon l'art. 49a al. 1 LCart	2	1	4
dont décisions partielles	0	0	0
<b>Décisions de procédure</b>	2	1	2
<b>Autres décisions (publication, coûts, accès au dossier, etc.)</b>	3	1	2
<b>Mesures provisionnelles</b>	0	0	1
<b>Procédure de sanction au sens des art. 50 ss LCart</b>		1	2
<b>Enquêtes préalables</b>			
Menées durant l'année	17	14	11
dont reprises de l'année précédente	10	8	7
dont ouvertes durant l'année	7	6	4
<b>Clôtures</b>	8	5	3
dont avec ouverture d'enquête	3	0	1
dont avec adaptation du comportement	3	4	1
dont sans suite	2	1	1
<b>Autres activités</b>			
<b>Annonces traitées selon l'art. 49a al. 3 let. a LCart</b>	2	5	1
<b>Conseils</b>	29	14	33
<b>Observations de marché clôturées</b>	48	52	48
<b>Requêtes LTrans</b>	18	22	10
<b>Autres demandes traitées</b>	500	511	519
<b>Concentrations</b>			
<b>Notifications</b>	33	49	31
<b>Pas d'intervention après examen préalable</b>	32	49	31
<b>Examens</b>	2	0	0
<b>Décisions de la COMCO après examen</b>	0	0	0
Interdiction	0	0	0
Autorisation conditionnelle / soumise à des charges	0	0	0
Autorisation sans réserve	0	0	0

Exécution provisoire	0	0	0
Procédures de recours			
Total des recours auprès du TAF et du TF	31 (67)	35 (88)	39 (92)
Arrêts du TAF	11 (16)	6 (31)	11 (15)
dont succès des autorités de la concurrence	9 (14)	4 (10)	8 (12)
dont succès partiel	2 (2)	2 (6)	2 (2)
dont sans succès	0 (0)	0 (3)	1 (1)
Arrêts du TF	1 (1)	5 (7)	5 (12)
dont succès des autorités de la concurrence	1 (1)	4 (4)	4 (11)
dont succès partiel	0	1 (2)	1 (1)
dont sans succès	0	0 (1)	0 (1)
Pendantes en fin d'année (auprès du TAF et du TF)	24 (56)	29 (69)	30 (71)
Avis, recommandations et prises de position, etc.			
Avis (art. 15 LCart)	0	1	0
Recommandations (art. 45 LCart)	0	0	0
Avis (art. 47 LCart, art. 5 al. 4 LSPr ou art. 11a LTC)	0	0	2
Suivi des affaires	0	0	0
Communications (art. 6 LCart)	0	1	0
Prises de position (art. 46 al. 1 LCart)	318	327	335
Consultations (art. 46 al. 2 LCart)	13	14	11
Contrôles des aides	0	0	1
LMI			
Recommandations / enquêtes (art. 8 LMI)	0	0	1
Expertises (art. 10 LMI)	2	1	4
Observations de marché / conseils / autres demandes traitées	52	62	68
Recours (art. 9 al. 2 <sup>bis</sup> LMI)	0	3	1

Les statistiques 2023 et la comparaison avec les chiffres de 2022 et de 2021 révèlent pour l'essentiel ce qui suit:

- Enquêtes: la COMCO a ouvert sept nouvelles enquêtes et n'en a clôturé, comme l'année précédente, qu'un petit nombre en comparaison des autres années.
- Enquêtes préalables et observations de marché: le nombre d'enquêtes préalables a légèrement augmenté, le nombre des observations de marché réalisées étant dans la moyenne des cinq dernières années.
- Concentrations: à l'instar des deux années qui ont précédé, un nombre de concentrations supérieur à la moyenne a été annoncé à la COMCO. Ces notifications mobilisent des ressources qui seraient autrement principalement utilisées dans les enquêtes.
- Procédures de recours<sup>2</sup>: les tribunaux (surtout le TAF) ont rendu pendant l'année sous rapport, comme l'année précédente, un nombre de décisions supérieur à la moyenne<sup>3</sup>. Ils ont ainsi contribué de manière déterminante à la sécurité juridique. Les tribunaux ont largement confirmé les décisions de la COMCO.
- Avis, recommandations et prises de position: alors que le nombre d'avis et de recommandations est resté à un niveau très bas, les autorités de la concurrence ont continué de fournir un important travail de réglementation. Certains services ont investi une part

notable de leurs ressources dans des prises de position sur des projets de loi et d'ordonnance.

- LMI: comme les années passées, eu égard à ses ressources limitées, la COMCO a traité un grand nombre de questions relatives au droit régissant le marché intérieur. De ce fait, le volume de conseils et d'observations de marché traités se maintient à un niveau élevé.

<sup>2</sup> Les décisions de la COMCO visent généralement plusieurs parties, qui forment individuellement des recours auprès des tribunaux. Ceux-ci traitent normalement chaque recours séparément et rendent par conséquent plusieurs verdicts pour une seule et même décision de la COMCO. Ces arrêts des tribunaux sont pour certains très semblables sur le fond, quoiqu'ils traitent aussi de questions spécifiques. Depuis 2021, on ne regroupe pas seulement les procédures de recours parallèles devant les tribunaux comme formant un cas par décision de la COMCO, on y ajoute entre parenthèses le total de tous les recours séparés, y compris parallèles. La même remarque vaut pour les statistiques au niveau des tribunaux: d'une part, indépendamment du nombre de recours visant une décision de la COMCO, les jugements sont assimilés à un seul jugement et, d'autre part, ils sont en outre mentionnés entre parenthèses en relation avec les différents recours (p. ex., les arrêts rendus par le TAF suite aux neuf recours formés contre la décision de la COMCO en matière de fret aérien sont comptés comme un seul jugement, mais aussi comme neuf jugements entre parenthèses).

<sup>3</sup> Le TF a prononcé une série de décisions de renvoi concernant des jugements rendus par le TAF portant sur des limitations d'importations parallèles de livres en français (les derniers jugements datant du 8.12.22). Les décisions sur renvoi correspondantes du TAF précisant le nouveau calcul des sanctions et des coûts n'ont pas été intégrées aux statistiques.



## 8 Thème spécial pour 2023: interventions contre le cloisonnement des marchés et les prix excessifs

En Suisse, sur certains marchés, les prix sont supérieurs à ceux pratiqués à l'étranger dans la zone frontalière. Ces différences de prix peuvent en partie s'expliquer par des salaires et des coûts d'infrastructure plus élevés ainsi que par le comportement des consommateurs. Mais elles sont aussi dues à des lois qui cloisonnent le marché et freinent la concurrence (p. ex. entraves au commerce) et aux comportements illicites d'entreprises. La COMCO s'engage pour accroître la concurrence et pour remédier aux réglementations restrictives, elle ouvre les marchés et lutte contre les comportements illicites. Ces dernières années, la COMCO a mis un accent particulier sur la lutte contre les accords de cloisonnement du marché suisse, les prix imposés et les accords sur les prix.

### 8.1 Lutte contre les cloisonnements territoriaux verticaux et les prix imposés

En 2003, dans le cadre de la révision de la loi sur les cartels, le législateur a nouvellement qualifié d'accords particulièrement dommageables (accords durs) deux types d'entente verticale: les **accords de protection territoriale** et l'**imposition des prix**. Par la suite, la COMCO est régulièrement intervenue contre des cloisonnements territoriaux et des prix imposés. La trilogie de décisions « Gaba-BMW-Nikon » a été le coup d'envoi de cet engagement. S'agissant de BMW, les consommateurs suisses étaient privés de pouvoir acheter des véhicules BMW en Allemagne à des prix avantageux (jusqu'à 25 % inférieurs) parce que les contrats de distribution des revendeurs BMW établis dans l'Espace économique européen (EEE) leur interdisaient l'exportation. Les tribunaux ont soutenu les trois décisions de la COMCO. Dans son arrêt principal concernant Gaba, le TF notait en outre que les accords durs en matière de concurrence constituent des atteintes en principe notables à la concurrence et qu'il n'est pas nécessaire d'en prouver les effets. L'introduction du principe du caractère notable a réduit la durée des procédures et a facilité l'application du droit cartellaire dans la pratique. C'est ainsi que la COMCO a clôturé les procédures Eflare (2016, protection territoriale), Husqvarna (2017, imposition des prix), RIMOWA (2018, protection territoriale), Stöckli Ski (2019, imposition des prix), Bucher Landtechnik (2019, protection territoriale) et Pöschl Tabakprodukte (2021, protection territoriale) par des accords amiables dans des délais compris entre 10 et 28 mois (15 mois en moyenne). Ces accords sur des prix imposés et des protections territoriales se déclinaient notamment comme suit: Husqvarna influençait la fixation des prix des distributeurs qui accordaient des rabais trop importants à la vente de tondeuses à gazon robotisées de la marque Automower. Stöckli convenait dans ses contrats de distribution avec les revendeurs que ceux-ci ne proposeraient pas les skis à des prix inférieurs à ceux des filiales Stöckli. De tels accords sur les prix réduisent la concurrence sur les prix et induisent des prix excessivement élevés. RIMOWA convenait avec ses partenaires de distribution allemands une interdiction d'exportation des produits RIMOWA vers la Suisse, de sorte que les consommateurs suisses ne

pouvaient pas commander en ligne des valises RIMOWA en Allemagne, où elles étaient 20 à 30 % moins chères. La décision de la COMCO visant Bucher Landtechnik a permis l'importation sans restriction et à meilleur prix de pièces de rechange et de tracteurs de la marque New Holland. Globalement, les décisions de la COMCO ont favorisé les importations parallèles et directes ainsi que la concurrence sur les prix en Suisse.

Les **communications** de la COMCO sur les **accords verticaux** et concernant le **secteur automobile** (remplacées le 1<sup>er</sup> janvier 2024 par l'ordonnance automobile, cf. point 4.1.1) contribuent elles aussi à promouvoir les importations parallèles et directes et à prévenir un isolement des marchés suisses. Elles donnent en outre un cadre aux entreprises en matière de distribution et stipulent clairement que, dans le domaine des accords verticaux, les mêmes règles que celles de l'UE s'appliquent en principe. Des règles de distribution internationale claires et largement harmonisées favorisent la concurrence en Suisse.

Outre les procédures d'enquête de la COMCO, le Secrétariat a mené plusieurs **enquêtes préalables** et plus de cent **observations de marché** au cours des dix dernières années. Il a par exemple analysé la distribution des motos Yamaha, les croisières Costa et des réactifs de laboratoire. Il a notamment évalué des contrats de distribution comportant des indices de limitation des exportations vers la Suisse, des refus de garantie sur des produits importés, des obligations d'achat exclusif auprès des fournisseurs établis en Suisse, des informations émanant du personnel de vente selon lesquelles leur fournisseur leur aurait interdit d'octroyer des rabais et des refus de commandes provenant de la Suisse avec l'indication qu'il est interdit de vendre hors de la zone attribuée par contrat. Des adaptations de contrat, des circulaires à l'attention des partenaires de distribution et des formations internes du personnel des entreprises concernées ont permis de lever les préoccupations relevant du droit cartellaire et de renforcer la concurrence. La certitude de pouvoir librement fixer les prix accroît la probabilité de rabais et de réduction de prix. Des conditions claires quant aux possibilités de procéder à des importations directes et parallèles améliorent la situation de négociation des demandeurs envers les fournisseurs suisses, ce qui accroît la pression concurrentielle en Suisse. Les importations directes sont aussi simplifiées pour les consommateurs grâce à l'importance croissante du commerce en ligne. Des portails de comparaison des prix réduisent les coûts de recherche, ce qui augmente la pression sur les prix. Il y a une dizaine d'années, le Secrétariat menait encore régulièrement des observations de marché concernant des interdictions et restrictions du commerce en ligne. Grâce aux progrès de la numérisation, le canal de la distribution en ligne s'est établi et les autorités de la concurrence n'ont pratiquement plus de raison d'intervenir.

### 8.2 Ouverture des marchés

La COMCO ouvre les marchés en prenant des décisions relatives aux infrastructures et en luttant contre les comportements qui entravent la concurrence. S'agissant d'ouvrir les marchés, elle a pris la plus importante décision de l'année sous rapport dans le cadre de la procé-

ture très suivie concernant l'extension de l'**infrastructure à fibre optique** de Swisscom. À partir de début 2020, Swisscom (Suisse) SA a modifié les modalités de construction du réseau dans le cadre de sa « stratégie d'extension du réseau 2025 » de sorte que ses concurrents n'avaient plus d'accès direct à l'infrastructure du réseau (accès Layer 1) dans les zones où elle développait son réseau exclusivement avec de la fibre optique. La COMCO a obligé Swisscom, dans des délais de transition déterminés, soit à mettre hors service les raccordements en fibre optique déjà en exploitation qui ne permettent pas une offre Layer 1, soit à les transformer de manière à ce qu'un accès Layer 1 soit possible pour les tiers. En outre, elle a interdit à Swisscom de construire ou de développer à l'avenir des réseaux de fibre optique qui restreignent ainsi la concurrence (cf. point 3.1).

Dans le **domaine du gaz**, le Secrétariat a traité, également en 2023, plusieurs demandes concernant des requêtes d'accès au réseau de fournisseurs tiers. Sans ouvrir de procédure, il a fait en sorte que les fournisseurs tiers obtiennent l'accès au réseau pour livrer les consommateurs finaux (cf. point 4.1.4). Des décisions de principe prises dans le domaine de l'énergie ont permis d'obtenir ce résultat rapidement et de manière informelle dans le cadre d'observations de marché. Comme elle s'y était employée une vingtaine d'années plus tôt dans le domaine de l'électricité (décision concernant les Entreprises Électriques Fribourgeoises / Watt Suisse SA), la COMCO a veillé en 2020 à ouvrir le marché du gaz: elle a réglementé le transit par les réseaux de gaz naturel dans un accord amiable avec ewl Energie Wasser Luzern Holding SA (ewl) et Erdgas Zentralschweiz SA (EGZ). Cette décision exécutoire a permis à la COMCO d'ouvrir le marché de livraison de gaz naturel en Suisse centrale. Par le passé, les deux gestionnaires de réseau concernés n'avaient accordé l'accès au réseau à des fournisseurs tiers qu'en vue d'approvisionner quelques grands clients industriels qui remplissaient les exigences prévues par la « convention de l'association (« Verbändevereinbarung »), une convention de droit privé entre l'Association des gestionnaires de réseau et les organisations de gros consommateurs (Verband der Netzbetreiber und Grossverbraucherorganisationen). La décision de la COMCO obligeait les deux gestionnaires de réseau à donner l'accès à leurs réseaux à tous les tiers qui le demanderaient. Après la publication de la décision de la COMCO, outrepassant le cadre fixé par la « Verbändevereinbarung », de nombreux autres gestionnaires de réseau ont autorisé le changement de fournisseur, bien que la décision de la COMCO ne se soit appliquée de manière juridiquement contraignante qu'à EGZ et ewl. Depuis lors, les autorités de la concurrence n'ont dû ouvrir aucune enquête préalable ou enquête en raison d'un refus d'accès au réseau. En lieu et place, elles ont pu régler rapidement et de manière informelle diverses demandes que leur soumettaient des fournisseurs tiers. Il y a donc lieu de penser qu'aucun refus d'accéder au réseau n'est survenu depuis la publication de la décision de la COMCO. Le taux de changement de fournisseurs dans le domaine gazier a plus que triplé entre 2017 (2,4 %) et 2020 (7,7 %). Le résultat de la procédure conduite par la COMCO pourrait ne pas

y être étranger (cf. EVU Partners, Studie Gasmarkt Schweiz 2021, page 4).

### 8.3 Lutte contre les accords sur les prix

La rivalité entre concurrents les conduit à réduire leurs prix. Pour accroître leur chiffre d'affaires et leur bénéfice, les entreprises tentent d'acquérir des clients. À cet effet, leur offre doit apparaître intéressante. Elles se prennent mutuellement des clients en soumettant des offres plus avantageuses. Nombre d'entreprises cherchent à s'y soustraire en passant des **accords sur les prix**. Ces accords induisant des prix excessifs, le législateur les a interdits. La COMCO applique cette interdiction en examinant systématiquement tout indice d'accord sur les prix, en recherchant les preuves correspondantes par des perquisitions et en sanctionnant les infractions à la loi.

S'agissant d'accords sur les prix, l'une des priorités de la COMCO est de lutter contre les **accords de soumission** et de les empêcher. Par le passé, il est arrivé plusieurs fois que des entreprises se concertent avant de soumettre leurs offres. Elles s'entendaient sur le montant de leurs offres, déterminaient la « gagnante » et simulaient la concurrence par des offres de couverture. Comme la COMCO l'a montré dans la procédure visant un cartel de construction routière au Tessin, de tels accords entraînent des augmentations substantielles de prix: les prix des offres étaient environ 30 % plus bas après le démantèlement du cartel. La COMCO a également mis au jour et sanctionné des cartels de construction dans les cantons d'Argovie et de Zurich, dans le See-Gaster et aux Grisons, les ententes de soumission entre électriciens dans les cantons de Berne et de Genève ainsi que les accords concernant le nettoyage des tunnels et les réseaux optiques. Les accords examinés par la COMCO couvraient quelque 2'000 objets. En les poursuivant systématiquement, la COMCO repère les accords qui poussent les prix à la hausse et elle prévient d'autres accords de soumission qui coûteraient beaucoup d'argent aux pouvoirs publics et aux privés.

Sur d'**autres marchés** également, des entreprises se sont entendues sur des prix. Les clients des entreprises autant que les consommateurs finaux peuvent faire les frais de ces prix excessifs. Comme le montrent les enquêtes de la COMCO, les transporteurs et les compagnies aériennes ont coordonné et convenu des suppléments de prix dans le transport aérien. Des fournisseurs de ferrements pour portes se sont entendus pour conserver des marges minimales. Des distributeurs automobiles ont fixé des réductions de prix et des forfaits de livraison, et ont coordonné leur politique de prix. Des grossistes sanitaires ont notamment décidé d'accroître leurs marges en commun. Des zingueries ont convenu des relèvements de prix, des suppléments de prix et le maintien de prix minimaux. Des maîtres d'auto-école ont coordonné les prix des cours de conduite au sein de l'association.

Tous les accords sur les prix passés entre entreprises ne sont pas dommageables au point d'être interdits. Dans de tels cas, la COMCO veille à ce que les accords sur les prix ne conduisent pas à des prix excessifs, mais qu'ils se limitent aux éléments importants pour le bon fonctionnement des marchés. Par exemple, la COMCO

observe depuis vingt ans les frais des cartes bancaires, puisque les **banques** appliquent les commissions d'interchange en commun. Il s'agit de commissions que les sociétés émettrices des cartes de crédit (émetteurs) reçoivent des entreprises (acquéreurs) qui concluent des contrats avec les commerçants qui acceptent les cartes de crédit. Une telle commission est due par l'acquéreur à l'émetteur chaque fois qu'un paiement est effectué avec la carte. Elle est comprise dans la commission que l'acquéreur exige du commerçant qui accepte le paiement par carte. Ces commissions peuvent contribuer au fonctionnement des marchés des cartes payantes et se justifier à certaines conditions pour des raisons d'efficacité. La COMCO a admis une telle justification pour les commissions d'interchange domestiques, à condition toutefois que leur montant soit limité. En 2004, une commission de 1,69 franc était perçue pour une transaction par carte de crédit de 100 francs. Au cours de trois enquêtes, la COMCO a convenu avec les parties des abaissements successifs des commissions d'interchange domestiques pour les cartes de crédit. Cette commission est actuellement de 44 centimes par transaction de cent francs. En ce qui concerne les cartes de débit, deux nouvelles enquêtes ont été ouvertes en lien avec les commissions d'interchange (cf. point 4.1.5).

#### 8.4 Prises de position sur les réglementations

Le législateur régleme la cours des choses par des lois et des ordonnances dans de nombreux marchés et domaines de la vie. Les réglementations visent des buts déterminés, que diverses formes d'intervention de l'État permettent d'atteindre. L'État peut intervenir lui-même comme prestataire de services ou fournisseur de produit. Il peut laisser cette activité en tout ou en partie à des acteurs privés. Les systèmes d'économie de marché présentent l'avantage que l'économie peut y adapter continuellement son comportement aux développements technologiques et économiques. Généralement, l'influence indirecte des marchés, provenant par exemple de la définition des conditions-cadres ou de la perception de taxes incitatives, est la forme la plus douce de la réglementation étatique. Les charges, obligations, interdictions et subventions constituent des interventions étatiques lourdes dans l'économie de marché. La régulation des prix, les monopoles d'État et les normes visant à cloisonner le marché entravent régulièrement la concurrence. En conséquence, par ses réglementations, le législateur détermine aussi l'ouverture des marchés et les marges de manœuvre laissées à la concurrence. Par ailleurs, seule une réglementation permet à certains marchés de fonctionner.

Quel est le **rôle des autorités de la concurrence** dans le processus législatif ? Les projets de loi et d'ordonnance provenant des offices fédéraux et susceptibles d'influencer la concurrence doivent être d'abord soumis à l'examen du Secrétariat de la COMCO. Le Secrétariat signale, dans ses prises de position ou au sein des groupes de travail dont il fait partie, les éventuels problèmes relevant du droit ou de l'économie de la concurrence, et il indique des variantes de solution. Il fournit des arguments, discute l'utilité et les coûts des divers instruments et réglementations censés contribuer à la réalisation des buts du législateur. Le Secrétariat n'a ni droit de décision ni droit de veto à l'encontre de l'acte

prévu. Le Conseil fédéral décide au final la voie qu'il entend proposer au législateur.

S'agissant de projets de loi qui restreignent la concurrence ou qui l'influencent d'une autre manière, la COMCO prend position dans le cadre de consultations. Elle analyse minutieusement les projets de loi sous l'angle de la concurrence et signale les problèmes éventuels. Le législateur n'est pas non plus tenu de suivre ses prises de position, mais il doit cependant, dans le cadre de sa pesée des intérêts, procéder à une appréciation des arguments qui lui sont fournis.

Les autorités de la concurrence ont beaucoup investi, au cours des années passées, notamment dans les domaines suivants: électricité, gaz, santé, politique agricole, transports, services postaux et marchés publics.

- Par exemple, dans le cadre de la révision du **droit sur les marchés publics**, qui est entré en vigueur au niveau fédéral le 1<sup>er</sup> janvier 2021, les autorités de la concurrence ont fait part de leurs expériences et connaissances relatives aux accords de soumission qui entravent la concurrence et aux limitations du marché intérieur. Elles ont rédigé des prises de position, des recommandations et des rapports. Elles ont coopéré dans des groupes de travail. C'est aussi pourquoi les services d'achat de la Confédération, des cantons et des communes peuvent intervenir plus efficacement contre les accords de soumission qui entravent la concurrence, en présence d'indices correspondants. L'effet préventif à l'encontre de tels accords est accru puisque les services d'achat sont désormais tenus de dénoncer les indices d'accord de soumission.

- Les autorités de la concurrence ont également beaucoup investi dans l'amélioration des réglementations du **domaine de l'électricité**. En 2023, par exemple, deux projets législatifs revêtaient une importance particulière. Le 29 septembre 2023, le Parlement adoptait la loi fédérale relative à un approvisionnement en électricité sûr reposant sur des énergies renouvelables (acte modificateur unique). Les modifications correspondantes de la loi doivent entrer en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2025. À l'avenir également, cette loi ne permettra toutefois pas aux clients finaux de l'approvisionnement de base de choisir leur fournisseur d'électricité sur le libre marché. Cette remarque vaut aussi pour les fournisseurs de base qui, en raison de leur portefeuille d'acquisition, ont massivement relevé le prix de l'électricité à la charge des clients finaux depuis le début de la crise énergétique. En outre, les services de mesure doivent être monopolisés. Ces développements doivent être évalués d'un œil critique du point de vue de la concurrence. Lors de la consultation des offices concernant diverses modifications d'ordonnances sur la base de l'acte modificateur unique, le Secrétariat s'est engagé pour que les distorsions supplémentaires de la concurrence soient minimisées autant que possible. Il a en outre défendu le point de vue que des dispositions de protection réglementaires doivent garantir que les gestionnaires de réseau de distribution, en leur qualité de monopolistes, ne puissent pas facturer des prix inadéquats pour leurs services.

- Au printemps 2023, une consultation des offices a eu lieu au sujet d'une note de discussion destinée au Conseil fédéral concernant la nouvelle **loi sur l'approvisionnement en gaz**. Cette note de discussion fixait diverses valeurs clés de la future loi qui divergeaient du projet mis en consultation. Le message au Parlement doit être présenté au Conseil fédéral jusqu'à fin août 2024. Dans ce projet, le Secrétariat s'est aussi engagé en faveur d'une ouverture réglementaire complète du marché dans le domaine de l'approvisionnement des clients finaux. Cependant, le Conseil fédéral s'est prononcé en faveur d'une ouverture seulement partielle du marché pour les grands consommateurs qui consomment plus de 300 MWh par an. Par ailleurs, le Secrétariat a formulé diverses propositions visant à garantir une imputation des coûts exempte de discrimination et conforme au principe de causalité dans les domaines du monopole légal.
- Le Secrétariat a coopéré depuis mars 2022 au sein du groupe de travail « Approvisionnement hivernal ». Il a sensibilisé les membres du groupe de travail au potentiel d'abus à l'aune du droit des cartels en raison des accords passés pour garantir l'approvisionnement hivernal. À partir de septembre 2023, après que plusieurs modifications d'ordonnance eurent été décidées, le Secrétariat a renoncé à continuer de participer aux séances de ce groupe de travail. Selon le Secrétariat, les fondations et les principaux piliers de la garantie d'approvisionnement hivernal en gaz ont été établis sur la base des décisions du groupe de travail. Les préoccupations du Secrétariat sous l'angle du droit cartellaire concernant divers contenus du concept sont connues des membres du groupe de travail en raison des prises de position et des explications qui leur ont été fournies. Il appartient désormais au secteur gazier de tenir compte de ces préoccupations lors de la mise en œuvre du concept d'approvisionnement hivernal.
- Le Secrétariat et la COMCO ont été plusieurs fois invités à prendre position dans le cadre de consultations des offices et de consultations concernant les domaines du **transport des passagers** et du **transport des marchandises**. Les autorités de la concurrence se sont engagées pour l'accès non discriminatoire aux infrastructures communes de distribution du secteur des transports publics pour les intermédiaires en mobilité externe. En ce qui concerne la future promotion du transport des marchandises qui est prévue, les autorités de la concurrence ont mis l'accent sur une conception des mesures promotionnelles neutre en matière de concurrence.

### 8.5 Pouvoir de marché relatif

Les nouvelles dispositions relatives au pouvoir de marché relatif sont entrées en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2022. Elles remontent à l'initiative pour des prix équitables et

visent spécialement à lutter contre l'îlot de cherté suisse. Une entreprise a un pouvoir de marché relatif si une autre entreprise dépend de ses produits ou de ses services faute de possibilité suffisante et raisonnable de se tourner vers d'autres entreprises. En soi, le pouvoir de marché relatif n'est pas illicite. La nouvelle disposition interdit toutefois qu'une entreprise abuse du pouvoir de marché relatif dont elle dispose en entravant ou en désavantageant l'entreprise dépendante dans l'exercice de la concurrence.

Un abus peut notamment consister en ce que l'entreprise qui détient un pouvoir de marché relatif restreint la possibilité des demandeurs d'acheter à l'étranger, aux prix de marché locaux et aux conditions locales usuelles de la branche, des biens ou des services proposés en Suisse et à l'étranger. Acheter à l'étranger permet aux entreprises suisses de remédier aux coûts d'acquisition injustifiés et surfaits comparativement à l'étranger (« suppléments suisses »).

Dès que les dispositions relatives au pouvoir de marché relatif ont été adoptées, le Secrétariat de la COMCO s'est attelé aux préparatifs pour en assurer la mise en œuvre harmonieuse. Il a mis sur pied un groupe de travail interne et a publié une note explicative et un formulaire de notification pour faciliter le processus de dénonciation aux entreprises concernées.

La vague de dénonciations, discutée notamment au Parlement, n'est pas survenue, même deux ans après l'entrée en vigueur des dispositions (cf. point 4.1.13 a). Cependant, deux dénonciations datant de 2022 ont conduit à l'ouverture des premières *enquêtes*. L'une d'elles concerne le domaine pharmaceutique (ouverture en août 2022), l'autre vise le domaine des livres en Suisse romande (ouverture en janvier 2023). Il y a aussi lieu de penser que des dispositions et contrats de vente ont été proactivement adaptés et que, de cette manière, les nouvelles dispositions légales déploient leurs effets.

### 8.6 Conclusion

Depuis des années, la COMCO et son Secrétariat luttent par leurs procédures et leurs décisions contre les accords sur les prix et les cloisonnements de marché, ils ouvrent les marchés et renforcent le marché intérieur. Ce faisant, les autorités de la concurrence se concentrent sur les accords horizontaux les plus dommageables en matière de concurrence (accords sur les prix, les quantités et les territoires), sur les accords verticaux principaux (imposition des prix et protection territoriale absolue) et sur l'abus de position dominante sur le marché. Elles s'expriment couramment sur les projets de loi et d'ordonnance des offices fédéraux, signalent dans leurs prises de position ou lors de leur participation à des groupes de travail les problèmes relevant du droit et de l'économie de la concurrence et indiquent des variantes de solution. Avocates de la concurrence, les autorités de la concurrence œuvrent à l'efficacité de l'économie suisse.

## 9 Annexe: membres de la COMCO et de la Direction de son Secrétariat

### Commission:

- Baudenbacher Laura Melusine, présidente, associée d'une étude d'avocats suisse avec un bureau à Bruxelles
- Wüthrich-Meyer Danièle, vice-présidente, ancienne membre de la Cour suprême du canton de Berne
- Igor Letina, vice-président, professeur extraordinaire de microéconomie à l'Université de Berne
- Bettschart-Narbel Florence, membre, avocate, ancienne responsable Politique & Droit auprès de la Fédération romande des consommateurs (FRC)
- Diebold Nicolas, membre, professeur ordinaire de droit public et de droit économique à la faculté de droit de l'Université de Lucerne
- Grisel Rapin Clémence, membre, professeure ordinaire auprès de la chaire de droit administratif de l'Université de Fribourg (jusqu'en février 2024)
- Mikael Huber, membre, responsable politique financière et fiscale, numérisation et commerce à l'Union suisse des arts et métiers (usam)
- Këllezî Pranvera, membre, avocate indépendante dans le canton de Genève
- Martinez Isabel, membre, économiste (Senior Researcher) au Centre de recherches conjoncturelles (KOF) de l'École polytechnique fédérale de Zurich (EPFZ), ancien secrétaire central de l'Union syndicale suisse (USS)
- Minsch Rudolf, membre, président suppléant de la direction d'économiesuisse
- Mühlheußner Gerd, membre, professeur d'économie, en particulier microéconomie/économie industrielle à l'Université de Hambourg
- Nicoli Mauro, membre, avocat dans une étude d'avocats suisse
- Rufer Martin, membre, directeur à l'Union suisse des paysans (USP)

Registre des intérêts: [www.comco.admin.ch](http://www.comco.admin.ch) → La COMCO → Commission → Membres.

### Secrétariat de la COMCO:

- Ducrey Patrik, directeur
- Stüssi Frank, directeur suppléant, construction
- Graber Cardinaux Andrea, vice-directrice, industrie et production
- Schaller Olivier, vice-directeur, services
- Söhner-Bührer Carole, vice-directrice, infrastructure

A 1.	<b>3. Rapporto annuale 2023 della Commissione della concorrenza (COMCO)</b>
------	---

## Sommario

<b>1</b>	<b>Il 2023 in breve</b>	<b>39</b>	<b>9</b>	<b>Allegato: membri della Commissione e della Direzione della Segreteria</b>	<b>55</b>
<b>2</b>	<b>Informazioni sulla COMCO e la Segreteria</b>	<b>39</b>			
<b>3</b>	<b>Principali decisioni del 2023</b>	<b>40</b>			
3.1	Decisioni della COMCO	40			
3.2	Decisioni dei tribunali	40			
<b>4</b>	<b>Attività</b>	<b>42</b>			
4.1	Attività nei vari mercati	42			
4.1.1	Settore automobilistico	42			
4.1.2	Settore della costruzione	42			
4.1.3	Commercio al dettaglio e industria dei beni di consumo	43			
4.1.4	Energia	43			
4.1.5	Mercati finanziari	44			
4.1.6	Sistema sanitario	44			
4.1.7	Agricoltura	45			
4.1.8	Media	45			
4.1.9	Servizi postali	45			
4.1.10	Sport	45			
4.1.11	Telecomunicazioni	45			
4.1.12	Trasporti	46			
4.1.13	Altre attività	46			
a.	Posizione dominante relativa	46			
b.	Accordi verticali	46			
c.	Indagini	46			
4.2	Mercato interno	46			
<b>5</b>	<b>Affari internazionali</b>	<b>47</b>			
<b>6</b>	<b>Legislazione</b>	<b>47</b>			
<b>7</b>	<b>Statistica</b>	<b>49</b>			
<b>8</b>	<b>Tema speciale del 2023: l'impegno contro l'isolamento dei mercati e i prezzi eccessivi</b>	<b>51</b>			
8.1	Lotta agli accordi territoriali e agli accordi sui prezzi	51			
8.2	Apertura di mercati	52			
8.3	Lotta agli accordi di prezzo	52			
8.4	Preavvisi su atti normativi	53			
8.5	Posizione dominante relativa	54			
8.6	In sintesi	54			

## 1 Il 2023 in breve

La Commissione della concorrenza (COMCO) e la sua Segreteria combattono da anni gli accordi sui prezzi. Aprendo i mercati ne impediscono l'isolamento e potenziano il mercato interno. Prendono posizione sulle modifiche di leggi e ordinanze, e rilevano i problemi inerenti al diritto della concorrenza e all'economia. A questi sforzi, finalizzati a contrastare l'isolamento dei mercati e i prezzi eccessivi, è dedicato quest'anno il tema speciale del rapporto, che fornisce anche un quadro rappresentativo del lavoro svolto nel 2023. Ad esempio, grazie all'importante decisione della COMCO sulla **strategia di potenziamento della rete Swisscom**, per i prossimi 50 anni si potranno garantire condizioni di concorrenza nell'impiego della fibra ottica. Secondo la decisione della COMCO, Swisscom è tenuta a sviluppare la sua rete di fibra ottica in modo da consentire anche a terzi l'accesso *layer 1* a partire dalle centrali di collegamento di Swisscom. Le società concorrenti saranno così in grado di offrire una connessione Internet con fibra ottica ad abitazioni e imprese: una maggiore concorrenza che contribuisce a migliorare il rapporto qualità-prezzo dell'offerta di prodotti e servizi.

Oltre al settore della fibra ottica, la COMCO si è occupata anche di quello delle discariche. Imprese di costruzione e imprese di smaltimento senza status di azionista hanno pagato alla **discarica Höli**, in posizione dominante, tasse di smaltimento più elevate rispetto a quelle versate dalle società azioniste, e sono così state svantaggiate sul piano della concorrenza. Questa disparità di trattamento è stata giudicata abusiva e illecita dalla COMCO.

Come già nei due anni precedenti, la COMCO ha valutato un numero di concentrazioni superiore alla media. Anche se la fusione di **UBS e CS** rientrava nella sfera di competenza della FINMA, il caso in questione ha occupato la COMCO per diversi mesi. La COMCO si è impegnata a fondo nell'analisi delle conseguenze della fusione e ha fornito una presa di posizione alla FINMA. Inoltre ha emanato diverse raccomandazioni destinate a diverse autorità.

La COMCO e la sua Segreteria svolgono **attività** di vario tipo. In particolare, nell'anno di riferimento, si è trattato di *25 inchieste* e *17 inchieste preliminari*; di circa 50 *osservazioni del mercato* e dell'esame di più di 30 *concentrazioni*. Sono stati redatti preavvisi nel quadro di circa 330 consultazioni degli uffici e procedure di consultazione, inerenti a diversi mercati, come quello del settore automobilistico, il mercato dell'energia, i mercati finanziari, l'agricoltura o le telecomunicazioni.

Nel 2023 il **Tribunale federale** (TF) e, soprattutto, il **Tribunale amministrativo federale** (TAF) hanno emesso sentenze su una serie di ricorsi contro decisioni della COMCO. Le decisioni dei due Tribunali hanno ampiamente confermato i giudizi di illiceità emessi dalla COMCO e, di conseguenza, la bontà del suo operato per quanto attiene alle indagini sui potenziali accordi, al rispetto dei diritti procedurali delle parti, alla valutazione degli elementi a carico e a discarico nonché alla tutela della presunzione di innocenza.

## 2 Informazioni sulla COMCO e la Segreteria

La **COMCO** (organo decisionale) è un'autorità di milizia. Dal 1° gennaio 2024 è composta da tredici membri nominati dal Consiglio federale, per la maggior parte esperti indipendenti: professori di diritto o economia e avvocati. Negli altri casi si tratta di rappresentanti delle associazioni economiche e delle organizzazioni dei consumatori (per l'elenco completo si veda l'allegato). La COMCO si riunisce ogni due/quattro settimane e decide sui casi importanti, anche riguardo alle multe, su proposta della Segreteria. Nel 2023 si sono tenute undici sessioni plenarie, durate una giornata intera o mezza giornata.

La COMCO dispone di una **Segreteria** a tempo pieno (organo investigativo). Si occupa delle procedure della legislazione sui cartelli, prepara le decisioni della COMCO e in materia di cartelli è l'organo di riferimento per imprese, privati e autorità. Si compone di quattro servizi, del centro di competenza Mercato interno e di un servizio Risorse (riguardo ai membri della direzione si veda l'allegato). Esclusi gli stagisti, a fine 2023 la Segreteria contava 73 collaboratori (tre in meno dell'anno precedente), in maggioranza giuristi ed economisti. La quota femminile era del 38,3 per cento (l'anno precedente era del 44,7 per cento). I 73 collaboratori della Segreteria lavorano a tempo pieno o parziale: in totale si tratta di 62,6 equivalenti a tempo pieno (l'anno precedente erano 65,3). Il numero di collaboratori (inclusa la direzione) preposti all'applicazione della legge sui cartelli e della legge sul mercato interno ammonta a 55 (48,4 equivalenti a tempo pieno), due in meno dell'anno precedente (50,7 equivalenti a tempo pieno). Presso il servizio Risorse sono attivi 18 collaboratori (14,2 equivalenti a tempo pieno), uno in meno dell'anno precedente (quando erano 14,6 equivalenti a tempo pieno), che svolgono mansioni generali di sostegno. Questi collaboratori assumono anche compiti trasversali per l'Ufficio federale delle abitazioni (UFAB) e l'Ufficio federale per l'approvvigionamento economico del Paese (UFAE). Come già l'anno precedente, la Segreteria ha messo a disposizione quattro posti a tempo pieno per stagisti.

Alla fine del 2023 è scaduto il periodo di nomina dei membri della COMCO. Nel 2023 il prof. **Armin Schmutzler** (Università di Zurigo) e il prof. **Winand Emons** (Università di Berna) hanno concluso il loro periodo di carica. **Henrique Schneider** (Unione svizzera delle arti e mestieri, usam) ha invece dimissionato prima del termine massimo, nel mese di luglio dell'anno in rassegna. Il Consiglio federale ha nominato i loro sostituti. Si tratta del prof. **Igor Letina** (Università di Berna), del prof. **Gerd Mühlheuser** (Università di Amburgo) e del dott. **Mikael Huber** (usam). Per garantire una rappresentanza italo-fona in seno alla COMCO, è stato nominato l'avv. **Mauro Nicoli**. Igor Letina occupa la carica di vicepresidente precedentemente ricoperta da Armin Schmutzler, a cui va uno speciale ringraziamento:

**Armin Schmutzler** ha fatto parte della presidenza a tre della COMCO dal 2016. Ha svolto il suo compito di vicepresidente con grande impegno e forte motivazione, mettendo a disposizione le proprie competenze a beneficio delle procedure e dell'impostazione operativa della COMCO. Ha saputo affrontare casi complessi e dossier

voluminosi, facendoli comprendere agli altri membri della Commissione. Come economista è riuscito a colmare abilmente il divario tra teoria e pratica, e ha fornito un prezioso contributo anche sul piano scientifico. Avvalendosi della sua eccellente reputazione in ambito accademico, è riuscito a discutere e approfondire con altri specialisti le questioni della concorrenza rilevanti per la COMCO. L'apporto di Armin Schmutzler alle attività della COMCO è stato fondamentale.

### 3 Principali decisioni del 2023

#### 3.1 Decisioni della COMCO

Con decisione del 4 dicembre 2023, la COMCO ha concluso la sua *inchiesta* sulla **strategia di potenziamento della rete Swisscom**. Dal 2020, nel quadro della «Strategia di potenziamento della rete Swisscom 2025», Swisscom (Svizzera) SA ha effettuato modifiche strutturali che impedivano l'accesso diretto (*layer 1*) alle società concorrenti nelle aree in cui era la sola a disporre di una rete di fibra ottica. Nella sua decisione la COMCO stabilisce che, nelle aree suddette, Swisscom occupa una posizione dominante sul mercato e, impedendo l'accesso *layer 1* agli altri operatori di telecomunicazioni, ostacola abusivamente il loro sviluppo sul piano tecnico. Fatta eccezione per singoli casi, giustificati dal punto di vista materiale, la decisione della COMCO impone a Swisscom di mettere fuori servizio o sostituire – entro un termine transitorio – le connessioni con fibra ottica che non permettono l'offerta *layer 1*. Inoltre a Swisscom è vietato costruire o sviluppare in futuro una rete di fibra ottica che non consente alle società interessate di proporre un'offerta *layer 1* dalla centrale di accesso di Swisscom. Oltre a questi provvedimenti, a Swisscom è stata inflitta una multa di circa 18 milioni di franchi. La decisione della COMCO può essere impugnata di fronte al TAF. In questo caso, già al momento dell'apertura dell'inchiesta nel dicembre 2020, la COMCO aveva disposto misure cautelari e vietato a Swisscom di costruire la sua rete di fibra ottica in modo tale da rendere impossibile a terzi l'accesso diretto al *layer 1* dalle centrali d'accesso di Swisscom. Le misure cautelari sono state confermate integralmente dal TAF e, successivamente, dal TF (cfr. 4.1.11).

A fine agosto 2023, la COMCO ha comunicato la sua decisione del 3 luglio 2023 concernente la **discarica Höli Liestal AG**, in cui stabilisce che quest'ultima – entro un raggio equivalente a circa 40 minuti di trasporto – occupa in modo abusivo una posizione dominante sul mercato nel settore dei rifiuti non riciclabili. Le imprese di costruzione e di smaltimento portano in discarica inerti e materiale di scavo di diverso tipo, e la scelta di una discarica si basa essenzialmente sulle tasse di smaltimento e i costi di trasporto. La discarica Höli ha concesso ai propri azionisti condizioni preferenziali, cioè tariffe di smaltimento nettamente più favorevoli rispetto a quelle applicate ad altre imprese. Le imprese di costruzione e di smaltimento che non avevano lo statuto di azionisti dovevano così assumersi costi di smaltimento più elevati e, di conseguenza, erano svantaggiate sul piano della concorrenza. In alcuni casi la discarica Höli si è anche rifiutata di accettare il materiale portato dai non azionisti. Ostacolando l'esercizio della concorrenza, la discarica Höli ha abusato della sua posizione dominante sul mer-

cato. Per questa ragione le è stata inflitta una multa di circa 1 milione di franchi. La decisione è passata in giudicato.

#### 3.2 Decisioni dei tribunali

Nella sua decisione del 18 ottobre 2010 concernente il settore delle **guarniture metalliche** per finestre e porte finestre, la COMCO ha stabilito la sanzionabilità di diversi accordi sui prezzi tra i commercianti di questi prodotti. Tre imprese hanno interposto ricorso, deciso nel 2014 con successo presso il TAF. Contro due di queste decisioni la COMCO ha a sua volta presentato ricorso davanti al TF. In entrambi i casi nel 2017 il TF ha accolto i ricorsi e rinviato le cause al TAF per un riesame. Con le sue decisioni del 12 dicembre 2023 il TAF ha confermato le decisioni adottate inizialmente dalla COMCO, che sono ora passate in giudicato.

La COMCO ha svolto complessivamente 10 inchieste sugli accordi di appalto nel Cantone dei Grigioni. Tre di queste concernevano svariati progetti di costruzione; le rimanenti riguardavano al massimo 10 progetti ciascuna. In questa materia la COMCO ha preso le decisioni seguenti: il 27 maggio 2019, in merito a numerosi accordi illeciti tra tre imprese di costruzione (**Engadina II**); il 26 marzo 2018, in merito a diversi tipi di accordi illeciti tra varie imprese (**Engadina I**); il 2 ottobre 2017 (tre decisioni) in merito ad accordi illeciti – ciascuno inerente a un progetto di costruzione – tra due (**Engadina IV**) rispettivamente tre imprese (**Engadina VI e Engadina VIII**):

- Bezzola Denoth AG e Implenia Schweiz AG hanno inoltrato ricorso al TAF contro la decisione **Engadina VI**, ricorso che è stato respinto con le decisioni del 7 dicembre e del 23 novembre 2023. Il TAF ha esaminato l'illiceità di un accordo e diversi aspetti sanzionabili, confermando la prassi recente in materia di accordo di appalto e, nei fatti, la decisione della COMCO. Un'impresa ha inoltrato ricorso presso il TF;
- la decisione **Engadina VIII** è stata impugnata da Implenia Schweiz AG davanti al TAF. Nella sua decisione del 28 novembre 2023 il TAF ha esaminato principalmente aspetti inerenti a sanzioni, confermando la sua prassi recente in materia di accordi di appalto e la decisione della COMCO. Implenia ha inoltrato ricorso presso il TF;
- nel 2018, con la sua decisione **Engadina I** la COMCO ha accertato l'esistenza di diversi accordi illeciti: assemblee preparatorie (1997–2008); collaborazione tra Foffa Conrad AG, Bezzola Denoth AG e Lazzarini AG (2008–2012); 11 accordi singoli (2009–2012); accordi di cooperazione tra Foffa Conrad AG, Bezzola Denoth AG, Lazzarini AG e Alfred Laurent AG (1999–2008). Secondo una stima prudente gli accordi suddetti concernevano più di 400 progetti di costruzione di enti pubblici e privati, nei settori dell'edilizia e del genio civile, per un volume di acquisto superiore ai 100 milioni di franchi. Tre imprese hanno interposto ricorso. Con le sue tre decisioni del 28 novembre 2023 il TAF ha confermato l'illiceità di tutti gli accordi così come il rispetto dei diritti delle parti. Il TAF ha ridotto, in alcuni casi in misura considerevole, gli importi delle multe, soprattutto in considerazione delle



autodenunce (rispetto al TAF la COMCO auspicava una maggiore cooperazione da parte di chi si è auto-denunciato). Inoltre il TAF ha tenuto conto dell'importo indennizzato a posteriori da un'impresa al Cantone nella misura della metà. Tutte le imprese ricorrenti hanno inoltrato ricorso presso il TF;

- Rocca + Hotz ha interposto ricorso contro la decisione **Engadina II**, su cui si è espresso il TAF con la sua decisione del *26 ottobre 2023*. Secondo la COMCO le imprese di costruzione hanno concordato complessivamente dieci progetti. Il TAF ha deciso che nel caso di un progetto la situazione probatoria fosse troppo debole. Per il resto – assunzione delle prove, valore probatorio delle autodenunce, valutazione giuridica, calcolo delle multe e valutazione della sostenibilità delle sanzioni – il TAF ha confermato la decisione della COMCO, che è passata in giudicato;
- la Foffa Conrad AG ha impugnato davanti al TAF la decisione della COMCO **Engadina IV**; il ricorso è stato respinto con decisione del *14 agosto 2023*. Il TAF ha ampiamente confermato la decisione della COMCO, stabilendo in particolare che gli accordi erano comprovati e illeciti. Secondo il TAF un'impresa che si autodenuncia è tenuta a cooperare con la COMCO e i tribunali durante l'intera procedura: in caso contrario la riduzione della sanzione è di minore entità. La decisione è passata in giudicato.

Con decisione del 22 maggio 2017 la COMCO ha vietato la prevista fusione tra **Ticketcorner** e **Starticket**, perché avrebbe potuto impedire una concorrenza efficace sul mercato nazionale della vendita per conto terzi nel settore del ticketing. Con decisione del *12 dicembre 2023* il TAF non è entrato nel merito del ricorso presentato da Ticketcorner adducendo la mancanza di un interesse degno di protezione giuridica pratica e attuale: nel 2020 TX Group si è ritirato, in quanto ex proprietario di Starticket, dal relativo accordo di transazione e lo stesso anno ha ceduto Starticket a See Tickets.

Nel 2016 UPC ha acquisito i diritti televisivi per le partite del Campionato svizzero di hockey, e per anni non ha concesso a Swisscom la **trasmissione dal vivo delle partite di hockey su ghiaccio**. La COMCO ha ritenuto nel 2020 che questo rifiuto fosse illecito sotto il profilo della legislazione sui cartelli e ha inflitto a UPC una multa di circa 30 milioni di franchi. Con la sua decisione del *31 ottobre 2023* il TAF ha confermato la decisione della COMCO nei confronti di UPC. Dapprima ha constatato che per quasi tre anni UPC si è rifiutata di presentare a Swisscom (Svizzera) SA e alla sua filiale Blue Entertainment AG un'**offerta** per trasmettere dal vivo partite di hockey su ghiaccio. Il Tribunale ha ritenuto che per Swisscom un'offerta completa di trasmissioni di hockey svizzero fosse almeno in una certa misura necessaria per poter essere competitiva nel settore della televisione a pagamento. Di conseguenza il rifiuto di UPC costituiva una limitazione della concorrenza a danno di Swisscom e un abuso di posizione dominante sul mercato. Il Tribunale ha ridotto la multa a circa 29,1 milioni di franchi, ritenendo che la durata dell'infrazione fosse di cinque mesi più breve. UPC ha inoltrato ricorso al TF.

Nel 2019 la COMCO ha autorizzato il progetto di concentrazione **Gateway Basel Nord (GBN)** delle FFS con

Hupac e Rethmann. Swissterminal AG ha chiesto alla COMCO di poter accedere, in virtù della legge sulla trasparenza (LTras), alla documentazione pertinente non pubblicata. La COMCO ha concesso in via generale a swissterminal l'accesso alla documentazione, escludendo però alcune parti (testi e allegati) e anonimizzandone i contenuti (per rispettare il segreto d'affari e proteggere i dati personali). Dopo varie fasi procedurali e decisioni intermedie, e una procedura di conciliazione presso l'Incaricato federale della protezione dei dati e della trasparenza (IFPDT), nel 2021 swissterminal ha interposto ricorso presso il TAF. Si trattava in particolare dell'omissione di diversi passi, motivata dalla tutela del segreto d'affari, nonché della cancellazione di nomi e marchi – cioè dati personali – di consulenti. Il TAF con decisione del *29 giugno 2023* ha accolto, con un'eccezione, le omissioni ma ha deciso che i nomi e marchi dei consulenti dovevano essere leggibili. Complessivamente l'operato della COMCO è stato confermato nella misura di 4/5. Swissterminal ha inoltrato ricorso davanti al TF.

Con decisione del *22 giugno 2023* il TF non è entrato nel merito del **ricorso costituzionale sussidiario** presentato dalla COMCO in relazione all'aggiudicazione diretta dei lavori per l'ampliamento di una stazione di trasformazione. Si trattava della questione, non ancora chiarita dal punto di vista giuridico, della legittimità di un ricorso costituzionale sussidiario presentato dalla COMCO nell'ambito del diritto del mercato interno. Il ricorso costituzionale della COMCO concerneva una decisione del tribunale amministrativo cantonale di San Gallo, che aveva respinto un ricorso presentato inizialmente dalla COMCO contro l'aggiudicazione concessa da un Comune. Il TF non ha esaminato la violazione delle norme in materia di preimplicazione e ricsa contenute nel diritto sugli appalti pubblici, denunciata dalla COMCO, perché secondo la valutazione del tribunale amministrativo nel caso di dette procedure di aggiudicazione diretta i motivi di censura sarebbero limitati.

Il *5 giugno 2023* il TAF ha deciso in merito al ricorso presentato da CA Auto Finances Suisse SA (già FCA Capital Suisse SA, qui appresso: Fiat) contro la decisione parziale del 26 giugno 2019 della COMCO nel settore del leasing di automobili. La COMCO aveva inflitto sanzioni per un totale di 30 milioni di franchi a otto **società di leasing di automobili**. Per diversi anni le società suddette si sono scambiate informazioni sulle offerte promozionali e i fattori di calcolo del leasing. Nei confronti di questa decisione Fiat ha intrapreso un'azione di diritto amministrativo e interposto ricorso davanti al TAF. L'azione era già stata respinta dal TAF. Quest'ultimo, con decisione del 5 giugno 2023, ha respinto anche il ricorso di Fiat, confermando la decisione impugnata e la prassi della COMCO in materia di scambi d'informazioni riservate tra società concorrenti.

Il TF ha confermato – con decisione del *9 maggio 2023* – la sentenza del TAF del 16 febbraio 2021 e la decisione della COMCO dell'11 dicembre 2017 nei confronti di **Naxoo SA**. Anche il TF è giunto alla conclusione che Naxoo SA occupava una posizione dominante sul mercato del collegamento alla rete via cavo nella città di Ginevra. Naxoo ha abusato di questa posizione dominante, a danno dei proprietari d'immobili, dei terzi forn-

tori di sistemi e dei clienti finali. Nei contratti di allacciamento degli immobili ha imposto condizioni commerciali inique e limitato i mercati di sbocco e lo sviluppo tecnico. Avendo Naxoo SA corretto alcuni dati contabili dopo la decisione della COMCO, e in considerazione del fatto che i dati in questione costituiscono la base di calcolo della sanzione, il TAF ha ridotto la multa inflitta dalla COMCO da 3,6 e circa 3,26 milioni di franchi. Naxoo SA ha impugnato questa decisione davanti al TF, che ha ridotto la sanzione da 3,26 e 3,1 milioni di franchi, in considerazione di una durata di infrazione più breve (da 85 a 75 mesi).

Il 16 febbraio 2023 il TAF ha respinto il ricorso di Concepto Watch Factory SA (Concepto) e Manufacture 2824 SA (Manufacture 2824) contro la decisione della COMCO del 28 giugno 2021. La COMCO aveva multato le società suddette per infrazione all'**obbligo di informazione**. La sanzione è tuttavia stata ridotta di 5'000 franchi e fissata a 35'000 franchi.

## 4 Attività

### 4.1 Attività nei vari mercati

La LCart e la LMI si applicano a tutti i mercati e di conseguenza le attività della COMCO e della sua Segreteria concernono diversi settori. Ogni anno la Segreteria della COMCO riceve diverse centinaia di notifiche e denunce da parte di privati cittadini, dell'ente pubblico, di imprese, associazioni, ecc, che si traducono mediamente in 80-90 procedure all'anno. Si tratta di osservazioni del mercato di entità minore e informali (circa il 75 % dei casi), inchieste di media entità (*inchieste preliminari*, 18 %) e procedure più importanti (*inchieste*, circa il 7 %)<sup>1</sup>. Di seguito per ogni mercato vengono riportati i risultati più importanti di queste procedure nonché le consulenze e i preavvisi inerenti ad atti normativi e sovvenzioni statali. Inoltre si menzionano le inchieste preliminari e le inchieste avviate recentemente.

#### 4.1.1 Settore automobilistico

Dal 1° gennaio 2024 l'**ordinanza del Consiglio federale sul settore degli autoveicoli (OAuto)** ha sostituito la Comunicazione autoveicoli della COMCO, in adempimento della mozione 18.3898 «Garantire l'applicazione della legge sui cartelli nel commercio di autoveicoli», depositata dal consigliere nazionale Pfister il 27 settembre 2018 e accolta dal Parlamento nel marzo 2022. L'OAuto disciplina in particolare la limitazione delle importazioni parallele, l'accesso ai ricambi e alle informazioni tecniche da parte di garage indipendenti, la distribuzione multimarca e le modalità di disdetta per la protezione dei distributori. Rispetto alla Comunicazione autoveicoli, l'ordinanza non introduce modifiche importanti sotto il profilo dei contenuti; tuttavia essa non è vincolante soltanto per le autorità in materia di concorrenza ma anche per i tribunali. Il 4 dicembre 2023 la COMCO ha emanato le **Spiegazioni sull'ordinanza sul settore degli autoveicoli**, a uso delle imprese. Anche le Spiegazioni sono entrate in vigore il 1° gennaio 2024; sostituiscono quelle relative alla Comunicazione autoveicoli.

Nel settore automobilistico alcuni fornitori stanno valutando la possibilità di passare dalla vendita tramite distributori indipendenti a quella mediante **agenzia**. In

questo secondo caso, il fornitore può fissare all'agenzia i prezzi di vendita se si fa carico dei costi e dei rischi più importanti a cui è soggetto l'agente. Nell'aprile 2023, nel quadro di una procedura di opposizione, un fornitore di autoveicoli ha notificato alla COMCO il previsto passaggio al modello di vendita tramite agenzia. La COMCO ha analizzato il caso secondo i criteri previsti dagli Orientamenti UE sulle restrizioni verticali. In considerazione dei dubbi che permanevano sulla reale e totale assunzione dei costi e rischi principali da parte del fornitore e, di conseguenza, sulla possibile formazione di accordi verticali illeciti mediante indicazioni di prezzo, nel settembre 2023 la Segreteria ha avviato un'*inchiesta preliminare*. L'inchiesta preliminare è finalizzata ad esaminare più approfonditamente la ripartizione dei costi e dei rischi legati alla vendita tramite agenzia, coinvolgendo anche i distributori.

Nel quadro di una *consulenza* per una **piattaforma comparativa on-line concernente i prezzi dei carburanti alle stazioni di servizio** la Segreteria ha esaminato l'ammissibilità, sotto il profilo della legislazione sui cartelli, delle notifiche dei prezzi che i gestori delle stazioni inoltrano in tempo reale alla piattaforma comparativa del TCS (e che si aggiungono a quelle trasmesse dai consumatori). Questa piattaforma consente di consultare i prezzi dei carburanti – soprattutto benzina e gasolio – praticati dai gestori delle stazioni di servizio in Svizzera. La Segreteria della COMCO è giunta alla conclusione che la trasmissione di dati relativi ai prezzi dei carburanti in corso, da pubblicare per intero sulla piattaforma del TCS, comporterebbe uno scambio di informazioni sensibili sotto il profilo della concorrenza dei prezzi. Secondo le valutazioni della Segreteria si creerebbe un certo rischio di collusione e, in singoli casi, di accordi illeciti sui prezzi tra gestori di stazioni di servizio. Questo rischio può essere ridotto notevolmente se, invece di pubblicare tutti i prezzi del carburante, si pubblicano soltanto quelli più bassi.

#### 4.1.2 Settore della costruzione

La COMCO ha concluso la sua *inchiesta*, avviata nel 2021, sulla discarica Höli Liestal AG stabilendo che quest'ultima ha abusato della sua posizione dominante sul mercato nel **settore delle discariche** (cfr. 3.1).

Nel luglio 2021 il Cantone di Friburgo ha pubblicato un bando di concorso per una trentina di lotti concernenti il servizio spazzaneve e spargisale sulle strade cantonali. Successivamente, tra marzo e aprile 2022, ha interrotto un certo numero di procedure dopo aver constatato prezzi inspiegabilmente eccessivi. Sei mandati sono stati oggetto di ricorso davanti al Tribunale cantonale. Quest'ultimo, nella sua decisione di dicembre 2022, ha stabilito che i prezzi delle offerte erano manifestamente

<sup>1</sup> Nell'ambito del diritto amministrativo in materia di cartelli, la procedura d'inchiesta serve a valutare a titolo formale l'ammissibilità delle limitazioni alla concorrenza. Viene decisa dalla COMCO, dura due o tre anni ed è di ampia portata. L'inchiesta preliminare è una procedura preliminare di valenza prevalentemente informale, e serve a identificare i casi da sottoporre a un'inchiesta; solitamente dura circa un anno. L'osservazione del mercato è una procedura informale, che a seconda dei casi può sfociare in un'inchiesta preliminare o in un'inchiesta oppure concludersi senza alcun esito particolare. Le inchieste preliminari e le osservazioni del mercato vengono condotte e portate a termine dalla Segreteria della COMCO.

abusivi e che si poteva ipotizzare un accordo tra mandataria. Nell'aprile 2023, la Segreteria della COMCO ha aperto un'*inchiesta preliminare*, allo scopo di accertare la presenza di indizi di accordi tra imprese del Cantone di Friburgo nel settore del **servizio stradale invernale**.

Nel febbraio 2023 la Segreteria ha interrotto un'*osservazione del mercato* nel settore dei **rivestimenti di pareti e pavimenti**. Nel caso di immobili di dimensioni importanti, diversi commercianti di materiale da costruzione trasmettono una notifica al fabbricante di rivestimenti, informandolo di aver prestato consulenza al committente della costruzione e di aver pubblicizzato i prodotti del fabbricante. Nel contempo chiedono a quest'ultimo di comunicare loro il prezzo dei prodotti e garantirne la fornitura entro il termine previsto. In contropartita della consulenza e della presentazione di campioni, il commerciante ottiene generalmente dal fabbricante uno sconto aggiuntivo o un prezzo speciale. La notifica permette al fabbricante di pianificare i lavori di produzione e fornitura, evitandogli oneri inutili. Non sono emersi indizi di favoritismi a beneficio dei rivenditori che per primi notificano un immobile. Inoltre nel caso in questione i prodotti di diversi fabbricanti sono intercambiabili. Nel complesso non sussistevano elementi sufficienti per ritenere che le notifiche suddette limitassero la concorrenza.

Nel novembre 2023 la Segreteria della COMCO ha avviato due nuove *inchieste*: la prima riguarda presunti **accordi di appalto** nel Cantone di Neuchâtel. Ci sono motivi di ritenere che diverse imprese abbiano concordato prezzi e offerte per appalti pubblici e privati nel **settore dell'edilizia e del genio civile**. La seconda inchiesta concerne il **commercio dell'acciaio**. Tre commercianti di acciaio sono sospettati di aver condizionato la vendita di acciaio di armatura all'acquisto di distanziatori a gabbia. Sembrerebbe che le tre imprese abbiano chiesto prezzi più elevati per l'acciaio di armatura alle imprese di costruzione che volevano acquistare altrove i distanziatori.

#### 4.1.3 Commercio al dettaglio e industria dei beni di consumo

Nel febbraio 2023 la Segreteria ha concluso l'*inchiesta preliminare* sul **regolamento dei pagamenti di Coop** tramite Markant. Secondo alcuni indizi rilevati dall'*inchiesta preliminare*, Coop occuperebbe una posizione dominante su alcuni mercati di approvvigionamento di beni di consumo quotidiano. Inoltre vi era motivo di ritenere che in relazione al regolamento dei pagamenti delle vendite con i fornitori tramite Markant, le condizioni di Coop fossero abusive. La Segreteria ha esposto a Coop i propri dubbi, e raccomandato di consentire ai fornitori modalità di pagamento che non comportassero spese aggiuntive, come avveniva prima del 2021. Coop ha deciso di seguire le indicazioni della Segreteria; il contratto con Markant è stato disdetto per fine 2023. Pertanto la Segreteria ha interrotto la sua *inchiesta preliminare*, rinunciando ad accertare in via definitiva se e su quali mercati di approvvigionamento Coop occupi effettivamente una posizione dominante, e se ne abbia abusato. A questo scopo sarebbe stata necessaria un'*inchiesta* e la Segreteria ha ritenuto più opportuno

risolvere i problemi inerenti alla legislazione sui cartelli avvalendosi di una raccomandazione.

Nel quadro della *consulenza* sulla **piattaforma dati nell'industria dello sport** la Segreteria ha esaminato uno scambio di dati tra fabbricanti, grossisti e dettaglianti mediante piattaforma con processi digitali ottimizzati. La Segreteria ha rilevato due aspetti problematici: da un lato la piattaforma deve impedire lo scambio di informazioni sensibili sotto il profilo della concorrenza, tra fornitori o commercianti; dall'altro, c'è il rischio che delle raccomandazioni di prezzo in forma elettronica (non vincolanti) da parte dei fornitori – immesse direttamente nel sistema di cassa dei commercianti – possano portare ad accordi sui prezzi. Consentita è invece la trasmissione elettronica di prezzi d'acquisto individuali, ma a condizione di garantire che i commercianti siano liberi di stabilire autonomamente i prezzi di vendita.

In marzo la COMCO ha avviato un'*inchiesta* nel settore delle **sostanze aromatiche**. Si sospetta che alcuni produttori abbiano concordato la loro politica in materia di prezzi, ostacolato le forniture dei loro concorrenti a determinati clienti e limitato la produzione di determinate sostanze. Le sostanze aromatiche sono impiegate nella fabbricazione di svariati prodotti, tra cui in particolare i cosmetici e i prodotti per la cura del corpo, come pure detersivi e detergenti.

Nel mese di giugno la COMCO ha avviato un'*inchiesta* nel settore **commercio on-line di accessori per la stampa e materiale d'ufficio**. Vi sono elementi per ritenere che due grossisti abbiano influito sui prezzi di rivendita di diversi commercianti on-line. In questo modo potrebbero aver stipulato accordi verticali sui prezzi contrari alle disposizioni della legislazione sui cartelli.

#### 4.1.4 Energia

Nel 2023 in relazione al settore del **gas** la Segreteria si è occupata di diverse richieste informali di informazioni concernenti domande di allacciamento alla rete da parte di fornitori terzi (cfr. 8.2). Nel quadro di una *osservazione del mercato* (senza avvio di procedura) è stato garantito che i fornitori terzi possano accedere alla rete di distribuzione per raggiungere i clienti finali. Inoltre la Segreteria nella primavera del 2023 ha elaborato un preavviso per una *consultazione degli uffici* relativa a un documento interlocutorio indirizzato al Consiglio federale, con i punti essenziali della nuova legge sull'approvvigionamento di gas. Inoltre in occasione della revisione parziale dell'ordinanza sulla garanzia delle capacità di fornitura di gas naturale in situazioni di grave penuria, la Segreteria ha preso posizione in merito al rapporto 2023/24 del gruppo che si occupa dell'approvvigionamento invernale. Altre attività sono menzionate più sotto (8.2 e 8.4).

In seguito alla **crisi energetica** causata nella primavera 2022 dallo scoppio della guerra in Ucraina, anche nel 2023 in seno all'Amministrazione federale sono stati elaborati diversi progetti di leggi e ordinanze nel settore **del gas e dell'elettricità**, per garantire la **sicurezza dell'approvvigionamento** in inverno. In relazione a progetti normativi paralleli (leggi e ordinanze) le autorità in materia di concorrenza hanno redatto diversi *preavvisi* riguardo alle riserve energetiche. La Segreteria si è inol-

tre espressa, nell'ambito delle *consultazioni degli uffici* dell'UFAE, sulle misure di gestione in situazione di penuria di elettricità e il monitoraggio di dati in una revisione parziale dell'ordinanza sull'organizzazione del settore del gas per garantire l'approvvigionamento economico del Paese (OOSG). Durante tutte queste consultazioni, la Segreteria e la COMCO si sono impegnate affinché le misure regolatorie non influissero sulla concorrenza e non comportassero alcune discriminazioni, e che i costi andassero a carico di chi li genera.

Nel settore dell'**elettricità** è stata elaborata e sottoposta al Parlamento la legge federale sulla vigilanza e la trasparenza nei mercati dell'energia all'ingrosso (LVTE). I contenuti di questa legge corrispondono in larga parte a quelli del regolamento UE concernente l'integrità e la trasparenza del mercato dell'energia all'ingrosso (il cosiddetto regolamento REMIT). Affinché il mercato all'ingrosso dell'elettricità possa funzionare, occorre garantire che i singoli attori non operino illecitamente in modo anticoncorrenziale. Per sanzionare efficacemente le operazioni illecite la Segreteria e la COMCO ritengono necessario inserire nella legislazione svizzera nuove disposizioni penali da applicare in caso di sfruttamento della conoscenza di fatti confidenziali e di manipolazione del mercato. Nell'ottica della concorrenza, le autorità preposte hanno invece sollevato delle critiche riguardo all'obbligo di pubblicare informazioni confidenziali – anch'esso recepito dalla normativa UE – soprattutto in relazione a capacità e utilizzo di impianti per produrre, accumulare, consumare o trasportare elettricità e gas. A causa delle strutture oligopolistiche, la maggiore trasparenza derivante dagli obblighi di pubblicazione imposti ai principali operatori di mercato potrebbe compromettere la concorrenza sui mercati della produzione e del commercio di energia elettrica in Svizzera. Inoltre le autorità in materia di concorrenza hanno elaborato diversi *preavvisi* concernenti vari progetti di ordinanze nel settore dell'approvvigionamento energetico e della legislazione sull'energia.

#### 4.1.5 Mercati finanziari

Il 19 marzo 2023 l'Autorità federale di vigilanza sui mercati finanziari (FINMA) ha approvato, per motivi gravi, la  *fusione* anticipata tra **UBS** und **Credit Suisse**. Nel caso di una fusione ai sensi della legge sulle banche, la FINMA può, in via eccezionale, assumere una competenza decisionale in materia di controllo delle fusioni, se ritiene che ciò sia necessario ai fini della tutela dei creditori. In questo caso invita la COMCO a *prendere posizione*. La Segreteria ha perciò analizzato, su incarico della FINMA, le condizioni di concorrenza sui principali mercati; su questa base la COMCO ha valutato, nel suo preavviso del 25 settembre 2023, le conseguenze della fusione sul piano della concorrenza.

Nel settore dei mercati finanziari la Segreteria si è occupata di diverse *consulenze*. Uno dei temi trattati è stata la sostenibilità, ad esempio nel quadro della **consulenza prestata all'Associazione svizzera dei banchieri (ASB)**. La Segreteria ha esaminato due documenti di autoregolamentazione dell'ASB nel settore della finanza sostenibile («Direttive per i fornitori di servizi finanziari in materia di inclusione delle preferenze e dei rischi ESG nelle attività di consulenza in investimenti e di gestione

patrimoniale» e «Direttive per gli offerenti di ipoteche per la promozione dell'efficienza energetica», in vigore dal 1° gennaio 2023). Questi documenti di autoregolamentazione, introdotti sulla base di direttive emanate dal Consiglio federale in questa materia, prevedono tra le altre cose degli obblighi di informazione su sostenibilità e osservanza dei criteri di efficienza energetica degli immobili durante gli incontri con la clientela. Sono vincolanti per tutti i membri dell'ASB e per i non membri esiste la possibilità di sottoscrivere una dichiarazione di adesione. Poiché a questo tipo di accordi settoriali partecipano solitamente numerosi operatori di un settore specifico, spesso si crea un certo attrito con le disposizioni della legislazione sui cartelli. Nella fattispecie, la Segreteria è giunta alla conclusione che entrambi i documenti sono compatibili con le disposizioni in materia di cartelli. In effetti si tratta di standard minimi, validi per una parte importante del settore; tuttavia i singoli operatori mantengono la loro autonomia per quanto attiene ai principali fattori di competitività. I clienti possono inoltre rinunciare fin da principio alla consulenza di cui sopra.

Il 29 giugno 2023 la COMCO ha avviato due  *inchieste sulle commissioni interbancarie delle carte di debito*. Si tratta di trovare soluzioni a lungo termine per le commissioni applicate per le carte di debito Visa e Mastercard. Sono due inchieste distinte, che riguardano Visa e Mastercard. Nei due casi si presentano situazioni differenti: con Mastercard si è giunti rapidamente a un'intesa sotto forma di conciliazione. Con Visa sussistono divergenze che occorrerà approfondire ulteriormente. Per entrambe, la procedura concerne le commissioni interbancarie nazionali. Si tratta di una tassa che un emittente di carte svizzero (di solito una banca) riscuote all'atto dell'utilizzo della carta di debito che ha emesso. Questa viene riversata dall'*acquirer* – come parte di una commissione che questi applica ai commercianti – sulla società che accetta la carta nel processo di pagamento (di solito un venditore). Occorre però precisare che le commissioni di interscambio sono soltanto una delle numerose commissioni che gravano sui commercianti. L'autorità in materia di concorrenza ha autorizzato una commissione di interscambio limitatamente alla fase di lancio sul mercato delle nuove carte di debito di Visa e Mastercard. La fase si è conclusa quando entrambe hanno raggiunto una quota di mercato del 15 per cento.

#### 4.1.6 Sistema sanitario

La decisione del Cantone di Zurigo di trasformare la **farmacia cantonale** in una società anonima per venderla successivamente all'ospedale universitario, è stata oggetto di una *osservazione del mercato*, i cui risultati sono rilevanti per i *progetti di concentrazione* che prevedono la partecipazione di un'azienda statale e che contiene conclusioni interessanti per Cantoni e Comuni. Nel caso dei progetti di concentrazione occorre di volta in volta stabilire se un'impresa di proprietà del Cantone vada considerata come un'unità indipendente – e dunque come un'impresa economicamente autonoma – oppure se formi con il Cantone un'unica entità economica. Sotto questo profilo è determinante il **grado d'influenza** che il Cantone può esercitare sulle attività commerciali dell'impresa. Se non si può escludere che il ruolo cantonale sia decisivo – ad esempio in virtù di una base legale esistente – si deve in linea di massima pre-

supporre l'unità economica e di conseguenza considerare il Cantone come ente dirigente. È opportuno accertare se il Cantone è ente dirigente quando: 1) un Cantone decide di acquisire un'impresa o parte di essa da un'impresa privata o da un altro Cantone; 2) un Cantone fonda un'impresa comune con un altro Cantone oppure con un'impresa privata; 3) un Cantone accetta che imprese private o altri Cantoni partecipino al controllo di una sua società; 4) imprese pubbliche partecipano a progetti di concentrazione. Questi casi equivalgono a quelli che coinvolgono società private e sono quindi soggetti alla legge sui cartelli.

#### 4.1.7 Agricoltura

Nel quadro di una *consulenza* la Segreteria ha valutato la costituzione di una **comunità di produttori di luppolo** formata da coltivatori svizzeri, giungendo alla conclusione che la prevista vendita della totalità del luppolo da parte della direzione della comunità potrebbe essere qualificata come accordo orizzontale sui prezzi tra i produttori, e che detto accordo pregiudicherebbe considerevolmente la concorrenza. Tuttavia sarebbe un accordo sui prezzi giustificato da motivi di efficienza economica, e di conseguenza lecito, visto che la vendita della totalità del luppolo nella forma suddetta è necessaria per ridurre i prezzi di vendita. La Segreteria non ritiene che il previsto controllo della qualità del luppolo, effettuato dalla comunità, rappresenti un accordo di non concorrenza e pertanto esso sarebbe lecito, a condizione però che non comporti lo scambio di dati sensibili (ad esempio relativi alle quantità prodotte dai singoli associati). La lavorazione comune del luppolo costituirebbe in effetti un accordo di non concorrenza: tuttavia si tratterebbe di microimprese ai sensi della Comunicazione PMI, e di conseguenza l'accordo sarebbe lecito.

#### 4.1.8 Media

Nel gennaio 2023 la COMCO ha avviato un'*inchiesta* nei confronti del gruppo editoriale francese **Madrigall**. Nel settembre 2022 Payot, un rivenditore di libri attivo in Romandia, aveva denunciato Madrigall alla Segreteria della COMCO per presunto abuso di posizione dominante relativa. Madrigall avrebbe impedito l'acquisto di libri in Francia ai prezzi e alle condizioni ivi in uso (cfr. anche 8.5).

La Segreteria ha svolto un'*inchiesta preliminare* concernente **Google News** per accertare eventuali comportamenti illeciti. Concretamente si trattava dell'assenza di articoli del portale news toggenburg24.ch su Google News, quando invece vi si potevano trovare praticamente tutti gli articoli della concorrenza. Questa assenza su Google News avrebbe costituito, secondo toggenburg24.ch, uno svantaggio sul piano della concorrenza. Da parte sua, Google ha rilevato il suo interesse a offrire all'utenza un ventaglio per quanto possibile ampio e diversificato di notizie: tuttavia, per poter essere riconosciuti come sito di news è necessario soddisfare alcuni requisiti minimi, che nel caso di toggenburg24.ch non erano adempiuti. L'*inchiesta* si è conclusa con il riconoscimento di motivi commerciali legittimi ("*legitimate business reasons*") che portano Google a fissare requisiti minimi per la pubblicazione su Google News, se detti requisiti sono ragionevolmente esigibili. Complessiva-

mente non sono pertanto emersi elementi ricollegabili a una condotta abusiva.

#### 4.1.9 Servizi postali

Nel novembre 2023 la COMCO ha deciso, sulla base dei risultati dell'esame preliminare, di sottoporre a un esame più approfondito l'annunciato *progetto di fusione* tra **Posta Svizzera** e **Quickmail Holding AG**. Il gruppo Quickmail, con le sue due filiali Quickmail AG e Quickpac AG, si occupa a livello nazionale della consegna di lettere, invii senza indirizzo (ad es. dépliant pubblicitari), giornali, riviste e pacchi. Dall'esame preliminare sono emersi elementi secondo cui l'acquisizione del gruppo Quickmail da parte della Posta porterebbe quest'ultima a occupare una posizione dominante su diversi mercati o a rafforzarla. Secondo La Posta si tratterebbe invece di un'acquisizione a fini di risanamento e le conseguenze negative sul piano della concorrenza ci sarebbero anche senza la concentrazione. Il **15 gennaio 2024** la COMCO ha vietato la fusione per i motivi suddetti; inoltre se fosse un'altra società ad acquisire la fallita Quickmail Holding AG si creerebbero condizioni di maggiore concorrenza.

Le due *osservazioni del mercato* avviate nel 2022 in relazione alle attività aziendali della **Posta Svizzera** sono state archiviate nel 2023. Al momento della valutazione non sussistevano elementi sufficienti per supporre comportamenti illeciti da parte della Posta, tali da giustificare l'avvio di un'*inchiesta* preliminare o un'*inchiesta*. È stato anche rilevato che la questione normativa inerente ai margini di concorrenza praticabili da aziende statali nei confronti di operatori privati non rientra nella sfera di competenze della COMCO. L'*osservazione del mercato* riguardava essenzialmente accuse di sovvenzioni trasversali, pratiche gemellate illecite come pure la trasmissione di dati dal settore di monopolio e la discriminazione di partner commerciali.

#### 4.1.10 Sport

Il 16 dicembre 2022, la Fédération internationale de Football Association (FIFA) ha adottato le **FIFA Football Agent Regulations** (nel seguito: FFAR) per disciplinare l'attività degli agenti dei calciatori. In merito all'adozione delle FFAR, il 7 marzo 2023 è stata inoltrata una denuncia nei confronti della federazione. Queste ultime prevedono infatti un tetto massimo per la remunerazione degli agenti dei calciatori e disposizioni relative alla possibilità di rappresentare più parti contemporaneamente. La denuncia comprendeva una richiesta di misure cautelari per bloccare l'entrata in vigore delle FFAR (previste per il 1° ottobre 2023) per ciò che concerneva gli articoli contestati. Dopo aver analizzato la situazione, la Segreteria ha deciso di non chiedere alla COMCO l'applicazione di dette misure, non sussistendo le condizioni previste per ricorrere a questo strumento. Tuttavia la Segreteria ha avviato un'*inchiesta preliminare* allo scopo di valutare la compatibilità di alcuni articoli delle FFAR con il diritto svizzero in materia di concorrenza.

#### 4.1.11 Telecomunicazioni

Con decisione del **4 dicembre 2023** la COMCO ha concluso l'*inchiesta* sulla **strategia di potenziamento della rete Swisscom** (cfr. 3.1 e 8.2).

#### 4.1.12 Trasporti

Nei settori del **trasporto passeggeri e trasporto merci** la Segreteria e la COMCO nell'ambito di *consultazioni di uffici e di procedure di consultazione* hanno formulato diversi preavvisi su progetti normativi (cfr. 8.4).

#### 4.1.13 Altre attività

##### a. Posizione dominante relativa

Il 1° gennaio 2022 sono entrate in vigore le nuove disposizioni concernenti la posizione dominante relativa. Sono state elaborate in conseguenza dell'Iniziativa per prezzi equi e per contrastare l'elevato livello dei prezzi in Svizzera (cfr. 8.5). Su questi aspetti, già nel dicembre 2021 le autorità in materia di concorrenza avevano pubblicato una nota informativa e messo a disposizione un modulo di notifica, per agevolare le imprese intenzionate a presentare denuncia e la selezione dei casi da parte della Segreteria e della COMCO.

La valanga di denunce paventata soprattutto nel corso del dibattito parlamentare non si è verificata nemmeno a due anni dall'entrata in vigore delle disposizioni: su questo tema nel 2023 sono pervenuti sette moduli di notifica e circa dieci tra denunce e richieste da parte di cittadini, inerenti a una grande varietà di settori: molto spesso si trattava dell'abuso di dominanza relativa nei rapporti tra fabbricanti e venditori.

Per vari motivi nessuna delle notifiche inerenti al tema della posizione dominante relativa giunte nel 2023 ha portato all'avvio di *inchieste o inchieste preliminari*: nella maggior parte dei casi le descrizioni dei casi (imprese e persone) denunciati non contenevano indizi sufficienti per supporre un abuso di posizione dominante relativa. È tuttavia successo anche che le aziende, dopo una prima presa di contatto con la Segreteria, abbiano rinunciato alle loro denunce: ad esempio, nonostante le richieste della Segreteria, non le formalizzavano con la compilazione di un modulo; in altri casi è possibile che all'azienda denunciante sia bastata la valutazione iniziale della Segreteria, e che successivamente essa abbia raggiunto un accordo con l'azienda denunciata.

##### b. Accordi verticali

Nel mese di dicembre la Segreteria ha archiviato, senza seguito, un'inchiesta preliminare concernente **utensili di truciolatura**: il sospetto che alcune imprese avessero concluso accordi illeciti su prezzi, ripartizioni di clienti e protezione territoriale non ha trovato conferma. La Segreteria ha ritenuto lecito che il distributore svizzero di un fabbricante di utensili per la lavorazione dei metalli, attivo a livello internazionale, cedesse ad altri rivenditori alcuni dei propri clienti e che per costituire questo sistema di distribuzione duale abbia, per una volta soltanto, comunicato ai rivenditori informazioni riservate, concernenti in particolare i prezzi di vendita chiesti fino ad allora ai clienti in questione. Inoltre, quando gli utensili vengono inviati direttamente dal magazzino del fabbricante all'estero ai clienti dei rivenditori, distributore e rivenditori si scambiano informazioni riguardo a clienti, prodotti acquistati e quantitativi forniti. Anche questo scambio d'informazioni è stato ritenuto lecito dalla Segreteria, che non ha rilevato in questo contesto alcuna conseguenza negativa per la concorrenza.

In dicembre la Segreteria della COMCO ha aperto un'*inchiesta preliminare* su un sistema di distribuzione di estintori. La società fornitrice distribuisce gli estintori sia tramite agenzie sia direttamente ai clienti. Si sospetta che non si tratti di un sistema di agenzie vero e proprio (cfr. 4.1.1) e che siano stati conclusi accordi verticali illeciti sui prezzi, con clausole di protezione territoriale.

Nel quadro di *osservazioni del mercato* fondate su sospetti di accordi sui prezzi e di isolamento del mercato svizzero, la Segreteria ha richiamato l'attenzione delle aziende coinvolte sugli aspetti legati alla legislazione sui cartelli. Ha raccomandato l'invio di circolari ai distributori e l'organizzazione di formazioni destinate ai collaboratori, per chiarire che gli ordini non sollecitati di clienti in Svizzera possono essere evasi illimitatamente e che i rivenditori possono fissare i prezzi liberamente.

##### c. Indagini

Nell'anno in rassegna sono state effettuate quattro perquisizioni. Nell'inchiesta sulle sostanze aromatiche (cfr. 4.1.3), aperta d'ufficio, le perquisizioni e le prime audizioni sono state concordate con altre autorità in materia di concorrenza. Prima e durante le indagini ci sono stati contatti con la Commissione europea, la Divisione antitrust del Dipartimento di giustizia degli Stati Uniti (*US Department of Justice Antitrust Division, DoJ*) e l'Autorità britannica in materia di concorrenza e mercati (*Competition and Markets Authority, CMA*). In questo contesto sono stati coordinati alcuni aspetti pratici, relativi in particolare alla tempistica dell'indagine, alla soluzione di possibili conflitti riguardo al sequestro di dati elettronici o alla pubblicazione del comunicato stampa (cosa pubblicare e quando). Inoltre sono stati discussi, anche a titolo preventivo, possibili problemi giuridici (ad es. l'informazione delle persone sentite come testimoni in Svizzera e che negli Stati Uniti potrebbero rischiare un procedimento di diritto penale). Poiché le sedi principali di due dei quattro produttori di sostanze aromatiche si trovano in Svizzera, il contributo delle autorità elvetiche è stato determinante affinché l'indagine potesse funzionare sul piano organizzativo. Nel quadro dell'inchiesta gli scambi con la Commissione europea potranno proseguire in virtù dell'accordo bilaterale di cooperazione. Quest'ultimo consente in particolare anche gli scambi reciproci di mezzi di prova.

Altre perquisizioni sono state effettuate in relazione alle inchieste sul commercio on-line di accessori per la stampa e materiale d'ufficio (4.1.3), sul commercio di acciaio (4.1.2) e nei confronti di imprese di costruzione nel Cantone di Neuchâtel (4.1.2).

#### 4.2 Mercato interno

La legge federale sul mercato interno (LMI) garantisce l'accesso libero e non discriminato al mercato su tutto il territorio della Confederazione. Anche a livello intercantonale, in materia di accesso al mercato valgono le disposizioni vigenti nel luogo di provenienza dei prodotti (si tratta del cosiddetto principio «*Cassis de Dijon*»). Il 5 giugno 2023 la COMCO ha redatto un *parere* sulla conformità alla LMI del divieto di utensili in **plastica monouso** vigente nelle aziende di ristorazione del Cantone di Ginevra. Per i fornitori con sede in altri Cantoni questo divieto poteva essere in contrasto con il libero accesso

al mercato secondo il principio di prevalenza delle disposizioni del luogo di provenienza. La COMCO ha ritenuto che la limitazione dell'accesso al mercato risultante dal divieto fosse sostanzialmente giustificata alla luce di una ponderazione degli interessi toccati dall'applicazione della LMI.

Con decisione del 14 agosto 2023, passata in giudicato, il Tribunale cantonale vodese ha confermato che la legislazione sul mercato interno si applica all'accesso al mercato anche quando si tratta di un'**organizzazione Spitex di un altro Cantone**. La prassi seguita dal Dipartimento della sanità vodese contravveniva alla LMI. I considerando della decisione del Tribunale cantonale si basano sul *parere* della COMCO del 30 gennaio 2023.

Per il trasferimento a privati di attività rientranti in monopoli cantonali o comunali la LMI prevede lo svolgimento non discriminatorio di concorsi pubblici. La giurisprudenza equipara ai monopoli – ai sensi della legislazione sul mercato interno – anche i diritti esclusivi di cui beneficia in forma limitata l'ente pubblico. Dal 1° gennaio 2021, la concessione di monopoli di interesse pubblico sottostà al diritto riveduto in materia di appalti pubblici. La Segreteria ha perciò affrontato nel quadro di *osservazioni del mercato* le questioni che si pongono in quest'ambito riguardo alle delimitazioni normative. Altre osservazioni del mercato nel settore del trasferimento dei monopoli concernevano la locazione di **aziende di gastronomia** nella città di Zurigo e, in diversi Cantoni e Comuni, i **servizi di pompe funebri** e il **servizio taxi**.

Nel 2021 la COMCO ha raccomandato che per l'acquisto di **energia elettrica** da parte di certi enti pubblici fossero indetti concorsi. A questo proposito la Segreteria ha svolto diverse *osservazioni del mercato*, anche in considerazione delle imminenti modifiche della legislazione sull'approvvigionamento di elettricità. Vista la tensione dei prezzi sul mercato dell'elettricità, per il momento si è preferito rinunciare a ulteriori provvedimenti. Tuttavia a medio termine le questioni giuridiche ancora in sospeso andranno chiarite per via giudiziaria. L'impegno della Segreteria è volto a garantire che la riveduta normativa in materia di appalti pubblici e il Concordato intercantonale sugli appalti pubblici (CIAP 2019) vengano attuati conformemente alla legislazione sul mercato interno.

## 5 Affari internazionali

**UE, Regno Unito, USA:** in virtù dell'accordo di cooperazione tra Svizzera e UE, la COMCO ha condiviso informazioni con la Commissione UE nel quadro di indagini parallele nel ramo sanitario e in quello finanziario. Nel settore delle sostanze aromatiche la COMCO ha coordinato le perquisizioni d'intesa con la Commissione UE, la statunitense DoJ e la britannica CMA (cfr. 4.1.13 c).

**Germania:** il 1° settembre 2023 è entrato in vigore l'accordo di cooperazione tra la COMCO e l'ufficio federale tedesco preposto ai cartelli (*Bundeskartellamt*, BKA). Sul modello dell'accordo di cooperazione concluso tra Svizzera e UE nel 2013, l'accordo stipulato con la Germania consente in particolare di coordinare i procedimenti e condividere informazioni riservate nel quadro di procedimenti paralleli. La possibilità di condividere informazioni lo rende un accordo di «seconda genera-

zione». Sotto il profilo applicativo, rispetto a quello concluso con l'UE l'accordo con la Germania è più esteso, in quanto è stato possibile regolare anche la questione della notifica di atti ufficiali. Infatti, tramite il BKA, la COMCO può trasmettere le decisioni a società tedesche che non hanno una sede o un domicilio di recapito in Svizzera. Questa opzione con l'UE non era percorribile, visto che la notifica di decisioni a società di Stati membri dell'UE compete ai singoli Stati. Se la società destinataria non dispone di una sede o di un domicilio di recapito in Svizzera, la notifica deve avvenire per via diplomatica. Perciò la soluzione raggiunta con la Germania riveste una particolare importanza agli occhi della COMCO.

**OCSE:** in giugno la presidente della COMCO ha partecipato alla *Competition Week* OCSE a Parigi; alcuni collaboratori della Segreteria hanno seguito le attività da remoto. Sono stati discussi, tra gli altri, i temi seguenti: valutazione e misurazione dei vantaggi per la concorrenza derivanti dalle attività delle autorità in materia di concorrenza; il futuro dell'impiego di programmi di clemenza; il rapporto tra concorrenza e innovazione; teorie sul danno causato dalle fusioni digitali; collusione algoritmica e concorrenza algoritmica; concorrenza e considerazioni legate alla sostenibilità nell'economia circolare; nonché vantaggi e svantaggi degli standard relativi al benessere del consumatore. In occasione della *Competition Week* OCSE di dicembre, a cui hanno partecipato da remoto alcuni collaboratori della Segreteria, sono stati trattati i temi seguenti: concorrenza e sport professionistico; forme organizzative ottimali e competenze della autorità in materia di concorrenza; ruolo dell'innovazione nell'attuazione delle norme sulla concorrenza; acquisizioni in serie; attuazione delle norme in materia di concorrenza alla luce del guadagno in termini di efficienza realizzato fuori dal mercato; utilizzo di prove economiche nei casi di cartelli; nonché valutazione a posteriori di correttivi nei casi di fusioni.

**ICN:** la presidente della COMCO, il direttore e il coordinatore ICN hanno partecipato alla 22a conferenza annuale dell'ICN a Barcellona. Nel quadro dell'ICN, la Segreteria ha collaborato a diversi sondaggi e all'elaborazione di rapporti. In questo contesto si è impegnata soprattutto nell'analisi dei problemi e delle opportunità legate alla digitalizzazione delle indagini di accertamento dei fatti. In particolare i collaboratori della Segreteria hanno partecipato al neo-costituito *Technologists-Group*, per condividere informazioni e competenze in ambito digitale.

**UNCTAD:** in luglio la Segreteria della COMCO ha partecipato alla conferenza annuale dell'UNCTAD, a Ginevra. Nel contempo sono proseguite le attività in seno al gruppo di lavoro sui cartelli transfrontalieri (*Cross-Border Cartels*), in stretta collaborazione con la SECO. Il mandato di questo gruppo di lavoro è stato prolungato di un anno e integrato con aspetti inerenti alla lotta contro gli accordi di appalto concernenti bandi pubblici. La Segreteria della COMCO contribuisce condividendo con le autorità straniere preposte alla concorrenza le esperienze che ha maturato in questo contesto.

## 6 Legislazione

Il 24 maggio 2023 il Consiglio federale ha adottato un progetto di **revisione parziale della legge sui cartelli**,

con relativo messaggio. Questo progetto di revisione mira a migliorare l'efficacia della legge sui cartelli e adempiere a tre interventi parlamentari. Poggia su tre elementi centrali: rafforzamento del diritto civile in materia di cartelli, miglioramento della procedura di opposizione e aggiornamento dei controlli delle concentrazioni. Con il passaggio dall'attuale test qualificato di dominanza sul mercato al *Significant Impediment to Effective Competition-Test* (test SIEC) gli standard di valutazione vengono adeguati al livello della prassi internazionale in materia di concentrazioni di imprese. Inoltre il progetto adempie alle richieste formulate in tre interventi parlamentari: la mozione 16.4094 Fournier, la mozione 18.4282 Français e la mozione 21.4189 Wicki. Nell'autunno 2023 la competente Commissione dell'economia e dei tributi del Consiglio degli Stati ha iniziato la deliberazione di dettaglio. La deliberazione alle Camere è prevista per il 2024. Per quanto concerne l'Amministrazione, la revisione parziale della legge sui cartelli è di competenza della SG-DEFER e della SECO, con la collaborazione della Segreteria della COMCO.

Parallelamente il Consiglio federale ha incaricato il DEFER di avviare una **riforma delle autorità in materia di concorrenza** (riforma istituzionale). Il 1° maggio 2023 è stata istituita una commissione di esperti indipendenti, presieduta dal prof. Hansjörg Seiler, giudice federale emerito. La Commissione ha elaborato i fondamenti necessari affinché la riforma sia solida sotto il profilo materiale e goda di un ampio consenso. Ha valutato modelli concreti per l'organizzazione delle autorità e dei tribunali, tenendo conto della durata dei procedimenti, della necessità di proteggere efficacemente la concorrenza e delle esigenze di costituzionalità e di conformità alla CEDU. Il rapporto della commissione servirà al DEFER come base per la definizione di una linea operativa per la riforma delle autorità in materia di concorrenza. Una proposta concreta del DEFER al Consiglio federale è prevista per il primo trimestre del 2024.

Qui di seguito sono elencati altri **interventi parlamentari** inerenti alla legge sui cartelli e alla legge sul mercato interno:

- in adempimento della **mozione 16.4094 Fournier**, del 15 dicembre 2016, «Migliorare la situazione delle PMI nei procedimenti in materia di concorrenza», nel quadro della revisione parziale della LCart il Consiglio federale ha previsto termini per i procedimenti amministrativi e l'indennizzo delle parti a livello di prima istanza;
- in adempimento della **mozione 18.4282 Français**, del 13 dicembre 2018, «La revisione della legge sui cartelli deve prendere in considerazione criteri sia qualitativi che quantitativi per valutare l'illiceità di un accordo», nel quadro della revisione della LCart il Consiglio federale ha sottoposto al Parlamento un adeguamento degli articoli 4, 5 e 27 in materia di consorzi, criteri quantitativi relativi alla rilevanza e casi bagatellari;
- la **mozione 21.4189 Wicki**, del 30 settembre 2021, «Mantenere il principio inquisitorio. No all'inversione dell'onere della prova nella legge sui cartelli» viene adempiuta con la revisione parziale della LCart, che prevede disposizioni dichiarative corrispondenti;
- in adempimento della **mozione 18.3898 Pfister**, del 27 settembre 2018, «Garantire l'applicazione della legge sui cartelli nel commercio di autoveicoli», il Consiglio federale ha emanato un'ordinanza entrata in vigore il 1° gennaio 2024;
- la **mozione 22.3838 Gugger**, del 17 giugno 2022, «Protezione dall'introduzione unilaterale del modello delle agenzie nel mercato automobilistico», non è stata ancora discussa dalle Camere;
- la **mozione 22.3885 CET-CN**, del 15 agosto 2022, «Inchiesta preliminare della segreteria della COMCO oppure inchiesta della COMCO su problemi di concorrenza nel settore dei combustibili e dei carburanti» è stata respinta dal Consiglio degli Stati il 15 giugno 2023, e pertanto è liquidata;
- le **mozioni 22.3976 Maitre e 22.3977 De Quattro**, del 22 settembre 2022, «Eliminare le commissioni interbancarie per le operazioni di pagamento con le carte di debito» non sono ancora state discusse dalle Camere;
- la **mozione 22.4404 Rechsteiner**, del 14 dicembre 2022, «Accelerare le procedure e aumentare la sicurezza giuridica» chiede che la durata della fase di inchiesta della Segreteria della COMCO (cioè dall'apertura del procedimento fino alla richiesta della Segreteria alla COMCO) sia limitata a un anno al massimo, con la possibilità che venga prorogata di un altro anno. L'intervento non è ancora stato discusso dalle Camere;
- la **mozione 23.3069 del Gruppo socialista**, dell'8 marzo 2023, «Un Digital Markets Act per la Svizzera» vuole incaricare il Consiglio federale di proporre le modifiche di legge necessarie per attuare in Svizzera i principali obiettivi del Digital Markets Act (DMA) europeo. L'intervento non è ancora stato discusso dalle Camere;
- la **mozione 23.3224 Français**, del 16 marzo 2023, «Riforma istituzionale della Commissione della concorrenza», auspica un riesame della struttura, dei privilegi e dei mezzi della COMCO, anche per garantire una separazione funzionale dei suoi ruoli di accusatrice e giudice. L'intervento viene discusso dal Consiglio degli Stati (Camera prioritaria);
- la **mozione 23.3487 Romano**, del 12 aprile 2023, «Caso Credit Suisse. Esaminare tutte le possibili misure per tutelare i posti di lavoro in Svizzera» incarica il Consiglio federale e la FINMA di intraprendere, nel limite del possibile, i passi che consentano alla COMCO di avviare un esame approfondito ai sensi dell'articolo 33 LCart. L'intervento non è ancora stato discusso dalle Camere;
- le **mozioni 20.3531 Caroni e 20.3532 Rieder**, dell'8 giugno 2020, «Concorrenza leale nei confronti delle imprese statali» propongono delle modifiche di legge ritenute necessarie allo scopo di porre fine alle distorsioni della concorrenza da parte di imprese pubbliche. Il 15 settembre 2023 il Consiglio federale ha comunicato che le richieste formulate dalle due mozioni verranno attuate integrando le direttive di



Corporate Governance. Entrambe le mozioni sono state trasmesse al Consiglio federale;

- il postulato **19.4379** della **Commissione dell'economia e dei tributi del Consiglio degli Stati**, del 18 ottobre 2019, «Procedura equa per l'accesso ai mercati chiusi dei cantoni» incarica il Consiglio federale di esaminare l'articolo 2 capoverso 7 LMI allo scopo di definire possibili opzioni di miglioramento. Il rapporto del Consiglio federale del 18 ottobre 2023 è giunto alla conclusione che le disposizioni di legge vigenti hanno contribuito all'apertura dei mercati chiusi e che non fosse necessario intervenire sul piano legislativo;
- vanno menzionati anche gli interventi seguenti, non ancora trattati: le **interpellanze 22.3707 Estermann**, del 16 giugno 2022 («Correttivi necessari nel sistema sanitario? (4)»); **23.3469 Gigon**, dell'11 aprile 2023 («Credit Suisse/UBS, nuova maxi banca. Come adat-

tare la nostra legislazione per tutelare la concorrenza?»); **23.3736 Gigon**, del 15 giugno 2023 («Estensione e monitoraggio del divieto di geo-blocking»); **23.4114 Hess**, del 27 settembre 2023 («Prima stima sull'attuazione dell'iniziativa per prezzi equi»); **23.4128 Gössi**, del 28 settembre 2023 («Efficacia dell'obbligo di annuncio per le imprese in posizione dominante sul mercato secondo l'articolo 9 capoverso 4 della legge sui cartelli»); **23.4299 Addor**, del 29 settembre 2023 («Fusione UBS-CS. E la COMCO?»); **23.4513 Gugger**, del 22 dicembre 2023 («Big Tech: abuso del potere di mercato nei confronti delle PMI e degli ospedali») e **23.4416 Maître**, del 20 dicembre 2023 («Commissioni per le carte di debito troppo elevate per i piccoli commercianti. Procedura presso la Comco»); nonché il **postulato 23.3738 Gigon**, del 15 giugno 2023 («Isola dei prezzi elevati. Stato attuale e sviluppi per i consumatori e le PMI»).

## 7 Statistica

I dati statistici forniscono una veduta d'insieme delle attività della COMCO e della sua Segreteria nel 2023:

	2023	2022	2021
<b>Inchieste</b>			
Nel corso dell'anno	25	19	20
riprese dall'anno precedente	18	16	16
avviate nell'anno in rassegna	7	3	4
nuove inchieste per suddivisione di inchieste precedenti	0	0	0
<b>Decisioni finali</b>	2	1	4
conciliazioni	0	1	3
decisioni dell'autorità	1	1	2
sanzioni (art. 49a cpv. 1 LCart)	2	1	4
decisioni parziali	0	0	0
<b>Decisioni di procedura</b>	2	1	2
Altre decisioni (pubblicazione, costi, consultazione atti, ecc.)	3	1	2
Misure cautelari	0	0	1
Procedimenti sanzionatori (art. 50 segg. LCart)		1	2
<b>Inchieste preliminari</b>			
Nel corso dell'anno	17	14	11
riprese dall'anno precedente	10	8	7
avviate nell'anno in rassegna	7	6	4
<b>Concluse</b>	8	5	3
con apertura di inchiesta	3	0	1
con correttivi alle attività aziendali	3	4	1
senza seguito	2	1	1
<b>Altre attività</b>			
Annunci (art. 49a cpv. 3 lett. a LCart)	2	5	1
Consulenze	29	14	33
Osservazioni del mercato concluse	48	52	48
Domande LTras	18	22	10
Altre richieste evase	500	511	519
<b>Concentrazioni</b>			
Annunci	33	49	31
Esami preliminari terminati senza obiezioni	32	49	31

Esami	2	0	0
Decisioni della COMCO successive all'esame	0	0	0
Divieti	0	0	0
Autorizzazioni vincolate a condizioni/oneri	0	0	0
Autorizzazioni senza riserve	0	0	0
Esecuzioni anticipate	0	0	0
Procedure di ricorso			
Ricorsi interposti davanti al TAF e al TF (totale: vedi nota 2)	31 (67)	35 (88)	39 (92)
Sentenze del TAF	11 (16)	6 (31)	11 (15)
conferme di decisioni delle autorità in materia di concorrenza	9 (14)	4 (10)	8 (12)
conferme parziali di decisioni	2 (2)	2 (6)	2 (2)
decisioni respinte	0 (0)	0 (3)	1 (1)
Sentenze TF	1 (1)	5 (7)	5 (12)
conferme di decisioni delle autorità in materia di concorrenza	1 (1)	4 (4)	4 (11)
conferme parziali di decisioni	0	1 (2)	1 (1)
decisioni respinte	0	0 (1)	0 (1)
Pendenti a fine anno (davanti a TAF e TF)	24 (56)	29 (69)	30 (71)
Pareri, raccomandazioni, preavvisi, ecc.			
Pareri (art. 15 LCart)	0	1	0
Raccomandazioni (art. 45 LCart)	0	0	0
Pareri (art. 47 LCart, 5 cpv. 4 LSPr oppure 11a LTC)	0	0	2
Controlli a posteriori	0	0	0
Comunicazioni (art. 6 LCart)	0	1	0
Preavvisi (art. 46 cpv. 1 LCart)	318	327	335
Procedure di consultazione (art. 46 cpv. 2 LCart)	13	14	11
Esami di sovvenzioni/sussidi	0	0	1
LMI			
Raccomandazioni/indagini (art. 8 LMI)	0	0	1
Perizie (art. 10 LMI)	2	1	4
Osservazioni del mercato/consulenze/altre richieste evase	52	62	68
Ricorsi (art. 9 cpv. 2 <sup>bis</sup> LMI)	0	3	1

Dalla statistica relativa al 2023 e dal confronto con i dati del 2022 e del 2021 emerge quanto segue:

- inchieste: la COMCO ha avviato 7 nuove inchieste e – come l'anno precedente – ne ha concluse poche, se si considera un arco di tempo pluriennale;
- inchieste preliminari e osservazioni del mercato: il numero di inchieste preliminari è leggermente aumentato, quello delle osservazioni del mercato è nella media dell'ultimo quinquennio;
- concentrazioni: come già nei due scorsi anni, la COMCO ha ricevuto un numero superiore alla media di annunci di concentrazione, che ha richiesto l'impegno di risorse solitamente utilizzate per le attività di inchiesta;
- procedure di ricorso<sup>2</sup>: nell'anno in rassegna (come già l'anno precedente) i tribunali, in particolare il TAF, hanno emanato un numero di decisioni<sup>3</sup> superiore alla media, contribuendo così alla certezza del diritto. Le decisioni della COMCO sono state in larga parte confermate;

<sup>2</sup> Le decisioni della COMCO riguardano solitamente più di una parte. Tuttavia, se le decisioni sono impugnate, le procedure di ricorso sono individuali, e i tribunali trattano di norma ogni ricorso singolarmente. Perciò per un'unica decisione della COMCO i tribunali possono emettere diverse sentenze. Queste ultime, pur essendo a volte molto simili sotto il profilo materiale, possono riguardare anche aspetti specifici. Di conseguenza, a partire dal 2021, oltre a conteggiare le procedure parallele come se si trattasse di un singolo ricorso contro una decisione della COMCO, viene indicato tra parentesi anche il numero totale di tutti i ricorsi considerati singolarmente, compresi quelli evasi nel quadro di procedure parallele. Lo stesso vale per la statistica relativa ai tribunali: le sentenze vengono conteggiate sia relativamente a una sola decisione della COMCO, e indipendentemente dal numero di procedure parallele, sia (numero tra parentesi) come esito di singole procedure di ricorso (ad es. le sentenze del TAF relative ai nove ricorsi presentati contro la decisione della COMCO sul trasporto aereo vengono conteggiate sia come sentenza unica [una decisione COMCO] sia come nove sentenze [nove ricorsi, numero tra parentesi]).

<sup>3</sup> Il TF ha emanato una serie di decisioni di rinvio concernenti le sentenze del TAF sulla limitazione di importazioni parallele di libri in lingua francese (le ultime sentenze risalgono all'8 dicembre 2022). Le pertinenti decisioni esecutive del TAF, relative al ricalcolo delle sanzioni e dei costi, non sono comprese nella statistica.

- pareri, raccomandazioni e preavvisi: mentre il numero di pareri e raccomandazioni si è mantenuto molto basso, le autorità in materia di concorrenza hanno continuato a svolgere un'intensa attività in ambito normativo. Le singole unità hanno investito una quantità considerevole di risorse nell'analisi di progetti di leggi e ordinanze;
- LMI: come già negli ultimi anni, se si tiene conto dell'esiguità di risorse disponibili, la Segreteria della COMCO si è occupata di una varietà considerevole di questioni inerenti al mercato interno. Anche il numero di consulenze e osservazioni del mercato si mantengono a livelli elevati.

## 8 Tema speciale del 2023: l'impegno contro l'isolamento dei mercati e i prezzi eccessivi

Su diversi mercati svizzeri i prezzi sono più cari di quelli dei Paesi confinanti. Le differenze di prezzo si spiegano sia, in parte, con il livello salariale più elevato, i maggiori costi delle infrastrutture e il comportamento dei consumatori; sia però anche con leggi che isolano il mercato e frenano la concorrenza (ad es. causando ostacoli al commercio) e con i comportamenti illeciti di alcune imprese. Gli sforzi della COMCO sono finalizzati a migliorare la concorrenza, eliminare gli ostacoli normativi, aprire i mercati e combattere gli abusi. Negli ultimi anni la COMCO ha posto particolare attenzione alla lotta contro gli accordi volti a isolare il mercato svizzero, i prezzi imposti e gli accordi sui prezzi.

### 8.1 Lotta agli accordi territoriali e agli accordi sui prezzi

Nel quadro della revisione della LCart del 2003, il legislatore ha constatato la gravità del danno che due nuovi tipi di accordi verticali arrecavano alla concorrenza: si trattava dei cosiddetti accordi *hard core*, ovvero gli **accordi territoriali** e gli **accordi sui prezzi**. In seguito la COMCO è più volte intervenuta per contrastarli. I primi casi, con le relative tre decisioni, sono stati quelli concernenti Gaba, BMW e Nikon. Nel caso di BMW, tramite un divieto di esportazione incluso nei contratti di distribuzione dei rivenditori BMW dello Spazio economico europeo (SEE), ai consumatori svizzeri veniva impedito di acquistare veicoli di questa marca in Germania e risparmiare fino al 25 per cento sul prezzo. I tribunali hanno confermato le tre decisioni della COMCO. Nella sua sentenza di principio Gaba il TF ha inoltre stabilito che la gravità dei danni causati dagli accordi *hard core* non dovesse essere comprovata con l'accertamento delle loro conseguenze. Ciò ha consentito di ridurre la durata dei procedimenti e agevolare l'applicazione della LCart. La COMCO ha così concluso entro 10–28 mesi (in media 15) i procedimenti nei confronti di Eflare (2016, protezione territoriale), Husqvarna (2017, imposizione dei prezzi), RIMOWA (2018, protezione territoriale), Stöckli Ski (2019, imposizione dei prezzi), Bucher Landtechnik (2019, protezione territoriale) e Pöschl Tabakprodukte (2021, protezione territoriale), giungendo sempre a una conciliazione. Gli accordi suddetti riguardavano, tra le altre cose: l'intervento sulla fissazione dei prezzi dei rivenditori che offrivano sconti ritenuti eccessivi nella vendita di robot tagliaerba della marca Automower (Hu-

sqvarna); accordi di distribuzione con clausole di prezzo per i commercianti di sci (Stöckli): questo tipo di accordi limita la concorrenza e determina un livello dei prezzi più elevato; accordi con fornitori tedeschi per il divieto di esportazione in Svizzera (RIMOWA), con l'impossibilità per i consumatori svizzeri di ordinare on-line articoli di valigeria in Germania e risparmiare così il 20–30 per cento sul prezzo. La decisione della COMCO relativa a Bucher Landtechnik ha reso possibile l'importazione, senza alcun limite e a condizioni più favorevoli, di parti di ricambio e trattori New Holland. In generale le decisioni della COMCO favoriscono le importazioni parallele, le importazioni dirette e la concorrenza di prezzo in Svizzera.

Anche le **comunicazioni** della COMCO sugli **accordi verticali** e nel **settore automobilistico** (il 1° gennaio 2024 la Comunicazione autoveicoli della COMCO è stata sostituita dalla OAuto, v. 4.1.1) contribuiscono a promuovere le importazioni parallele e le importazioni dirette e a impedire che i mercati svizzeri vengano isolati. Inoltre forniscono alle imprese indicazioni normative in materia di distribuzione e stabiliscono chiaramente che in relazione agli accordi verticali valgono sostanzialmente le medesime regole vigenti nell'UE. La chiarezza e l'armonizzazione a livello internazionale delle disposizioni sulla distribuzione rafforzano la concorrenza in Svizzera.

Oltre alle inchieste della COMCO, negli ultimi dieci anni la Segreteria si è occupata di svariate **inchieste preliminari** e più di 100 **osservazioni del mercato**. La Segreteria ha per esempio analizzato la distribuzione dei motoveicoli Yamaha, l'offerta di Costa Crociere e la vendita di reagenti per laboratorio. In particolare si è occupata di contratti di distribuzione che contenevano elementi riconducibili a limitazioni delle esportazioni in Svizzera, garanzie negate per prodotti importati, obblighi di acquisto esclusivo presso fornitori in Svizzera, dichiarazioni del personale di vendita riguardo a divieti, da parte di fornitori, di praticare sconti e rifiuto di ordinazioni dalla Svizzera per condizioni di vendita basate su assegnazioni di territorio. I dubbi relativi al rispetto della legislazione sui cartelli sono stati chiariti grazie all'adeguamento dei contratti, con l'invio di circolari ai partner della distribuzione e organizzando formazioni interne per i collaboratori delle imprese interessate, a tutto vantaggio della concorrenza. Con la consapevolezza della libertà di prezzo aumentano anche le offerte di sconti e ribassi; le importazioni dirette e/o parallele migliorano il potere contrattuale dei consumatori nei confronti dei commercianti svizzeri e accrescono la pressione concorrenziale nel nostro Paese. Le importazioni dirette sono state facilitate anche dall'avvento del commercio elettronico (on-line), e gli oneri generati dalla ricerca si riducono grazie alla presenza dei portali di confronto prezzi. Questi fattori accrescono la pressione al ribasso dei prezzi: soltanto dieci anni fa la Segreteria svolgeva regolarmente osservazioni del mercato per rilevare i divieti e le limitazioni al commercio elettronico; oggi, grazie alla crescente digitalizzazione, la distribuzione on-line si è affermata e in questo settore le autorità in materia di concorrenza non devono quasi più intervenire.

## 8.2 Apertura di mercati

Con le sue decisioni in materia di infrastrutture e le attività di contrasto alle pratiche anticoncorrenziali, la COMCO contribuisce all'apertura dei mercati. Nel quadro del procedimento concernente lo sviluppo della **rete di fibra ottica** di Swisscom, che è stato al centro dell'attenzione mediatica, la COMCO ha adottato la decisione più importante di quest'anno per quanto riguarda l'apertura di mercati. Dal 2020, nel quadro della «Strategia di potenziamento della rete Swisscom 2025», Swisscom (Svizzera) SA ha effettuato modifiche strutturali che impedivano l'accesso diretto (*layer 1*) alle società concorrenti nelle aree in cui era la sola a sviluppare una rete di fibra ottica. La COMCO ha imposto a Swisscom di mettere fuori servizio o sostituire – entro un termine transitorio – le connessioni con fibra ottica che non permettono l'offerta *layer 1*. Inoltre in futuro a Swisscom sarà vietato costruire o sviluppare una rete di fibra ottica in un modo che ostacoli la concorrenza (cfr. 3.1).

Nel **settore del gas** anche nel 2023 la Segreteria si è occupata di diverse domande di allacciamento alla rete da parte di fornitori terzi. Senza che fosse necessario avviare un procedimento, è stato possibile accertare che i fornitori terzi possono accedere alla rete di distribuzione per raggiungere i clienti finali (cfr. 4.1.4). Ciò è potuto avvenire in modo informale e rapido, nel quadro di osservazioni del mercato, grazie a una sentenza guida nel settore energetico: nel 2020 la COMCO – come circa 20 anni prima nel ramo elettrico (decisione su *Entreprises Electriques Fribourgeoises / Watt Suisse AG*) – ha provveduto affinché si aprisse il mercato del gas. Con *ewl Energie Wasser Luzern Holding AG (ewl)* e *Erdgas Zentralschweiz AG (EGZ)* la COMCO ha raggiunto una soluzione conciliativa riguardo alla regolamentazione del trasporto tramite le reti per la fornitura del gas. Con questa decisione, passata in giudicato, la COMCO ha aperto il mercato delle forniture di gas nella Svizzera centrale. In passato le due società gestrici delle reti di distribuzione avevano concesso l'accesso alla rete per le forniture da parte di terzi soltanto per l'approvvigionamento di alcuni importanti utenti industriali, che soddisfacevano i requisiti previsti da una convenzione di diritto pubblico tra l'associazione dei gestori e le organizzazioni dei grandi consumatori. La decisione della COMCO imponeva ai due gestori di concedere su richiesta a qualsiasi terzo l'accesso alle loro reti di distribuzione. Dopo la pubblicazione della decisione della COMCO numerose altre società gestrici di rete hanno permesso il cambiamento di fornitore, nonostante la decisione fosse giuridicamente vincolante soltanto per EGZ ed ewl. In seguito le autorità in materia di concorrenza non hanno più dovuto avviare alcuna inchiesta preliminare o inchiesta per rifiuto di accesso alla rete di distribuzione; sono state invece evase rapidamente e a titolo informale svariate richieste di fornitori terzi. Si può pertanto ritenere che dalla pubblicazione della decisione della COMCO non sia più stato rifiutate richieste di accesso alla rete. Tra il 2017 e il 2020 la quota di cambiamenti di fornitore nel settore del gas si è più che triplicata (dal 2,4 al 7,7 per cento), verosimilmente anche grazie all'esito del procedimento della COMCO (cfr. *EVU Partners, Studio sul mercato del gas in Svizzera, 2021, pag. 4 [in tedesco]*).

## 8.3 Lotta agli accordi di prezzo

La concorrenza tra gli operatori di un settore è un fattore di contenimento dei prezzi: per aumentare il fatturato e i guadagni le aziende devono acquisire nuovi clienti, e un'offerta a prezzi convenienti permette loro di attirare anche quelli delle concorrenti. Alcune imprese cercano di sottrarsi all'azione di questi meccanismi stipulando **accordi di prezzo**. Questi accordi determinano un livello eccessivo dei prezzi, e pertanto sono stati vietati dal legislatore. La COMCO vigila sul rispetto di tale divieto verificando sistematicamente, se del caso anche mediante perquisizioni, gli indizi di accordi illeciti, e sanziona le infrazioni alla legge.

Nell'ambito degli accordi di prezzo una delle priorità della COMCO è la lotta agli **accordi di appalto**. In passato è successo più volte che delle imprese concordassero le offerte in modo da stabilire in anticipo chi dovesse aggiudicarsi l'appalto e suscitare nel contempo l'impressione di un'effettiva competizione. Come è risultato ad esempio dalla procedura della COMCO concernente il cartello nel settore della costruzione stradale in Ticino, ciò porta a sostanziali aumenti di prezzo: i prezzi dell'offerta dopo lo scioglimento del cartello sono diminuiti all'incirca del 30 per cento. La COMCO ha scoperto e sanzionato cartelli nel ramo della costruzione anche nei Cantoni di Argovia, Zurigo e Grigioni nonché nel distretto di See-Gaster; accordi di appalto conclusi da installatori elettricisti nei Cantoni di Berna e Ginevra e accordi inerenti a pulizia delle gallerie e reti di fibra ottica. Gli accordi esaminati dalla COMCO comprendevano circa 2000 commesse. Il perseguimento sistematico degli accordi di prezzo consente anche di contrastare gli accordi di appalto: questi ultimi possono causare danni finanziari importanti a carico di attori privati e dell'ente pubblico.

Anche in **altri mercati** alcune imprese hanno concordato i prezzi della loro offerta. I prezzi eccessivi che ne sono derivati hanno penalizzato sia clienti aziendali sia privati consumatori. Come emerge dalle inchieste della COMCO, case di spedizione e compagnie aeree hanno organizzato e concordato l'applicazione di supplementi nel trasporto aereo; fornitori di accessori per porte si sono accordati per garantirsi un certo margine di guadagno; rivenditori di automobili hanno fissato ribassi e forfait per la consegna, e si sono messi d'accordo sui prezzi; grossisti di articoli sanitari hanno deciso di comune accordo di aumentare il margine di profitto; aziende di zincatura hanno concordato aumenti di prezzo, supplementi e prezzi minimi; insegnanti di guida hanno coordinato le tariffe orarie in seno alla loro associazione.

Non sempre gli accordi di prezzo conclusi da imprese sono così dannosi da dover essere vietati. Quando non lo sono, la COMCO vigila affinché non si giunga alla fissazione di prezzi eccessivi, ma ci si limiti agli elementi del mercato che sono importanti per il suo funzionamento. Ad esempio, la COMCO tiene sotto osservazione da 20 anni le commissioni sulle operazioni di pagamento tramite carta, considerato che vengono applicate congiuntamente dalle **banche** (commissioni di interscambio): si tratta delle commissioni che chi emette la carta (*issuer*) riceve dall'azienda (*acquirer*) che stipula con i commercianti i contratti relativi all'accettazione della

carta. La commissione è esigibile per ogni pagamento tramite carta, ed è a sua volta parte di una commissione che i commercianti versano all'*acquirer* per l'accettazione della carta. Queste tasse possono contribuire al funzionamento dei mercati delle carte di pagamento e, a determinate condizioni, incentivare l'efficienza. Alla luce di ciò, la COMCO ha approvato le commissioni di interscambio sulle transazioni nazionali mediante carte di credito, a condizione di limitarne l'ammontare. Nel 2004 su una transazione del valore di 100 franchi mediante carta di credito si applicava una commissione di 1.69 franchi. In seguito a tre inchieste, la COMCO ha concordato con le parti riduzioni graduali delle commissioni di interscambio per le transazioni nazionali tramite carte di credito giungendo così agli attuali 44 centesimi per 100 franchi. In relazione alle commissioni di interscambio nel settore delle carte di debito sono state avviate due nuove inchieste (cfr. 4.1.5).

#### 8.4 Preavvisi su atti normativi

Il legislatore si avvale degli atti normativi per disciplinare svariati settori del mercato e ambiti della vita. Gli atti normativi perseguono scopi precisi, che possono essere raggiunti mediante diverse forme di intervento statale: lo Stato medesimo può offrire servizi o prodotti, oppure demandare questi compiti ai privati, completamente o in parte. Il vantaggio degli ordinamenti fondati sull'economia di mercato deriva dalla possibilità, per gli attori economici, di adeguarsi costantemente agli sviluppi della tecnologia e ai mutamenti dell'economia. In generale, il tipo di regolamentazione statale più leggera consiste in un orientamento indiretto dei mercati, ad esempio attraverso la definizione di condizioni quadro oppure la riscossione di tasse d'incentivazione. Mediante oneri, ingiunzioni, divieti e sovvenzioni si interviene invece più pesantemente. Normalmente la regolamentazione dei prezzi, i monopoli di Stato e le norme che isolano il mercato inibiscono la concorrenza. Perciò con gli atti normativi il legislatore stabilisce anche l'apertura dei mercati e il livello della concorrenza. D'altro canto i mercati funzionano in parte soltanto grazie alla regolamentazione.

Qual è il **ruolo** svolto dalle **autorità in materia di concorrenza** nella **procedura legislativa**? Gli Uffici federali sottopongono dapprima alla Segreteria della COMCO i progetti di leggi e ordinanze che potrebbero influire sulla concorrenza. Nei suoi preavvisi o nel quadro di gruppi di lavoro, la Segreteria rileva gli eventuali problemi nell'ottica della legislazione sulla concorrenza o della concorrenza come fattore economico, proponendo soluzioni alternative. Discute gli aspetti inerenti a costi e benefici degli strumenti e degli atti normativi finalizzati a raggiungere gli scopi del legislatore. La Segreteria non dispone di diritto decisionale o di veto su un disegno di atto normativo. La decisione finale sul testo da sottoporre al Parlamento spetta al Consiglio federale.

Sui disegni di legge che limitano la concorrenza o influiscono su di essa in altro modo, la COMCO si esprime durante la procedura di consultazione. La COMCO analizza il disegno di legge sotto il profilo della concorrenza, evidenziandone gli aspetti problematici. Anche in questo caso il legislatore non è tenuto a seguire le indicazioni

della COMCO; ne tiene conto nell'ambito della ponderazione degli interessi.

Negli scorsi anni le attività delle autorità in materia di concorrenza hanno riguardato soprattutto i seguenti settori: elettricità, gas, settore sanitario, politica agricola, trasporti, servizi postali e appalti pubblici:

- le autorità in materia di concorrenza hanno, ad esempio, contribuito alla revisione del **diritto federale sugli appalti pubblici** – entrato in vigore il 1° gennaio 2021 – avvalendosi della loro esperienza e competenza per quanto attiene alle limitazioni della concorrenza causate da accordi di appalto e dall'isolamento del mercato interno. Si è trattato di pareri, raccomandazioni e rapporti, come pure della partecipazione a gruppi di lavoro. Anche grazie a questo contributo, i servizi federali, cantonali e comunali preposti possono contrastare più efficacemente gli accordi di appalto. Se sussistono indizi di accordi di appalto, per i servizi suddetti vale un obbligo di denuncia: l'effetto preventivo dovrebbe così migliorare;
- anche nel **settore dell'elettricità** le autorità in materia di concorrenza si sono particolarmente impegnate nel miglioramento della normativa. Nel 2023 due progetti legislativi sono stati particolarmente significativi: il 29 settembre di quell'anno, il Parlamento ha approvato la legge federale su un approvvigionamento elettrico sicuro con le energie rinnovabili (una cosiddetta «legge mantello»). Le pertinenti modifiche di legge dovrebbero entrare in vigore il 1° gennaio 2025. Riguardo all'approvvigionamento di base, questa legge prevede che anche in futuro i clienti finali non potranno scegliere liberamente sul mercato il loro fornitore di corrente elettrica. Ciò vale anche per i gestori che, fin da quando è iniziata la crisi energetica, a causa del loro portfolio acquisti hanno aumentato massicciamente il prezzo dell'elettricità a spese dei loro utenti finali. Inoltre è prevista la monopolizzazione del sistema di misurazione. Dal punto di vista della concorrenza si tratta di aspetti criticabili. Nel quadro della consultazione degli uffici su diverse modifiche di ordinanza relative alla legge mantello, la Segreteria si è impegnata affinché, nel limite del possibile, si evitassero ulteriori distorsioni della concorrenza. Inoltre secondo la Segreteria occorrerebbe garantire, mediante interventi normativi di tutela, che in qualità di monopolisti i gestori delle reti di distribuzione non possano fatturare prezzi eccessivi per i loro servizi;
- in primavera 2023 si è svolta una consultazione degli uffici relativa a un documento interlocutorio da sottoporre al Consiglio federale, concernente la nuova **legge sull'approvvigionamento di gas**. Con il documento suddetto si sono posti gli elementi fondamentali della futura legge, divergenti rispetto al progetto in consultazione. Il messaggio destinato al Parlamento dovrebbe essere presentato al Consiglio federale entro fine agosto 2024. Anche in merito a questo progetto, la Segreteria si è impegnata per una regolamentazione che prevedesse la completa apertura del mercato nel settore dell'approvvigionamento dei clienti finali. Tuttavia il Consiglio federale ha preferito un'apertura soltanto parziale, a vantaggio dei grandi consumatori (che consumano più di 300 MWh

all'anno). La Segreteria ha avanzato anche diverse richieste volte a garantire che nel settore dei monopoli previsti dalla legge i costi vengano addebitati senza discriminazioni e secondo il principio di causalità;

- da marzo 2022 la Segreteria coopera in seno alla **task force sull'approvvigionamento invernale di gas** (qui appresso task force), sensibilizzando gli altri membri sui potenziali abusi ai sensi della legislazione sui cartelli, alla luce degli accordi raggiunti per garantire l'approvvigionamento invernale. Da settembre 2023, dopo che sono state decise diverse modifiche di ordinanze, la Segreteria non ha più partecipato alle riunioni del comitato. Agli occhi della Segreteria le basi e gli elementi cardine per garantire l'approvvigionamento invernale di gas sono stati definiti e corrispondono alle pertinenti decisioni dei membri della *task force*. I dubbi della Segreteria, basati sulla legislazione sui cartelli e relativi a singoli aspetti del piano della *task force*, sono stati comunicati ai membri della stessa sotto forma di preavvisi e raccomandazioni. Si auspica che il settore del gas ne tenga debitamente conto nel quadro dell'attuazione del piano per l'approvvigionamento invernale;
- nei settori del **trasporto passeggeri** e del **trasporto merci** la Segreteria e la COMCO hanno formulato diversi pareri nel quadro di consultazioni degli Uffici e procedure di consultazione. In questo contesto le autorità in materia di concorrenza si sono impegnate in favore di un accesso senza discriminazioni all'infrastruttura dei trasporti pubblici da parte di operatori esterni. Riguardo agli incentivi destinati al trasporto merci previsti in futuro, l'attenzione è andata alla neutralità delle misure di promozione sotto il profilo della concorrenza.

### 8.5 Posizione dominante relativa

Il 1° gennaio 2022 sono entrate in vigore le nuove disposizioni sulla posizione dominante relativa. Sono state elaborate in conseguenza dell'Iniziativa per prezzi equi e per contrastare l'elevato livello dei prezzi in Svizzera. Un'impresa occupa una posizione di dominanza relativa se le altre aziende dipendono dai suoi prodotti o servizi perché non hanno sufficienti e ragionevolmente esigibili possibilità di rivolgersi a imprese terze. Una posizione dominante relativa non è di per sé illecita: la nuova disposizione ne vieta solo l'abuso, che può verificarsi se l'azienda con una posizione dominante relativa ostacola o penalizza sotto il profilo della concorrenza le imprese che da essa dipendono.

Concretamente, un abuso di posizione di dominanza relativa può consistere nell'impedire a dei clienti di acquistare beni o servizi all'estero – al prezzo e alle condizioni ivi in uso nel settore interessato – se questi sono disponibili anche in Svizzera. La lotta contro questo tipo di abusi permette di agire sui costi di acquisto a carico delle imprese svizzere, ingiustificatamente elevati rispetto a quelli praticati all'estero (il cosiddetto «supplemento Svizzera»).

Subito dopo l'adozione delle disposizioni concernenti la posizione dominante relativa, la Segreteria della COMCO ha avviato i lavori di preparazione dell'attuazione. Ha

istituito un gruppo di lavoro interno, pubblicato una nota informativa e messo a disposizione un modulo di notifica, per agevolare il compito alle imprese che intendono presentare denuncia.

La valanga di denunce paventata soprattutto nel corso del dibattito parlamentare non si è verificata nemmeno a due anni dall'entrata in vigore della disposizione (cfr. 4.1.13 a). Due denunce presentate nel 2022 hanno comunque portato all'avvio di prime inchieste: una concerne il settore farmaceutico (aperta nell'agosto del 2022), l'altra quello delle librerie in Romandia (aperta nel gennaio 2023). È altresì presumibile che in alcuni casi i contratti di vendita e le relative disposizioni siano stati adeguati proattivamente: in questo senso la disposizione è risultata efficace.

### 8.6 In sintesi

Con i loro procedimenti e le loro decisioni, la COMCO e la sua Segreteria combattono da anni gli accordi sui prezzi; aprendo i mercati ne impediscono l'isolamento e potenziano il mercato interno. Le attività delle autorità in materia di concorrenza si focalizzano sugli accordi orizzontali più dannosi (inerenti a prezzi, quantità e ripartizioni territoriali), sui principali accordi verticali (imposizione dei prezzi e protezione territoriale assoluta) nonché sui casi di abuso di posizione dominante sul mercato. Prendono posizione in merito a disegni di legge e ordinanze elaborati dagli Uffici federali rilevandone, anche in qualità di membri di gruppi di lavoro, gli aspetti problematici sotto il profilo del diritto della concorrenza o dell'economia, e proponendo soluzioni alternative. La COMCO e la sua Segreteria operano per l'efficienza dell'economia svizzera, agendo a sostegno della concorrenza.

## 9 Allegato: membri della Commissione e della Direzione della Segreteria

### Commissione:

- Baudenbacher Laura Melusine, presidente, partner di uno studio legale svizzero con sede a Bruxelles
- Wüthrich-Meyer Danièle, vicepresidente, già giudice presso il tribunale d'appello del Cantone di Berna
- Igor Letina, vicepresidente, professore straordinario di microeconomia all'Università di Berna
- Bettschart-Narbel Florence, membro, avvocat, già responsabile delle questioni politiche e giuridiche in seno alla segreteria centrale della Fédération Romande des Consommateurs FRC
- Diebold Nicolas, membro, professore di diritto pubblico e diritto dell'economia presso la facoltà di diritto dell'Università di Lucerna
- Grisel Rapin Clémence, membro, professore di diritto amministrativo all'Università di Friburgo (fino a febbraio 2024)
- Mikael Huber, membro, caposettore finanze e politica fiscale, digitalizzazione e commercio presso l'Unione svizzera delle arti e mestieri (usam)
- Këllezî Pranvera, membro, avvocat indipendente attiva nel Cantone di Ginevra
- Martinez Isabel, membro, economista (ricercatore senior) al Centro di ricerche congiunturali del Politecnico federale di Zurigo (KOF), già segretaria centrale dell'Unione sindacale svizzera (USS)
- Minsch Rudolf, membro, vicepresidente della direzione di economieuisse
- Mühlheußèr Gerd, membro, professore di economia e microeconomia industriale all'Università di Amburgo
- Nicoli Mauro, membro, avvocat presso uno studio legale svizzero
- Rufer Martin, membro, direttore dell'Unione svizzera dei contadini (USC)

Relazioni d'interesse: [www.weko.admin.ch](http://www.weko.admin.ch) → La COMCO → Commissione → Membri

### Segreteria della COMCO:

- Ducrey Patrik, direttore
- Stüssi Frank, direttore sostituto, costruzione
- Graber Cardinaux Andrea, vicedirettrice, industria e produzione
- Schaller Olivier, vicedirettore, servizi
- Söhner-Bührer Carole, vicedirettrice, infrastruttura

A 1.	<b>4. Annual Report 2023 of the Competition Commission</b>
------	--

## Table of Contents

<b>1</b>	<b>Overview of 2023</b>	<b>57</b>
<b>2</b>	<b>About ComCo and the Secretariat</b>	<b>57</b>
<b>3</b>	<b>Key decisions in 2023</b>	<b>58</b>
3.1	Decisions of the ComCo	58
3.2	Court judgments	58
<b>4</b>	<b>Activities</b>	<b>60</b>
4.1	Activities in various markets	60
4.1.1	Automotive sector	60
4.1.2	Construction industry	60
4.1.3	Retail trade and consumer goods industry	61
4.1.4	Energy	61
4.1.5	Financial markets	62
4.1.6	Healthcare	62
4.1.7	Agriculture	62
4.1.8	Media	63
4.1.9	Postal services	63
4.1.10	Sport	63
4.1.11	Telecommunications	63
4.1.12	Transport	63
4.1.13	Other activities	63
a.	Relative market power	63
b.	Vertical agreements	64
c.	Investigations	64
4.2	Internal market	64
<b>5</b>	<b>International</b>	<b>65</b>
<b>6</b>	<b>Legislation</b>	<b>65</b>
<b>7</b>	<b>Statistics</b>	<b>67</b>
<b>8</b>	<b>Special topic 2023: Combating market foreclosures and excessive prices</b>	<b>68</b>
8.1	Combating vertical foreclosure and resale price maintenance	68
8.2	Opening up of markets	69
8.3	Combating price-fixing agreements	69
8.4	Opinions on regulatory legislation	70
8.5	Relative market power	71
8.6	Conclusion	71
<b>9</b>	<b>Annex: Members of the Commission and the Executive Management of the Secretariat</b>	<b>72</b>



## 1 Overview of 2023

The Competition Commission (ComCo) and its Secretariat have been combating price fixing and market foreclosures for years, opening up markets and strengthening the internal market. They regularly comment on draft legislation and point out economic and competition-related problems in their opinions. The special topic in this year's annual report, which is also symbolic of our work in 2023, is the campaign against market foreclosures and excessive prices. With its important decision on **Swisscom's network expansion strategy**, ComCo ensured competition in the use of fibre-optic infrastructure for the next 50 years or so. ComCo ruled that Swisscom must build its fibre-optic network in such a way that third parties are provided with Layer 1 access from Swisscom's exchanges, thus allowing Swisscom's competitors to offer households and companies fibre-optic internet. It will give rise to competition, making products and services available at a good cost-benefit ratio.

In addition to the fibre optics sector, ComCo also dealt with the landfill sector. Construction and waste disposal companies that were not shareholders paid higher disposal fees than shareholders at the **Höli landfill**, which dominates the market. This made non-shareholders less competitive. ComCo judged this unequal treatment by Höli to be an abuse and unlawful.

As in the two previous years, ComCo had to review an above-average number of mergers. Although the merger between **UBS** and **CS** fell within FINMA's jurisdiction, it nevertheless kept ComCo busy for months. ComCo intensively analysed the effects of this merger and submitted its opinions to FINMA. It also drew up various recommendations for different authorities.

ComCo and its Secretariat have a broad range of **activities**: they conducted 25 *investigations* and 17 *preliminary investigations*. They dealt with around 50 *market monitoring procedures*, over 30 *mergers* and drafted *opinions* in around 330 official consultations and consultation procedures. These procedures and opinions affect a wide variety of markets, such as the automotive sector, the energy sector, the financial markets, agriculture and telecommunications.

The **Federal Supreme Court** (FSC) and, in particular, the **Federal Administrative Court** (FAC) ruled on a number of appeals against ComCo decisions in 2023. The courts normally uphold ComCo's decisions, their judgments confirming that the conduct dealt with by ComCo is unlawful. These court judgments show that ComCo investigates conduct that may violate competition law thoroughly, respects the procedural rights of the parties, takes account of incriminating and exculpatory evidence and always respects the presumption of innocence.

## 2 About ComCo and the Secretariat

The **Competition Commission** (the decision-making body) is what is known in Switzerland as a 'militia' authority.<sup>1</sup> Since 1 January 2024, it has comprised thirteen members elected by the Federal Council. The majority of the Commission members are independent experts - law and economics professors and lawyers. The remaining

seats are shared by representatives of the major business associations and consumer organisations (a list of the members is provided in the Annex). ComCo meets every two to four weeks and makes important decisions in response to proposals made by the Secretariat, including with regard to fines. It held eleven full or half-day plenary sessions in 2023.

ComCo has a full-time **Secretariat** (the investigating body). This conducts proceedings under competition law, drafts ComCo's decisions and is the contact point for businesses, members of the public and authorities for all competition law questions. The Secretariat comprises four divisions, the Internal Market sector and a resources service (a list of members of the Executive Management is provided in the Annex). At the end of 2023, the Secretariat employed 73 persons (not including interns, previous year 76), most of whom are lawyers and economists and 38.3 per cent of whom are women (previous year 44.7 per cent). These 73 employees work full or part-time, occupying a total of 62.6 (previous year 65.3) full-time equivalents. The number of employees responsible for the application of the Cartel Act and the Internal Market Act (including the Executive Management) is 55 (previous year 57), corresponding to 48.4 full-time equivalents (previous year 50.7). Eighteen (previous year 19) employees work for the resources service, providing support for all the work that the authority does; this corresponds to 14.2 (previous year 14.6) full-time equivalents (these employees also work for the Federal Office for Housing and the Federal Office for National Economic Supply). The Secretariat also offered four (previous year 4) full-time positions to interns.

ComCo members completed their term of office at the end of 2023. **Armin Schmutzler** (Prof., University of Zurich) and **Winand Emons** (Prof., University of Bern) thus reached their maximum term of office at the end of 2023. **Henrique Schneider** (Swiss Union of Crafts and Small and Medium-Sized Enterprises) resigned before the end of his maximum term of office at the end of July 2023. The Federal Council elected **Igor Letina** (Prof., University of Bern), **Gerd Mühlheuser** (Prof., University of Hamburg) and **Mikael Huber** (Swiss Union of Crafts and Small and Medium-sized Enterprises) as their replacements. To ensure that Italian-speaking Switzerland is represented in ComCo, it also appointed **Mauro Nicoli** (a lawyer) as a member. Igor Letina takes over as Vice President from Armin Schmutzler, to whom special thanks are due.

**Armin Schmutzler** has been part of the three-member Executive Committee of ComCo since 2016. He fulfilled his vital role as Vice President with great commitment and motivation. He brought his extensive knowledge to bear in ComCo's proceedings and deliberations in a clear and comprehensible manner. He was adept at grasping complex and large dossiers and making them understandable for other committee members. As an economist, he also had the task of bridging the gap between theory and practice. He fulfilled this task with flying colours, contributing not only practical but also scientific knowledge to ComCo. He also used his excellent

<sup>1</sup> Switzerland operates a 'militia' system of institutionalised public service on a part-time basis.

reputation in the scientific world to ensure that the competition issues in economics that were relevant to ComCo were discussed and researched in the scientific community. Armin Schmutzler has been a mainstay of ComCo.

### 3 Key decisions in 2023

#### 3.1 Decisions of the ComCo

In its decision of 4 December 2023, ComCo concluded its investigation into **Swisscom's network expansion strategy**. With its 'Network Expansion Strategy 2025', Swisscom (Schweiz) AG changed the design of the network from the beginning of 2020 so that competitors would no longer have direct access to the network infrastructure (Layer 1 access) in areas that it is developing with fibre optics alone. In its decision, ComCo concluded that Swisscom has a dominant position in the market for access to the physical network infrastructure with fibre-optic-based transmission speeds in areas where the only fibre-optic connection is to the Swisscom network. Swisscom has abused its position by refusing layer 1 access to other telecommunications service providers, thereby restricting their technical development. Other than in objectively justified individual cases, the ComCo decision requires Swisscom within certain transitional periods to decommission or convert fibre-optic connections that are already in operation but which do not offer Layer 1 access. In addition, Swisscom is basically prohibited from building or expanding a fibre-optic network in the future in a way that makes it impossible for customers to use a Layer 1 connection from the Swisscom exchanges. In addition to these measures, Swisscom was fined around CHF 18 million. ComCo's decision can be appealed to the FAC. In this case, ComCo ordered precautionary measures when it opened the investigation in December 2020, prohibiting Swisscom from constructing its fibre-optic network in such a way as to make it impossible for third parties to obtain Layer 1 access from Swisscom's exchanges. The precautionary measures were confirmed in full by the FAC and later by the FSC (see 4.1.11).

At the end of August 2023, ComCo announced its decision of 3 July 2023 on the **Höli Liestal AG landfill**. It found that the Höli landfill had a dominant market position for non-recyclable waste within a radius of around 40 minutes' drive and had abused this position. Construction and disposal companies dispose of various types of construction waste and excavated soil in landfills, including the Höli landfill. The landfill charges and the transport costs to the landfill are decisive factors when choosing a landfill. The Höli landfill allowed its shareholders to deposit waste material on preferential conditions and thus at significantly lower prices than non-shareholders. Construction and waste disposal companies without shareholder status therefore had to pay higher charges to dispose of waste. As a result, they were made less competitive than shareholders. In addition, the Höli landfill site temporarily refused to accept material from non-shareholders. This unequal treatment prevented non-shareholders from competing with shareholders. The Höli landfill thus abused its dominant market position and was fined around CHF 1 million. The decision is legally binding.

#### 3.2 Court judgments

In its decision on **builders' supplies** for windows and French doors of 18 October 2010, ComCo identified various sanctionable price-fixing agreements between distributors of builders' supplies. Three companies appealed to the FAC, which upheld all the appeals in 2014. In turn, ComCo filed an appeal against two of these judgments with the Federal Supreme Court. The Federal Supreme Court upheld both appeals in 2017 and referred the case back to the FAC for reassessment. In its judgments of 12 December 2023, the FAC now supports the original decisions of the ComCo. The judgments are final.

ComCo conducted a total of 10 investigations into bid-rigging agreements in the canton of Graubünden. Three of these cases each dealt with a large number of construction projects, while the other seven cases dealt with up to ten rigged construction projects. The investigations include the ComCo decisions of 27 May 2019 on a multitude of unlawful agreements affecting competition involving three construction companies (**Engadin II**), of 26 March 2018 on several types of unlawful agreements between a large number of companies (**Engadin I**), and three decisions dated 2 October 2017 on unlawful agreements affecting competition relating to one construction project, with each agreement involving either two companies (**Engadin IV**) or three companies (**Engadin VI** and **Engadin VIII**):

- Bezzola Denoth AG and Implenia Schweiz AG filed an appeal against ComCo's **Engadin VI** decision with the FAC, which dismissed the appeal in its decisions of 7 December 2023 and 23 November 2023. The FAC dealt with the existence of an unlawful agreement and several sanction issues. It confirmed its recent case law on bid rigging and, as a result, the ComCo decision. One company has filed an appeal with the FSC.
- Implenia Schweiz AG in particular filed an appeal against the **Engadin VIII** decision with the FAC. In its decision of 28 November 2023, the FAC primarily had to deal with sanction issues. It confirmed its recent case law on bid rigging and the ComCo decision. Implenia has filed an appeal with the FSC.
- In its **Engadin I** decision in 2018, ComCo identified various agreements restricting competition: preliminary meetings (1997-2008); cooperation between Foffa Conrad AG, Bezzola Denoth AG and Lazzarini AG (2008-2012); 11 individual agreements (2009-2012); and cooperation agreements between Foffa Conrad AG, Bezzola Denoth AG, Lazzarini AG and Alfred Laurent AG (1999-2008). It is conservatively estimated that over 400 public and private building and civil engineering construction projects with a procurement volume of over CHF 100 million were affected by these agreements. Three companies appealed against the ComCo decision. In its three decisions dated 28 November 2023, the FAC confirmed the illegality of all the agreements. It also confirmed the safeguarding of all party rights. The FAC reduced several sanctions, in some cases substantially. These reductions were primarily due to the reassessment of voluntary disclosures. ComCo demanded a higher

level of cooperation from companies that reported their own unlawful practices than the FAC. In addition, the FAC took into account half of the compensation payment made retrospectively by a company to the canton. All the companies have filed an appeal with the FSC.

- Rocca + Hotz filed an appeal against the **Engadin II** decision, on which the FAC ruled in its decision of *26 October 2023*. According to ComCo, the construction companies rigged bids in a total of ten construction projects. The FAC held that the evidence was too weak in relation to one construction project. Otherwise, the FAC comprehensively confirmed the ComCo decision, with regard to the presentation of evidence, the probative value of voluntary disclosures, the legal assessment, the calculation of sanctions and the assessment of the affordability of the fine. The judgment is final.
- Foffa Conrad AG filed an appeal against ComCo's **Engadin IV** decision with the FAC, which dismissed the appeal in its decision of *14 August 2023*. The FAC comprehensively confirmed the ComCo decision. In particular, the FAC held that the agreement was proven and unlawful. According to the FAC, a company that reports its own unlawful conduct must co-operate throughout the proceedings before ComCo and the courts, otherwise the reduction in sanctions associated with the voluntary report will be lower. The judgment is final.

In its decision of 22 May 2017, ComCo prohibited the planned merger between **Ticketcorner** and **Starticket**, as this would potentially have led to the elimination of effective competition in a national market for third-party sales in the ticketing sector. In its decision of *12 December 2023*, the FAC dismissed Ticketcorner's appeal due to the lack of any current and practical legitimate interest in the proceedings. This is because the TX Group, as the former owner of Starticket, withdrew from the relevant transaction agreement in 2020 and sold Starticket to See Tickets in the same year.

UPC acquired the television rights for Swiss Ice Hockey Championship matches in 2016. For years, it refused to allow Swisscom to **broadcast live ice hockey**. At the end of 2020, ComCo deemed this refusal illegal under competition law and fined UPC around CHF 30 million. In its judgment of *31 October 2023*, the FAC confirmed the ComCo decision against UPC. It first held that UPC had refused for almost three years to **offer** Swisscom (Schweiz) AG or its subsidiary Blue Entertainment AG terms for broadcasting live ice hockey matches. The court considered it necessary for Swisscom to offer at least a limited range of Swiss ice hockey broadcasts in order to be able to compete effectively in the pay-TV sector. Consequently, UPC's refusal to allow Swisscom to broadcast any matches led to a restriction of competition and UPC had abused its dominant market position. The court reduced the penalty to around CHF 29.1 million, as it considered the duration of the unlawful conduct to be 5 months shorter. UPC has filed an appeal with the Federal Supreme Court.

In 2019, ComCo approved the **Gateway Basel Nord** (GBN) merger project between SBB, Hupac and

Rethmann. swissterminal AG requested ComCo under the Freedom of Information Act to grant access to the relevant unpublished documents. Although ComCo granted swissterminal access in principle, it redacted certain text passages and annexes and anonymised personal names to protect business secrets and personal data. After several intermediate stages and interim decisions, not to mention arbitration proceedings with the Federal Data Protection and Information Commissioner (FDPIC), swissterminal filed an appeal with the FAC in 2021, which the FAC dealt with in its judgment of *29 June 2023*. At issue was the redacting of several passages in various documents said to be trade secrets and the covering up of names and logos, i.e. personal data, of experts. The FAC held that the redacted passages were acceptable, with one exception, but disclosed the names and logos of the experts. Overall, ComCo won four fifths of its case. swissterminal has filed an appeal with the Federal Supreme Court.

In its judgment of *22 June 2023*, the Federal Supreme Court dismissed a **subsidiary constitutional appeal** by ComCo regarding the direct award of a contract for the expansion of a transformer station. The FSC held that ComCo is not entitled to file a subsidiary constitutional appeal on matters of internal market law, a legal issue that had hitherto not been decided. ComCo's constitutional appeal was directed against a judgment by the St Gallen Cantonal Administrative Court. This court rejected the original ComCo appeal against the award of the contract by a commune. In doing so, it did not consider in detail the breach of the procurement law rules on prior involvement and recusal rules alleged by ComCo, as the Administrative Court considered the grounds for objection to be limited in the case of such direct procedures.

On *5 June 2023*, the FAC issued its judgment on the appeal filed by CA Auto Finances Suisse SA (formerly FCA Capital Suisse SA, referred to below as 'Fiat') against ComCo's part-decision dated 26 June 2019 in relation to automobile leasing. ComCo imposed sanctions totalling CHF 30 million on ten **automobile leasing companies**. For several years, these companies exchanged information on promotional activities and the factors used in calculating leasing rates. Fiat filed both an action under administrative law and an appeal against this decision with the FAC. The action had already been rejected by the FAC. In its decision of 5 June 2023, the FAC rejected Fiat's appeal, confirmed the conclusions of the contested decision and validated ComCo's practice in relation to the exchange of confidential information between competing companies.

The FSC confirmed in a decision dated *9 May 2023* the FAC decision of *16 February 2021*, and the ComCo decision of 11 December 2017 against **Naxoo SA**. The FSC also concluded that Naxoo SA held a dominant position in the market for connecting to the telecommunications network in the city of Geneva. Naxoo had abused its position in relation to property owners, third-party system suppliers and end customers. It imposed inappropriate commercial conditions in its contracts for connecting properties, restricted opportunities to enter the market and limited technical developments. As Naxoo SA corrected certain data relating to its business figures following ComCo's decision and as these data

formed the basis for calculating the sanction, the FAC reduced the sanction imposed by ComCo from CHF 3.6 million to around CHF 3.26 million. Naxoo SA filed an appeal with the FSC against this decision. The FSC reduced the sanction from CHF 3.26 million to CHF 3.1 million because it considered that the unlawful conduct continued for 75 months instead of 85 months.

On 16 February 2023, the FAC dismissed the appeal by Concepto Watch Factory SA (Concepto) and Manufacture 2824 SA (Manufacture 2824) against the ComCo decision of 28 June 2021. ComCo had imposed a sanction on the companies because they had breached their **duty to provide information**. The FAC assessed the sanction differently from ComCo, with the result that it reduced it by CHF 5,000 to CHF 35,000.

## 4 Activities

### 4.1 Activities in various markets

The Cartel Act and the Internal Market Act apply to all markets. As a result, the activities of ComCo and the Secretariat cover various sectors. Each year, the ComCo Secretariat receives several hundred reports and enquiries from members of the public, public authorities, businesses, federations, etc. On average, these reports and enquiries result in 80–90 cases each year. Around 75 per cent of these are small informal market monitoring procedures, some 18 per cent are medium-sized cases ('preliminary investigations') and about 7 per cent are larger cases ('investigations').<sup>2</sup> **The following remarks** present the most important findings from these proceedings and from cases in which advice was provided, opinions were submitted on national legislation or other forms of assistance were given, broken down by market sector. Information is also given on newly opened preliminary investigations and full investigations

#### 4.1.1 Automotive sector

On 1 January 2024, the Federal Council's Motor Vehicle Ordinance (MV Ordinance) replaced the ComCo's **Motor Vehicle Notice** (MV Notice). The Federal Council thus implemented the Pfister motion 'Effective enforcement of the Cartel Act in motor vehicle trading' (18.3898), which Parliament adopted in March 2022. In particular, the MV Ordinance regulates restrictions on parallel imports, access to spare parts and technical information for independent garages, multi-brand sales by garages and cancellation procedures for the protection of dealers. It does not contain any significant changes in content when compared with ComCo's MV Notice, but is binding not only on the competition authorities, but also on the courts. On 4 December 2023, ComCo issued its **Guidelines on the MV Ordinance**. These are intended to help companies understand the rules. The Guidelines also took effect on 1 January 2024 and replace the guidelines for the MV Notice.

In the automotive sector, certain vehicle suppliers are considering switching from sales through independent dealers (the dealer model) to sales through intermediaries (the **agency model**). Under the agency model, the vehicle supplier can fix the sales prices for the agents, provided the supplier covers all the agents' essential costs and risks (so-called genuine agency). In April

2023, a motor vehicle supplier notified ComCo of its planned agency model under the *opposition procedure*. ComCo analysed the agency model based on the test criteria set out in the EU vertical guidelines. Because it remained unclear whether the motor vehicle supplier is in fact going to bear all the agents' essential costs and risks and thus whether the motor vehicle supplier's price specifications could lead to unlawful vertical price-fixing agreements, the Secretariat opened a preliminary investigation in September 2023. The purpose of the *preliminary investigation* is to examine the allocation of costs and risks under the agency model in more detail.

In the *consultation* on an **online comparison platform for fuel prices at petrol stations**, the Secretariat assessed whether it is permissible under competition law not only for consumers but also for petrol station operators to report their fuel prices in real time to the TCS comparison platform. This platform can be used to check fuel prices, primarily for petrol and diesel, charged by petrol station operators in Switzerland. The ComCo Secretariat concluded that the provision of current fuel prices from both consumers and operators on the TCS comparison platform leads to an exchange of competitively sensitive price data. In the Secretariat's view, this leads to a certain risk of collusion, which could lead to unlawful price-fixing agreements between the petrol station operators in certain cases. This risk of collusion can be significantly reduced if only the most favourable fuel prices of the petrol station operators are published, rather than all of them.

#### 4.1.2 Construction industry

In its decision against Deponie Höli Liestal AG, ComCo found that the company had abused its dominant market position in **the landfill sector** (see Section 3.1). This concluded the *investigation* opened in 2021.

In July 2021, the canton of Fribourg issued a call for tenders for some thirty contracts relating to clearing snow from and salting cantonal roads, and then suspended a number of procedures after receiving inexplicably high bids between March and April 2022. Six contracts were the subjects of appeals to the cantonal court. In its decision in December 2022, the cantonal court found that the prices in the bids submitted were manifestly excessive and that there may have been collusion between bidders. In April 2023, the COMCO Secretariat opened a preliminary investigation. The purpose of this investigation is to determine whether there is any evidence of collusion between certain companies in the canton of Fribourg with regard to the provision of **winter services**.

In February 2023, the Secretariat completed a *market monitoring procedure* on in the '**Objektschutz**' case relating to wall and floor coverings. In the case of larger properties, various building material suppliers send a notice known in German as an 'Objektmeldung' or 'Objektschutzmeldung' to the manufacturers of ceramic wall and floor coverings. In this way, the supplier notifies the manufacturer that it has advised the property owner and recommended the manufacturer's ceramic wall or floor tiles. At the same time, the supplier asks the manufacturer to provide it with a quote for the products and a delivery guarantee for the planned period. The manufac-

turer usually offers the building materials supplier an additional discount or a special price for advising the property owner and providing samples of the manufacturer's products. The supplier's notice to the manufacturer ('Objektmeldung') allows the manufacturer to plan production and supply capacities and to avoid reserving capacities for the same project multiple times. There were no indications that manufacturers were giving undertakings to building material suppliers to grant the best terms for the specific property to the building material supplier that was first to submit a notice. Furthermore, in this specific case, the wall and floor coverings from the various manufacturers were interchangeable. Overall, there were insufficient indications that suppliers' notices to manufacturers restricted competition between building materials suppliers.

In November 2023, the ComCo Secretariat opened two new *investigations*: one concerns alleged **bid rigging** in the canton of Neuchâtel. There are indications that several companies coordinated their bids and prices in public and private tenders for construction and civil engineering projects. The second investigation concerns the **steel trade**. It is suspected that three steel traders are linking the sale of reinforcing steel to the simultaneous purchase of spacer cages. In particular, the three companies appear to demand higher prices for reinforcing steel if construction companies want to purchase spacer cages and reinforcing steel from different dealers.

#### 4.1.3 Retail trade and consumer goods industry

In February 2023, the Secretariat concluded its *preliminary investigation* into the **Coop's payment processing** via Markant. The preliminary investigation revealed indications that the Coop holds a dominant position in certain procurement markets for everyday consumer goods. There were also indications that the Coop's conditions for processing payment transactions with suppliers via Markant were unlawful. The Secretariat subsequently confronted the Coop with its concerns, recommending that the Coop allow the cost-neutral processing of payment transactions with suppliers as it did before 2021. The Coop decided to implement these proposals by cancelling the Markant contract at the end of 2023. The Secretariat therefore terminated the preliminary investigation. It decided not to continue its enquiries into whether and in which procurement markets Coop actually had a dominant market position and whether Coop abused this position. This would have been clarified if a full investigation had been carried out. Instead, the Secretariat considered it more expedient to resolve the competition law problems by making proposals.

In the *advice* that it provided on **data platforms in the sports industry**, the Secretariat assessed the exchange of data between manufacturers, wholesalers and retailers via a platform with optimised digital processes. The Secretariat recognised two problematic issues: firstly, the data platform must ensure that no competitively sensitive information can be exchanged between competitors - at supplier or retailer level. Secondly, (non-binding) electronic price recommendations from suppliers which are fed directly into the retailer's checkout system can lead to price-fixing agreements. However, the electronic

transmission of individual cost prices is permitted if it is ensured that the traders set their own sales prices.

In March, ComCo opened an *investigation* into **fragrances**. It is suspected that producers of fragrances have been coordinating their pricing policy, preventing their competitors from supplying certain customers and restricting the production of certain fragrances. Fragrances are used in the manufacture of numerous products, in particular cosmetics and personal care products as well as detergents and cleaning agents.

In June, ComCo opened an investigation into the **online trade in printer accessories and office supplies**. There are indications that two wholesalers of printer accessories and office supplies have influenced the resale prices of various online retailers. As a result, the companies involved may have entered into vertical price-fixing agreements that are illegal under competition law.

#### 4.1.4 Energy

In the **gas sector**, the Secretariat had to deal with several informal enquiries regarding grid access requests from third-party suppliers in 2023 (see also Section 8.2). As part of *market monitoring procedures*, it ensured that third-party suppliers are granted grid access so that they can supply end customers. In spring 2023, the Secretariat also drafted an opinion in the *official consultation* on a discussion paper to the Federal Council with the key points of the new Gas Supply Act. In addition, the Secretariat commented on the 2023/24 concept report of the Winter Supply Task Force in relation to a partial revision of the Ordinance on Securing Supply Capacities in the Event of a Serious Shortage of Natural Gas. For further activities, see also Sections 8.2 and 8.4.

Due to the **energy crisis** that arose with the start of the war in Ukraine in spring 2022, various new legislative bills relating to the **electricity and gas sector** were also initiated at federal administration level in 2023 in order to ensure **security of supply** in winter. The competition authorities drafted a number of *opinions* on the electricity reserve in parallel legislative projects at primary and secondary legislative levels. The Secretariat also commented in *official consultations* with the Federal Office for National Economic Supply (FONES) regarding management measures during an electricity shortage and data monitoring in a partial revision of the Ordinance on the Organisation of the Gas Industry to Secure the National Economic Supply (VOGW). In all of these consultations, the Secretariat and ComCo advocated regulatory measures that are as competition-neutral and non-discriminatory as possible, and fair cost apportionment.

In the **electricity sector**, a new Federal Act on the Supervision and Transparency of Wholesale Energy Trading was drafted and submitted to Parliament. Its content largely corresponds to the requirements at EU level (REMIT Regulation). In order to effectively penalise system-damaging behaviour, the Secretariat and ComCo supported the creation of new criminal provisions in the Swiss law on insider trading and market manipulation. From a competition perspective, however, the competition authorities were critical of the obligation to publish insider information, also taken from EU law, particularly on the capacity and utilisation of facilities to generate,

store, consume or transport electricity and gas. Due to the existing oligopolies in the markets for electricity production and trading in Switzerland, the increased transparency resulting from the publication obligations imposed on the major market players regarding the capacities and utilisation of their infrastructure could harm competition. In addition, the competition authorities drafted various *opinions* on several draft ordinances in relation to legislation on electricity supply and the energy sector.

#### 4.1.5 Financial markets

On 19 March 2023, the Swiss Financial Market Supervisory Authority (FINMA) approved the early completion of the *merger* between **UBS** and **Credit Suisse** on the grounds that there was good cause to do so. In the case of mergers between banks as defined in the Banking Act, FINMA may, in exceptional cases, exercise its decision-making powers under merger control law if it considers a specific merger to be necessary in order to protect creditors. In such cases, it invites ComCo to issue an *opinion*. In view of this, the Secretariat investigated the competition situation in the relevant markets on behalf of FINMA and, on this basis, ComCo assessed the effects of the merger on competition in its opinion dated 25 September 2023.

The Secretariat provided advice in relation to financial markets on several occasions. Sustainability was also a topic, for example when **advising the Swiss Bankers Association (SBA)**. The Secretariat reviewed the SBA's two self-regulatory documents in the area of sustainable finance ('Guidelines for financial service providers on the integration of ESG preferences and ESG risks into investment advice and portfolio management' and 'Guidelines for mortgage providers on the promotion of energy efficiency', in force since 1 January 2023). These guidelines on self-regulation, which were introduced in response to the Federal Council guidelines on sustainability in the financial sector, include obligations to inform customers about sustainability and to take the energy efficiency of properties into account during discussions with customers. The guidelines are binding for all SBA members and affiliation is possible for non-members. Because industry agreements of this kind regularly bind numerous players in a particular sector, there is often a certain tension with competition law. In this specific case, the Secretariat concluded that the two sets of guidelines on self-regulation are compatible with competition standards. Self-regulation will create minimum standards that apply to a significant part of the industry. However, the players retain their freedom to determine the relevant competition parameters. Customers also have the option of waiving this advice in advance.

On 29 June 2023, ComCo opened two *investigations* into **interchange fees for debit cards**. The aim is to find long-term solutions for the interchange fees for Visa and Mastercard debit cards. One investigation was opened against Visa and the other against Mastercard. The starting position in each case is different. A swift agreement and a decision in the form of an amicable settlement with Mastercard is on the horizon. There are differences with Visa that need to be clarified in more detail. The subject of the proceedings in both cases is

the domestic interchange fee. This is the fee that a Swiss card issuer (usually a bank) receives from the payment processor (the acquirer) when the debit cards it issues are used. It is then deducted by the acquirer as part of its merchant commission from the sum received by the company that accepts the card during the payment process (typically a merchant), whereby the interchange fee is only one of numerous components of the merchant commission. The competition authority has only authorised an interchange fee for the market launch phase of the new Visa and Mastercard debit cards. This phase was completed when each of the companies achieved a market share of 15 per cent.

#### 4.1.6 Healthcare

The canton of Zurich's decision to convert the **cantonal pharmacy** into a company limited by shares and then sell it to the University Hospital was the subject of a *market monitoring procedure*. The results of this market monitoring procedure are relevant for planned mergers involving a state-owned company and are therefore of interest to cantons and communes. In the case of *merger plans*, the question arises in certain cases as to whether companies belonging to a canton are to be regarded as autonomous entities and thus economically independent companies or as a single economic unit with the canton. The decisive factor here is whether the canton can exert **a decisive influence** on the business activities of the companies. If this cannot be ruled out, for example because the law permits it to do so, it should typically be assumed that there is a single economic entity. In cases such as the following four, it must be examined whether the canton is to be regarded as in control: 1) a canton decides to buy a company or part of a company from a private company or another canton, 2) a canton establishes a joint venture with another canton or with a private company, 3) a canton accepts a controlling interest by other companies or cantons in the ownership of a company formerly controlled by the canton. Mergers 4) involving state-owned companies are therefore treated in the same way as those involving private companies and are subject to the Cartel Act.

#### 4.1.7 Agriculture

The Secretariat assessed a **producer association for Swiss hops** made up of Swiss hop farmers as part of an *advisory procedure*. It concluded that the planned sale of all the hops by the managing director of the producer association could be regarded as a horizontal price-fixing agreement between the hop growers and that this agreement significantly restricts competition. However, this price-fixing agreement is justified for reasons of economic efficiency and therefore permissible if the sale of the entire hop crop by the managing director is necessary in order to market the hops more cost-effectively. The Secretariat did not consider the planned joint quality control of hops to be an agreement affecting competition and therefore it is permissible if it does not result in the exchange of sensitive data, for example by sharing data on individual production volumes. Although the planned joint processing of the hops qualifies as an agreement affecting competition, it is within the 'safe haven' for micro-enterprises under the SME notice and is therefore permissible.

#### 4.1.8 Media

In January 2023, ComCo opened an *investigation* into the French publishing group **Madrigall**. In September 2022, Payot, a bookseller operating in French-speaking Switzerland, reported Madrigall to the ComCo Secretariat for an alleged abuse of relative market power. It is alleged that Madrigall prevents the purchase of books in France at the customary prices and conditions there (see also 8.5).

The Secretariat conducted a *preliminary investigation* into **Google News** in response to allegations of unlawful behaviour. The substance of the allegations was that no articles from the news portal toggenburg24.ch could be found on Google News. In contrast, practically all articles from competitors were displayed on Google News. This non-listing on Google News allegedly puts toggenburg24.ch at a direct disadvantage compared with its competitors. Google argued that it had a considerable interest in providing Google News users with a broad and diverse range of news. However, in order to be recognised as a news site, certain minimum requirements had to be met, which toggenburg24.ch did not fulfil. Ultimately, it was accepted as a legitimate business reason that Google requires that certain minimum requirements be met for news sites to be listed on Google News, as long as these are not unreasonable. Overall, there were no indications of unlawful behaviour.

#### 4.1.9 Postal services

In November 2023, ComCo decided to conduct an in-depth investigation into the *plan announced for a merger* between **Swiss Post** and **Quickmail Holding AG** based on the results of the preliminary investigation. Through its two subsidiaries, Quickmail AG and Quickpac AG, the Quickmail Group delivers letters, unaddressed items (e.g. advertising flyers), newspapers, magazines and parcels throughout Switzerland. The preliminary review revealed indications that the takeover of the Quickmail Group by Swiss Post will create or strengthen a dominant position in various markets. Swiss Post argues that this is a restructuring takeover and that the negative effects on competition that may result from the merger would also result without the merger. ComCo prohibited the merger on *15 January 2024*, as it would strengthen or create a dominant position in various markets, eliminate competition in these markets and that there is a more competition-friendly alternative to the takeover by Swiss Post in the form of the takeover of the bankrupt Quickmail Holding AG by a different buyer.

The two *market monitoring procedures* opened in 2022 in connection with the business activities of **Swiss Post** were terminated in 2023. At the time of the assessment, there were insufficient indications of unlawful conduct on the part of Swiss Post that would have justified carrying out a preliminary investigation or a full investigation. It was also pointed out that it is not the responsibility of the Secretariat or ComCo to assess the regulatory issue of the extent to which state-owned companies are allowed to compete with private companies. The market monitoring procedures essentially concerned allegations of unlawful cross-subsidisation and tying transactions, as well as allegations of passing on data from the monopoly sector and discrimination against business partners.

#### 4.1.10 Sport

On 16 December 2022, the Fédération Internationale de Football Association (FIFA) adopted the **FIFA Football Agent Regulations** (FFAR). On 7 March 2023, a complaint against FIFA was filed with the supervisory authority in relation to the adoption of the FFAR. The FFAR introduces a cap on the remuneration of players' agents, as well as rules on being able to represent several parties at the same time. The complaint was accompanied by a request for interim measures, aimed at stopping the FFAR from coming into force, as scheduled for 1 October 2023, with regard to the contested provisions. After analysing the situation, the Secretariat decided not to request ComCo to order interim measures, as the requirements for doing so had not been met. However, it has opened a preliminary investigation, the aim of which will be to analyse the compatibility of some of the FFAR provisions with Swiss competition law.

#### 4.1.11 Telecommunications

In its decision of *4 December 2023*, ComCo concluded its *investigation* into **Swisscom's network expansion strategy** (see 3.1 and 8.2).

#### 4.1.12 Transport

In the areas of **passenger transport** and **freight transport**, the Secretariat and ComCo have issued several opinions on regulatory proposals within the framework of *official consultations* and *consultations* (see 8.4 below).

#### 4.1.13 Other activities

##### a. Relative market power

The new provisions on relative market power came into force on 1 January 2022. They are based on the Fair Prices Initiative and are intended to stop Switzerland from being an 'island of high-prices' (see Section 8.5 below). To make it easier for companies to report cases and to enable the ComCo Secretariat to triage cases, the competition authorities published a factsheet on relative market power and provided a notification form to report abuses in December 2021.

The huge rush of reports discussed in Parliament failed to materialise in the second year after the provisions came into force: in 2023, the competition authorities received seven completed notification forms and around ten other reports and enquiries from citizens relating to relative market power. The notification forms, reports and citizens' enquiries submitted related to a wide variety of sectors. Very often, the issue was an alleged abuse of relative market power in the relationship between a manufacturer and a retailer.

The reports received in 2023 regarding the abuse of relative market power did not result in the opening of any *investigations* or *preliminary investigations* in 2023. There are various reasons for this: in the majority of cases, the information given by the companies and individuals making the reports did not contain sufficient evidence of an abuse of relative market power in violation of competition law. However, there were also cases where companies did not pursue their complaint after initially contacting the Secretariat and, for example,

failed to submit a completed notification form despite being requested to do so by the Secretariat. This may be due in some cases to the fact that the notifying company was satisfied with the Secretariat's preliminary assessment and was able to reach an agreement with the company concerned.

### b. Vertical agreements

In December, the Secretariat terminated the *preliminary investigation* into **metal cutting tools** without consequences. The suspicion that the companies may have entered into sanctionable price, customer and territorial protection agreements was not substantiated in the preliminary investigation. The Secretariat considered it permissible for the Swiss distribution company of an internationally active manufacturer of metalworking tools to pass on certain of its previous customers to other dealers. In order to set up this dual distribution system, the distribution company was allowed to provide the dealers on a one-off basis with confidential information, primarily on sales prices that the distribution company had previously charged to these customers. When tools are shipped directly from the manufacturer's warehouse abroad to the dealers' customers, there is an exchange of information between the distribution company and the dealers about the dealers' customers and the products and quantities purchased. The Secretariat also judged this exchange of information to be permissible, as the scenario under investigation did not give rise to any fears of adverse effects on competition.

In December, the ComCo Secretariat opened a *preliminary investigation* into a distribution system for fire extinguishers. The supplier sells the fire extinguishers via agents as part of an agency model but also sells to end customers itself. It is suspected that this is not a genuine agency model (see 4.1.1) and that there are unlawful vertical price-fixing agreements and territorial protection clauses.

As part of *market monitoring procedures* following suspicions of vertical price-fixing agreements and foreclosure of the Swiss market, the Secretariat drew the attention of the companies concerned to the competition concerns and recommended sending circulars to sales partners and training for employees, making it clear that unsolicited orders from customers in Switzerland can be accepted without restriction and that distributors are free to set their own prices.

### c. Investigations

Four house searches were carried out in the report year. In the investigation into fragrances (see 4.1.3), the house searches and interrogations were coordinated with other competition authorities from the outset. Before and during the operation, exchanges took place with the European Commission, the US Department of Justice Antitrust Division (DoJ) and the UK Competition and Markets Authority (CMA). Practical aspects were coordinated, for example with regard to the timing of the operation, the regulation of possible conflicts when securing the electronic data or the timing and content of the press release. Potential legal issues were also discussed and resolved (e.g. cautioning persons who are questioned as witnesses in Switzerland but who could face criminal

prosecution in the USA). As the headquarters of two of the four major fragrance producers are located in Switzerland, the contribution of the Swiss authority was crucial to the organisational success of the entire operation. For the remainder of the investigation, the exchange with the European Commission can be continued on the basis of the bilateral cooperation agreement. Under this agreement, each side can also hand over evidence they find to the other.

The other house searches concerned investigations into online trading in printer accessories and office supplies (see 4.1.3), steel trading (see 4.1.2) and construction companies in the canton of Neuchâtel (see 4.1.2).

## 4.2 Internal market

The Internal Market Act (IMA) guarantees free and equal market access throughout Switzerland. In intercantonal cases, market access must be granted in accordance with the place of origin principle (the 'Cassis de Dijon principle'). On 5 June 2023, ComCo provided an expert report on the question of the conformity of the ban on **single-use plastic** in catering establishments in the canton of Geneva with the IMA. For non-cantonal providers, this ban may conflict with the right to market access in accordance with the Cassis de Dijon principle. ComCo considered the restriction of market access resulting from the ban to be justifiable in principle on the basis of a balancing of interests in application of the IMA.

The Cantonal Court in Vaud confirmed the application of internal market law to market access for an **out-of-canton Spitex organisation** in a final judgment dated 14 August 2023. The practice of the Vaud Department of Health did not comply with the IMA. The Cantonal Court followed the ComCo's *expert report* of 30 January 2023 in its deliberations.

The transfer of cantonal and communal monopolies to the private sector must be carried out on the basis of the Internal Market Act by means of a non-discriminatory public tender. The case law also considers limited exclusive rights of public authorities as monopolies under internal market law. The awarding of concessions by monopolies where it is in the public interest has been subject to the revised public procurement law since 1 January 2021. Accordingly, the Secretariat analysed these issues in *market monitoring procedures*. Further market monitoring procedures in the area of monopoly transfer concerned the letting of **catering facilities** in the city of Zurich as well as the **funeral and taxi industry** in several cantons and communes.

In 2021, ComCo recommended that the procurement of **electricity** by certain local authorities be put out to public tender. The Secretariat is carrying out several *market monitoring procedures* on this issue. The upcoming changes to electricity supply legislation also had to be taken into account. Due to the price situation in the electricity market, which is still tense, no further measures are being taken at present, but in the medium term, outstanding legal issues should be clarified by the courts. The Secretariat is committed to ensuring that the revised procurement law and the Intercantonal Agreement on



Public Procurement (IVöB 2019) are implemented in accordance with internal market law.

## 5 International

**EU, UK, USA:** Based on the cooperation agreement between Switzerland and the EU, ComCo exchanged information with the EU Commission in parallel investigations in the healthcare and financial sectors. In relation to fragrances, ComCo coordinated house searches in consultation with the EU Commission, the Antitrust Division of the US Department of Justice and the UK Competition and Markets Authority (see 4.1.13 c).

**Germany:** The agreement on cooperation between ComCo and the German Bundeskartellamt (Federal Cartel Office) came into force on 1 September 2023. Modelled on the cooperation agreement concluded between Switzerland and the EU in 2013, the agreement with Germany allows, in particular, the coordination of proceedings and the exchange of confidential information in parallel proceedings. The possibility of exchanging information gives the agreement the character of a 'second generation' agreement. In one respect, the agreement with Germany goes even further than the agreement with the EU. This is because the issue of the service of official documents was settled with Germany: ComCo can serve official orders on companies in Germany via the Bundeskartellamt, without requiring a registered office or domicile for service in Switzerland. A solution of this kind was not possible with the EU, as the service of official orders on companies in EU member states is the responsibility of these states. If the addressee of the order has neither a registered office in the EU nor a domicile for service in Switzerland, service must be effected through diplomatic channels. The solution with Germany therefore represents considerable added value for ComCo.

**OECD:** The ComCo president attended the OECD Competition Week in Paris in June, and Secretariat staff took part online. The following topics were discussed, among others: assessing and measuring the benefits to competition achieved by competition authorities, the future of leniency programmes, the relationship between competition and innovation, theories of harm from digital mergers, algorithmic collusion and algorithmic competition, competition and sustainability considerations in the circular economy, and the pros and cons of the consumer welfare standard. The following topics were discussed at the OECD Competition Week in December, in which Secretariat staff took part online: competition and professional sport, the optimal organisation and powers of competition authorities, the role of innovation in competition law enforcement, serial acquisitions and industry roll-ups, consideration of out-of-market efficiencies in competition law enforcement, the use of economic evidence in competition cases and the ex-post assessment of merger conditions.

**ICN:** The ComCo president attended the 22nd ICN Annual Conference in Barcelona together with the Director and the ICN Coordinator. The Secretariat took part in various ICN surveys and contributed to various ICN reports in 2023. The Secretariat was particularly active in the area of challenges and opportunities in investigating cases using innovative digital means. In particular, em-

ployees of the Secretariat participate in the newly founded Technologists Group in order to take part in the exchange of information and knowledge in the digital field.

**UNCTAD:** The ComCo Secretariat took part in the UNCTAD Annual Conference in Geneva in July 2023. Participation in the working group on cross-border cartels continued in close cooperation with SECO. The mandate for this working group was extended by one year, and expanded to include combating bid rigging in public procurement as an item for discussion. The ComCo Secretariat shares the expertise it has acquired in the area of bid rigging with foreign competition authorities within the framework of the working group.

## 6 Legislation

On 24 May 2023, the Federal Council adopted a draft bill and the dispatch on the **partial revision of the Cartel Act**. The proposed revision is intended to improve the effectiveness of the Cartel Act and implement three parliamentary initiatives. Key elements are the strengthening of civil competition law, the improvement of the objection procedure and the modernisation of merger control. The change from the current qualified market dominance test to the significant impediment to effective competition test (SIEC test) is intended to bring the competition review standard for mergers into line with international practice. The project is also intended to implement the demands of the three motions 16.4094 Fournier, 18.4282 Français and 21.4189 Wicki. In the autumn of 2023, the Council of States Economic Affairs and Taxation Committee began detailed deliberations. The debate in the chambers of Parliament is planned for 2024. The GS-EAER and SECO are in charge of the partial revision of the Cartel Act in the Federal Administration. The ComCo Secretariat is involved in the work.

**A reform of the competition authorities** (institutional reform) is not part of this partial revision of the Cartel Act, but will be tackled in parallel. On 1 May 2023, the EAER, mandated by the Federal Council, appointed a commission of experts independent of the Federal Administration, which is chaired by Professor Hansjörg Seiler, a former federal judge. The commission has drawn up the fundamentals required for a well-founded and broad-based reform of the competition authorities. It assessed specific models for the organisation of the authorities and courts with regard to the duration of proceedings, the effective protection of competition and compatibility with the Federal Constitution and the ECHR. The commission's report will serve the EAER as a basis for developing a strategy for reforming the competition authorities. The EAER is to submit a detailed proposal to the Federal Council in the first quarter of 2024.

The current status of other **parliamentary procedural requests** relating to the Cartel Act and the Internal Market Act is as follows:

- **Motion 16.4094 Fournier** of 15 December 2016 'Improve the position of SMEs in competition proceedings' was implemented by the Federal Council in the partial revision of the Cartel Act by proposing deadlines for administrative proceedings related to compe-

- tion law and the reimbursement of party costs even in first instance administrative proceedings.
- To fulfil the **motion 18.4282 Français** of 13 December 2018 ‘The revision of the Cartel Act must take account of both qualitative and quantitative criteria in assessing the illegality of an agreement restricting competition’, the Federal Council submitted an amendment to Articles 4, 5 and 27 of the Cartel Act with regard to joint ventures, quantitative criteria of materiality and minor cases to Parliament as part of the revision of the Cartel Act.
  - **Motion 21.4189 Wicki** of 30 September 2021 ‘Safeguard the inquisitorial principle – do not reverse the burden of proof in the Cartel Act’ will be implemented in the partial revision through corresponding declaratory provisions in the Cartel Act.
  - Based on **motion 18.3898 Pfister** of 27 September 2018 ‘Effective implementation of the Cartel Act in the motor vehicle sector’, the Federal Council drafted an ordinance. This came into force on 1 January 2024.
  - **Motion 22.3838 Gugger** of 17 June 2022 ‘Stop the unilateral introduction of the agency model in the motor vehicle market’ has not yet been dealt with in the Councils.
  - **Motion 22.3885 National Council Economic Affairs and Taxation Committee** Motion of 15 August 2022 ‘Preliminary investigation of the Competition Commission Secretariat or Competition Commission investigation into competition issues in relation to thermal and motor fuels’ was rejected by the Council of States on 15 June 2023 and is therefore closed.
  - **Motions 22.3976 Maitre** and **22.3977 de Quattro** of 22 September 2022 ‘Ban interchange fees for payments with debit cards’ have not yet been dealt with in the Councils.
  - **Motion 22.4404 Rechsteiner** of 14 December 2022 ‘Speed up procedures - increase legal certainty’ calls for the investigation phase by the ComCo Secretariat (i.e. from the opening of proceedings until the Secretariat submits its proposed decision to ComCo) to take no more than one year, with the possibility of a one-year extension. The proposal has not yet been discussed in the Councils.
  - **Motion 23.3069** of 8 March 2023 ‘Digital Markets Act for Switzerland’ by the **Social Democratic parliamentary group** wants to instruct the Federal Council to propose the legislative amendments required to implement the key objectives of the European Digital Markets Act (DMA) in Switzerland. The proposal has not yet been discussed in the Councils.
  - **Motion 23.3224 Français** of 16 March 2023 ‘Institutional reform of the Competition Commission’ calls for a review of ComCo's structure, its prerogatives and resources, and for a functional separation of its roles as prosecutor and judge. The proposal will be dealt with by the Council of States as the first chamber.
  - **Motion 23.3487 Romano** of 12 April 2023 ‘The Credit Suisse case. Examine all possible measures to safeguard jobs in Switzerland’ requires the Federal Council and FINMA to take all possible steps to ensure that ComCo initiates an in-depth inquiry under Article 33 of the Cartel Act. The proposal has not yet been discussed in the Councils.
  - **Motions 20.3531 Caroni / 20.3532 Rieder** of 8 June 2020 ‘Fairer competition vis-à-vis state-owned companies’ aimed to propose the legislative amendments required to curb distortions of competition by state-owned companies. On 15 September 2023, the Federal Council announced that the demands of these two motions are to be implemented by amending the Corporate Governance Guidelines. Both motions were referred to the Federal Council.
  - **Postulate 19.4379** of the **Economic Affairs and Taxation Committee of the Council of States** of 18 October 2019 ‘A fair procedure for access to closed cantonal markets’ instructed the Federal Council to analyse Article 2 paragraph 7 of the Internal Market Act and identify possible options for improvement. The Federal Council's report of 18 October 2023 concluded that the existing legal provisions had contributed to the opening of closed markets and saw no need for further legal action at that time.
  - Mention should also be made of the **interpellations 22.3707 Estermann** of 16 June 2022 (‘Necessary corrections in the healthcare system? (4)'), **23.3469 Gigon** of 11 April 2023 (‘New megabank Credit Suisse/UBS. How must we adapt our legislation to ensure competition?’), **23.3736 Gigon** of 15 June 2023 (‘Extension and monitoring of the ban on geo-blocking’), **23.4114 Hess** of 27 September 2023 (‘Initial assessment of the implementation of the Fair Prices Initiative’), **23.4128 Gössi** of 28 September 2023 (‘Effectiveness of the reporting obligation for dominant companies pursuant to Art. 9 para. 4 of the Cartel Act’), **23.4299 Addor** of 29 September 2023 (‘Merger UBS-CS: And the Competition Commission?’), **23.4513 Gugger** of 22 December 2023 (‘Big Tech: Abuse of market power vis-à-vis SMEs and hospitals’) and **23.4416 Maître** of 20 December 2023 as well as **postulate 23.3738 Gigon** of 15 June 2023 (‘Status and development of Switzerland as a high-price island - for consumers and SMEs’).

## 7 Statistics

The following statistics provide an overview of the work of ComCo and its Secretariat in 2023:

	2023	2022	2021
Investigations			
Conducted during the year	25	19	20
Investigations carried forward from the previous year	18	16	16

Newly opened investigations	7	3	4
Investigations resulting from splitting up existing investigations	0	0	0
Final decisions	2	1	4
Amicable settlements	0	1	3
Administrative rulings	1	1	2
Sanctions pursuant to Art. 49a para. 1 Cartel Act	2	1	4
Partial decisions	0	0	0
Procedural rulings	2	1	2
Other decisions (concerning publications, fees, access to files, etc.)	3	1	2
Interim measures	0	0	1
Sanctions proceedings under Art. 50 ff. Cartel Act		1	2
Preliminary investigations			
Conducted during the year	17	14	11
Investigations carried forward from the previous year	10	8	7
Newly opened investigations	7	6	4
Concluded preliminary investigations	8	5	3
Investigations opened	3	0	1
Modification of conduct	3	4	1
No consequences	2	1	1
Other activities			
Notifications under Art. 49a para. 3 let. a Cartel Act	2	5	1
Advice given	29	14	33
Market monitoring procedures concluded	48	52	48
Freedom of information applications	18	22	10
Other enquires dealt with	500	511	519
Mergers			
Notifications	33	49	31
No objection after preliminary investigation	32	49	31
Investigations	2	0	0
ComCo decisions after investigation	0	0	0
Authorisation refused	0	0	0
Authorisation with conditions / requirements	0	0	0
Authorisation without reservations	0	0	0
Early implementation	0	0	0
Appeal proceedings			
Total number of appeals before the FAC and FSC	31 (67)	35 (88)	39 (92)
FAC judgments	11 (16)	6 (31)	11 (15)
Success for the competition authority	9 (14)	4 (10)	8 (12)
Partial success	2 (2)	2 (6)	2 (2)
Unsuccessful	0 (0)	0 (3)	1 (1)
FSC judgments	1 (1)	5 (7)	5 (12)
Success for the competition authority	1 (1)	4 (4)	4 (11)
Partial success	0	1 (2)	1 (1)
Unsuccessful	0	0 (1)	0 (1)
Pending at the end of year (before FAC and FSC)	24 (56)	29 (69)	30 (71)
Expert reports, recommendations and statements etc.			
Expert reports (Art. 15 Cartel Act)	0	1	0
Recommendations (Art. 45 Cartel Act)	0	0	0
Expert opinions (Art. 47 Cartel Act, 5 para. 4 PMA or 11a TCA)	0	0	2
Follow-up checks	0	0	0
Notices (Art. 6 Cartel Act)	0	1	0

Opinions (Art. 46 para. 1 Cartel Act)	318	327	335
Consultation proceedings (Art. 46 para. 2 Cartel Act)	13	14	11
State aid assessments	0	0	1
Internal Market Act			
Recommendations / investigations (Art. 8 IMA)	0	0	1
Expert reports (Art. 10 IMA)	2	1	4
Market monitoring / consultations / other completed enquiries	52	62	68
Complaints (Art. 9 para. 2 <sup>bis</sup> IMA)	0	3	1

The following key findings emerge from the statistics for 2023 and a comparison with the figures for 2022 and 2021:

- Investigations: ComCo opened 7 new investigations and - as in the previous year - closed a small number when compared with other years.
- Preliminary investigations and market monitoring procedures: The number of preliminary investigations increased slightly. The market monitoring procedures carried out were in line with the average for the past 5 years.
- Mergers: As in the last two years, an above-average number of mergers were reported to ComCo. These reports tied up resources that would otherwise have been used primarily in investigations.
- Appeals<sup>3</sup>: As in the previous year, the courts, especially the FAC, issued an above-average number of decisions last year<sup>4</sup>. The courts thus made a decisive contribution to legal certainty. The courts largely confirmed the ComCo rulings.
- Expert reports, recommendations and opinions: While the number of expert reports and recommendations remained very low, the competition authorities continued to carry out a great deal of regulatory work. Individual services invested a considerable proportion of their resources in commenting on draft laws and ordinances.
- IMA: As in previous years, the ComCo Secretariat dealt with a large number of internal market issues in view of the limited resources available. Accordingly, the number of consultations and market monitoring procedures remains high.

## 8 Special topic 2023: Combating market foreclosures and excessive prices

Prices in Switzerland are higher in various markets than in neighbouring countries. The price differences can be partly explained by higher wages and infrastructure costs, together with consumer behaviour. However, they are also due to market-restricting and anti-competitive laws (e.g. trade barriers) and unlawful behaviour on the part of businesses. ComCo advocates more competition and opposes restrictive regulations; it seeks to open up markets and combat unlawful behaviour. In recent years, ComCo has focused on combating agreements to foreclose the Swiss market as well as price maintenance and price fixing agreements.

## 8.1 Combating vertical foreclosure and resale price maintenance

As part of the 2003 revision of the Cartel Act, Parliament defined two types of vertical agreements for the first time, **territorial protection agreements and price maintenance agreements**, as particularly harmful (hard) agreements affecting competition. As a result, ComCo has regularly taken action against territorial foreclosures and price maintenance. The Gaba-BMW-Nikon decision trilogy kicked things off. In the BMW case, an export ban in the sales contracts of BMW dealers in the European Economic Area (EEA) prevented Swiss consumers from buying BMW vehicles in Germany with price savings of up to 25%. The courts upheld the three ComCo rulings. In its leading judgment in Gaba, the Federal Supreme Court also stated that hard agreements typically cause significant harm to competition and that no actual effects need to be proven. The introduction of a presumption of significant harm reduced the duration of proceedings and made it easier to enforce the Cartel Act in practice. ComCo concluded each of the cases against Eflare (2016, territorial protection), Husqvarna (2017, price maintenance), RIMOWA (2018, territorial protection), Stöckli Ski (2019, price maintenance), Bucher Landtechnik (2019, territorial protection) and Pöschl Tabakprodukte (2021, territorial protection) within 10-28 months (15 months on average), all with amicable settlements. These price maintenance and territorial protection agreements involved the following: Husqvarna influenced the prices charged by dealers who gave what it regarded as excessive discounts on the sale of Automower robot lawnmowers. Stöckli stipulated in its sales contracts with retailers that they were not

<sup>3</sup> COMCO decisions (rulings) are usually directed against several parties. They file individual appeals with the courts. As a rule, the courts deal with each appeal individually and issue several judgments on a single COMCO decision. Some of these court judgments are very similar in substance, but they can also deal with individual issues. From 2021, not only will parallel appeal proceedings before the courts be counted together as one case per COMCO decision, but the total sum of all separate and parallel appeals will also be listed in brackets. The same applies for statistics at court level: The judgments are counted as a single judgment, irrespective of the number of appeals against a COMCO decision, and the judgments on the individual appeals are also listed in brackets (e.g. the FAC judgments on the nine appeals against the COMCO decision on air freight are counted as one judgment and in brackets as nine judgments).

<sup>4</sup> The FSC referred a series of judgments back to the FAC regarding the restriction of parallel imports of French-language books (the most recent judgments date from 8.12.22). The related enforcement judgments of the FAC on the recalculation of sanctions and costs were not included in the statistics.

allowed to undercut the ski prices of the Stöckli branches. Price-fixing agreements of this type reduce price competition and thus lead to higher prices. RIMOWA prohibited its German sales partners from exporting RIMOWA products to Switzerland. Swiss consumers were therefore unable to order RIMOWA suitcases online from Germany, where they were 20-30% cheaper. The ComCo decision in the Bucher Landtechnik case then led to the import of cheaper New Holland tractors and spare parts without restriction. Overall, ComCo's decisions encouraged parallel and direct imports as well as price competition in Switzerland.

ComCo's **notices on vertical agreements** and on the **automotive sector** (replaced by the Motor Vehicle Ordinance on 1 January 2024, see Section 4.1.1) have also contributed to the promotion of parallel and direct imports and to preventing the isolation of Swiss markets. They also provide companies with guidelines on sales and make it clear that the same rules apply to vertical agreements in Switzerland as in the EU. Clear and largely harmonised rules in international distribution promote competition in Switzerland.

In addition to the ComCo investigations, the Secretariat has conducted several **preliminary investigations** and over 100 **market monitoring procedures** in the last 10 years. For example, the Secretariat has analysed sales of Yamaha motorbikes, Costa cruises and laboratory reagents. In particular, it has assessed distribution contracts that include restrictions on exports to Switzerland, provisions that invalidate warranties on imported products, obligations imposed on Swiss suppliers to purchase from an exclusive source, allegations by sales staff that their supplier had forbidden them to grant discounts, and negative responses to orders from Switzerland on the grounds that dealers were not allowed to sell outside the assigned contract territory. By amending the contracts, sending circulars to sales partners and providing internal training for employees of the companies concerned, competition concerns have been eliminated and competition strengthened. Certainty about pricing freedom increases the likelihood of discounts and price reductions; clarity about direct and parallel import options improves the negotiating position of buyers in dealings with Swiss suppliers and leads to increased competitive pressure in Switzerland. Direct imports have also become easier for consumers with the increasing importance of online shopping. Price comparison websites help consumers find the best offers. This increases the pressure on prices. Around ten years ago, the Secretariat was still regularly monitoring the market for bans and restrictions on online trading. With increasing digitalisation, the online sales channel has become established and it is rare that there is any reason for the competition authorities to intervene.

## 8.2 Opening up of markets

ComCo opens up markets through its decisions on infrastructure and by combating anti-competitive behaviour. In the notorious proceedings on the expansion of Swisscom's **fibre-optic infrastructure**, ComCo took the most important decision regarding the opening of markets this year. With its 'Network Expansion Strategy 2025', Swisscom (Schweiz) AG changed the design of

the network from the beginning of 2020 so that competitors would no longer have direct access to the network infrastructure (Layer 1 access) in areas that it is expanding with fibre optics alone. ComCo required Swisscom to decommission fibre optic connections already in operation that do not allow Layer 1 access within certain transitional periods or to convert them so that Layer 1 access is possible for third parties. It also prohibited Swisscom from building or expanding fibre optic networks in this restrictive manner in the future (see Section 3.1).

In the **gas sector**, the Secretariat also dealt with several requests for grid access from third-party suppliers in 2023. Without initiating proceedings, it ensured that third-party suppliers are granted grid access to supply end customers (see 4.1.4). The fact that it was possible to do this quickly and informally as part of market monitoring procedures is the result of key decisions in the energy sector: in 2020, ComCo liberalised the gas market - as it had done around twenty years previously in the electricity sector (decision on Entreprises Electriques Fribourgeoises / Watt Suisse AG), by reaching an agreement with ewl Energie Wasser Luzern Holding AG (ewl) and Erdgas Zentralschweiz AG (EGZ) on transmission via the natural gas networks. With this legally binding decision, ComCo opened up the natural gas supply market in Central Switzerland. In the past, these two grid operators had only granted third parties access to the grid in order to supply certain large industrial customers which met the requirements of the 'Association Agreement', an agreement under private law between the Association of Grid Operators and organisations of major customers. In the ComCo ruling, the two network operators were required to arrange network access to their pipeline networks for all third parties on request. Following the publication of the ComCo decision, numerous other grid operators authorised supplier changes not covered by the Association Agreement, even though the decision was only legally binding on EGZ and ewl. Since then, the competition authorities have not had to open any preliminary investigations or investigations into refusal of grid access and have instead been able to deal with various enquiries from third-party suppliers informally and promptly. This suggests that there have been no more network access denials since the ComCo decision was published. The number of changes of supplier in the natural gas supply sector more than tripled between 2017 (2.4%) and 2020 (7.7%), which is probably also related to the outcome of the ComCo proceedings (see EVU Partners, Study Gas Market Switzerland 2021, p. 4).

## 8.3 Combating price-fixing agreements

Rivalry between competitors drives prices down. In order to increase their own turnover and profits, businesses try to attract customers. They must ensure that what they offer appears attractive. They entice customers away from their rivals with more favourable offers. However, some companies try to avoid competing by entering into **price-fixing agreements**. These lead to excessive prices and have therefore been banned by law. ComCo enforces this ban by systematically investigating indications of price fixing, gathering evidence by searching

offices, and penalising violations of the law with sanctions.

One of ComCo's priorities in the area of price-fixing agreements is to prevent and combat **bid rigging**. In the past, companies regularly discussed their bids with each other before submitting them. They agreed on the amount of their bids, decided who was to be the 'winner' and created the impression of competition by submitting bids that they knew would be unsuccessful. As ComCo showed in the case concerning the Ticino road construction cartel, this leads to substantial price increases. Bids were around 30 per cent lower after the cartel was broken up. ComCo also unmasked and fined construction cartels in the cantons of Aargau, Zurich, St Gallen (See-Gaster) and Graubünden, bid-rigging by electricians in the cantons of Bern and Geneva and agreements relating to tunnel cleaning and optical networks. The agreements dealt with by ComCo cover around 2,000 procurement contracts. By rigorously pursuing unlawful practices, ComCo uncovers agreements that drive up prices and thus prevents further bid-rigging agreements that cost the public and private sectors a lot of money.

Companies in **other markets** have also agreed on prices. Both business customers and consumers can be affected by these inflated prices. As the ComCo investigations revealed, freight forwarders and airlines coordinated and agreed on surcharges for air transport. Suppliers of door products agreed to comply with minimum margins. Car dealers set discounts and flat rates for deliveries and harmonised their pricing policy. Plumbing wholesalers decided to work together to increase profits. Galvanising plants agreed on joint price increases, surcharges and minimum prices. Driving instructors coordinated the prices of driving lessons within their association.

Not all agreements between businesses on prices are so harmful that they are prohibited. In such cases, ComCo ensures that these price-fixing agreements do not lead to the setting of excessive prices, but are limited to elements that are important for markets to function. For example, ComCo has been monitoring credit and debit card fees for 20 years, as the **banks** work together to apply the interchange fee. This is the fee that credit card issuers receive from the companies (acquirers) that conclude contracts with merchants who accept credit cards as means of payment. For each payment with a card, a fee of this type is due from the acquirer to the issuer, which is part of the fee that the acquirer charges the merchant as commission for accepting a card payment. Such fees may help to ensure the smooth operation of payment card markets and may be justified for efficiency reasons in certain circumstances. ComCo has held that such justification applies with regard to domestic interchange fees for credit cards, provided that their amount is limited. In 2004, a fee of CHF 1.69 was charged for a credit card transaction of CHF 100. Over the course of three investigations, ComCo agreed with the parties to successive reductions in the domestic interchange fees for credit cards to 44 centimes per 100 francs. In relation to debit cards, two new investigations have been opened in connection with interchange fees (see above 4.1.5).

## 8.4 Opinions on regulatory legislation

Legislators regulate behaviour in numerous markets and areas of life in primary and secondary legislation. Regulation serves specific objectives, which can be achieved through various forms of state intervention. The state can act as a provider of services or products itself or leave this partly or entirely to the private sector. Market-based systems have the advantage that the businesses can constantly adapt their behaviour to technological and economic developments. Indirectly influencing markets, for example by defining framework conditions or levying incentive taxes, is usually the mildest form of state regulation. Conditions and requirements, bans and subsidies are tougher forms of state intervention in the market economy. Price regulation, state monopolies and market-isolating standards regularly inhibit competition. Legislators therefore also use regulation to set the openness of markets and the scope for competition. On the other hand, a certain level of regulation is needed to ensure that markets function properly.

So what is the **role of the competition authorities** in the legislative process? Draft primary and secondary legislation from federal offices that could influence competition must be submitted in advance to the ComCo Secretariat for review. In its opinions or through participation in working groups, the Secretariat points out any competition and economic problems as well as alternative solutions. It provides arguments and discusses the benefits and costs of various instruments and regulations that can be used to achieve the legislator's objectives. The Secretariat has no right to decide on or veto the planned legislation. The Federal Council ultimately decides which path it proposes to Parliament.

ComCo comments on draft legislation that restricts or otherwise influences competition as part of the consultation process. ComCo scrutinises the draft from a competition perspective and points out potential problems. The legislator does not have to follow this opinion but has to consider the arguments as part of the balancing of interests.

The competition authorities have concentrated in particular on the sectors of electricity, gas, healthcare, agricultural policy, transport, postal services and procurement in recent years:

- For example, the competition authorities shared their experience and knowledge of restrictive bidding agreements and restrictions on the internal market in the revision of the **law on procurement**, which came into force at federal level on 1 January 2021. They drafted opinions, recommendations and reports, and participated in working groups. This is another reason why federal, cantonal and communal procurement agencies can take more effective action against anti-competitive bidding practices if there is evidence of such. As procurement offices are now required to report any indications of bid-rigging agreements, the preventive effect against such agreements is increased.
- The competition authorities have also invested a great deal of effort in improving regulation in the **electricity sector**. Two legislative projects were particu-

larly significant in 2023, for example. On 29 September 2023, Parliament passed the Federal Act on a Secure Electricity Supply from Renewable Energy Sources (a consolidation act). The relevant amendments to the law are due to come into force on 1 January 2025. As a result of this law, end customers in the basic supply will still be prevented from choosing their basic electricity provider on the free market. This also applies to those basic providers which have substantially increased electricity prices for end customers since the start of the energy crisis because of their procurement portfolio. In addition, metering is to be monopolised. These developments must be viewed critically from a competition perspective. In the official consultation on various amendments to ordinances made necessary by the consolidation legislation, the Secretariat worked to ensure that additional distortions of competition are minimised as far as possible. The Secretariat also took the view that regulatory safeguards should be put in place to ensure that distribution system operators, as monopoly providers, cannot charge unreasonable prices for their services.

- In spring 2023, a consultation procedure was carried out in relation to a discussion paper submitted to the Federal Council on the new **Gas Supply Act**. This discussion paper sets out various key points of the future law. The Secretariat was in favour of full regulatory market liberalisation in relation to end customer supply. However, the Federal Council approved only a partial opening up of the market to favour major consumers which consume more than 300 MWh per year. In addition, the Secretariat submitted various proposals aimed at ensuring non-discriminatory and fair cost allocation in the statutory monopoly sectors.
- Since March 2022, the Secretariat has been involved in the **Winter Gas Supply** task force. It made the participants in the task force aware of the potential for abuses of competition that arise from agreements made to guarantee winter supplies. From September 2023, the Secretariat decided not to take further part in task force meetings. From the Secretariat's point of view, the essential requirements for guaranteeing the winter supply of gas have been established. The members of the task force are aware of the Secretariat's competition concerns. It is now up to the gas industry to take these concerns into account when implementing the winter supply programme.
- In relation to **passenger** and **freight transport**, the Secretariat and ComCo were invited to provide their opinions as part of various consultation procedures. The competition authorities have advocated non-discriminatory access to the public transport industry's joint sales infrastructure for external mobility providers. They have also focused on a competition-neutral design of planned funding measures for freight transport.

## 8.5 Relative market power

The new provisions on relative market power came into force on 1 January 2022. They are based on the Fair Prices Initiative and are specifically designed to combat Switzerland's position as a 'high-price island'. A company has relative market power if another company does not have sufficient and reasonable alternative options and is therefore dependent on products or services from that company. Relative market power in itself is not unlawful. However, the new provision prohibits a company with relative market power from abusing its position by obstructing a dependent company in competition or by imposing an undue disadvantage.

An abuse may in particular arise where the same goods or services are offered both in Switzerland and abroad and a company with relative market power restricts the ability of customers to purchase those goods or services abroad at the market prices and customary industry conditions that apply there. The new provisions are intended to enable Swiss companies to avoid unjustifiably higher procurement costs compared with those charged abroad (so-called 'Swiss surcharges').

Immediately after the adoption of the regulations on relative market power, the ComCo Secretariat began preparing for their smooth implementation. It set up an internal working group and published a factsheet and a notification form to make it easier for companies affected to report abuses.

The huge rush of reports, which was a particular concern in parliamentary debates, did not materialise in the first two years after the new provisions came into force (see also above Section 4.1.13 a). However, two reports from 2022 led to the first investigations being opened. One relates to the pharmaceuticals industry (opened in August 2022), the other to book sales in French-speaking Switzerland (opened in January 2023). It can also be assumed that sales contracts and provisions have been proactively adapted and that the provisions will take effect in this way.

## 8.6 Conclusion

For years, ComCo and its Secretariat have been combating price fixing and market foreclosure, opening markets and strengthening the internal market with their procedures and decisions. The competition authorities have focused on the most harmful horizontal agreements affecting competition (price, volume and territorial agreements), on the key vertical agreements (price maintenance and absolute territorial protection) and on the abuse of market dominance. They regularly comment on draft legislation from federal offices and point out issues that may affect competition and the economy, providing alternative solutions in their opinions or in their contributions to working groups. The competition authorities act as advocates of competition as a means of ensuring the efficiency of the Swiss economy.

## 9 Annex: Members of the Commission and the Executive Management of the Secretariat

### Commission:

- Laura Melusine Baudenbacher, President, Partner in a Swiss law firm with an office in Brussels
- Danièle Wüthrich-Meyer, Vice-President, former Cantonal Supreme Court judge in Bern
- Igor Letina, Vice President, Associate Professor of Microeconomics at the University of Bern
- Florence Bettschart-Narbel, Member, Attorney-at-law, former head of the Politics and Law Section in the Central Secretariat of the Fédération Romande des Consommateurs FRC
- Nicolas Diebold, Member, Professor of Public and Commercial Law at the University of Lucerne
- Clémence Grisel Rapin, Member, Professor of Administrative Law at the University of Fribourg (until February 2024)
- Mikael Huber, Member, Head of the Department of Financial and Tax Policy, Digitalisation and Trade at the Swiss Union of Crafts and Small and Medium-Sized Enterprises SGV
- Pranvera Këllezi, Member, Attorney-at-law in the canton of Geneva
- Isabel Martinez, Member, Economist (Senior Researcher) at the KOF Swiss Economic Institute at the ETH Zurich, former economist at the Swiss Federation of Trade Unions SGB
- Rudolf Minsch, Member, Deputy Chairman of the Executive Board, economiesuisse
- Gerd Mühlheußner, Member, Professor of Economics at the University of Hamburg, specialising in Microeconomics, with a focus on Industrial Economics
- Mauro Nicoli, Member, Attorney-at-law in a Swiss law firm
- Martin Rufer, Member, Director of the Swiss Farmers' Union

Declared interests: [www.weko.admin.ch](http://www.weko.admin.ch) → ComCo → Commission → Members.

### ComCo Secretariat:

- Patrik Ducrey, Director
  - Frank Stüssi, Deputy Director, Construction
  - Andrea Graber Cardinaux, Vice Director, Product Markets
  - Olivier Schaller, Deputy Director, Services
  - Carole Söhner-Bührer, Vice Director, Infrastructure
-



## B Verwaltungsrechtliche Praxis Pratique administrative Prassi amministrativa

### B 1 Sekretariat der Wettbewerbskommission Secrétariat de la Commission de la concurrence Segreteria della Commissione della concorrenza

B 1	<b>1. Vorabklärungen</b> Enquêtes préalables Inchieste preliminari
B 1.1	<b>1. Zerspanungswerkzeuge</b>

*Schlussbericht des Sekretariats der WEKO vom 19. Dezember 2023 in Sachen Vorabklärung gemäss Art. 26 KG betreffend Zerspanungswerkzeuge wegen allenfalls unzulässiger Wettbewerbsabreden gemäss Art. 5 KG*

#### A Verfahren

##### A.1 Gegenstand der Vorabklärung

1. Gegenstand der Vorabklärung bildet die Frage, ob Anhaltspunkte bestehen für vertikale oder horizontale Preisabreden nach Art. 5 Abs. 4 KG<sup>1</sup> oder Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG, für horizontale Kunden- oder Gebietsaufteilungsabreden gemäss Art. 5 Abs. 3 Bst. c KG und für vertikale Gebietsschutzabreden gemäss Art. 5 Abs. 4 KG zwischen verschiedenen Schweizer Handelsunternehmen für Werkzeuge zur Metallverarbeitung sowie für einen unzulässigen Informationsaustausch nach Art. 5 Abs. 1 KG zwischen diesen Unternehmen.

2. Zu klären ist namentlich, ob die [A] AG (nachfolgend: [A]), anderen Händlerinnen von sog. Zerspanungsprodukten (insbesondere von Zerspanungswerkzeugen; siehe zum Begriff der Zerspanungswerkzeuge unten Rz 5) ihre Verkaufspreise und Umsätze, welche sie mit bestimmten Kundinnen und Kunden erzielt hatte, bekannt gab sowie ob [A] und die in die möglichen Wettbewerbsbeschränkungen involvierten Händlerinnen die Einhaltung bestimmter Mindest- oder Festpreise abgesprochen und Kundinnen und Kunden untereinander aufgeteilt haben (vgl. auch unten Rz 12).

##### A.2 Adressatinnen der Vorabklärung

3. Die Vorabklärung richtet sich gegen [A] (siehe dazu Rz 4 ff.) sowie fünf Händlerinnen von Zerspanungsprodukten (insbesondere von Zerspanungswerkzeugen; siehe zum Begriff der Zerspanungswerkzeuge unten Rz 5), namentlich die [...].

##### A.2.1 [A]

4. [A] hat ihren Sitz in [...] und bezweckt gemäss Handelsregister den Handel mit Werkzeugen aller Art [...].<sup>2</sup>

Sie ist eine Tochtergesellschaft der [...] mit Sitz [im Ausland],<sup>3</sup> die wiederum zum [...]Konzern gehört.<sup>4</sup>

5. Die Muttergesellschaft der [A], die [...], ist schwerpunktmässig im Bereich der Herstellung von Zerspanungswerkzeugen tätig. Darunter sind Werkzeuge zu verstehen, mit welchen Metallstücken bestimmte Formen gegeben werden können, indem von diesen Stücken überschüssiges Material auf mechanischem Weg in Form von Spänen abgetrennt wird (spanabhebende Verfahren z. B. mittels Bohrer, Fräsen, Feilen etc.).<sup>5</sup> Solche Produkte werden von der gesamten metallverarbeitenden Industrie benötigt, insbesondere von Unternehmen aus der Medizintechnikbranche, der Luft- und Raumfahrtbranche, der Automobilindustrie, der Energiebranche, der Maschinenbauindustrie sowie der Uhrenindustrie (siehe auch unten Rz 18). Die [...] verfügt über Produktionsstandorte für solche Werkzeuge in [...].<sup>6</sup> Zusätzlich bietet [...] ihren Kundinnen Software und Beratungsdienstleistungen betreffend die Metallverarbeitung mit [...]Zerspanungswerkzeugen an. Die [...].<sup>7</sup>

6. [A] fungiert innerhalb der [...]Gruppe als Generalimporteurin und Händlerin von [...]Produkten und Anbieterin von Zerspanungslösungen (Software und Beratung) mit Zuständigkeit für die Schweiz [...]. Als Handels- und Dienstleistungsunternehmen der [...]Gruppe bietet sie [...]Produkte und damit zusammenhängende Dienstleistungen und Produkte (Erstellung und Lieferung von Software sowie Beratung und Hilfestellung beim Produktionsprozess) an [...].<sup>8</sup> Kundinnen von [...] sind einerseits Unternehmen, welche Metall mittels Zerspanung

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

<sup>2</sup> Vgl. Handelsregister [...].

<sup>3</sup> Vgl. Act. 28 f.

<sup>4</sup> Vgl. Jahresbericht [...].

<sup>5</sup> Vgl. etwa <[www.industrie-schweiz.ch/html/zerspanen.html](http://www.industrie-schweiz.ch/html/zerspanen.html)> (19.12.2023).

<sup>6</sup> [...].

<sup>7</sup> [...].

<sup>8</sup> Vgl. Act. 28 f.

bearbeiten (vgl. Rz 5, 18), und andererseits Händlerinnen von Zerspanungsprodukten, welche [A] teilweise als ihre sog. [...] bezeichnet (vgl. unten Rz 7 ff., 20, 24 ff.). Der Umsatz von [A] mit Zerspanungsprodukten betrug im Jahr 2021 rund [...] Mio. CHF.<sup>9</sup>

### A.2.2 [...]

7. [...] mit Sitz in [...] ist eine [Handelspartnerin] von [A]. Sie bezweckt gemäss Handelsregister den Handel mit Waren aller Art, insbesondere mit Werkzeugmaschinen und Werkzeugen [...].<sup>10</sup> [...] nahm ihre Geschäftstätigkeit [...] auf und ist seitdem als Anbieterin von Zerspanungsprodukten (insbesondere Zerspanungswerkzeugen) von [...] sowie damit zusammenhängenden Beratungsdienstleistungen tätig.<sup>11</sup> Ihr Umsatz betrug in der ersten Hälfte des Jahres 2022 ca. [...] Mio. CHF, wobei sie [...] mit dem Vertrieb von [...] Produkten erzielte.<sup>12</sup>

### A.2.3 [...]

8. [...] mit Sitz in [...] ist ebenfalls eine [Handelspartnerin] von [A]. Sie bezweckt gemäss Handelsregister u. a. den Kauf und Verkauf sowie die Lagerung von Schneidwerkzeugen für die metallverarbeitende Industrie.<sup>13</sup> [...] ist seit [...] im Handelsregister eingetragen und seitdem als Handels- und Beratungsunternehmen im Bereich Zerspanung tätig.<sup>14</sup> Zum Sortiment von [...] gehören Zerspanungsprodukte bzw. -Werkzeuge verschiedener Hersteller (z. B. von [...]), darunter auch Zerspanungsprodukte von der [...].<sup>15</sup> Gemäss [...] betrug ihr Umsatz im Jahr 2021 zwischen etwa [...] Mio. CHF und [...] Mio. CHF, wobei sie ca. [...] Mio. CHF Umsatz mit dem Vertrieb von [...] Produkten erzielte.<sup>16</sup>

### A.2.4 [...]

9. [...] mit Sitz in [...], ebenfalls [Handelspartnerin] von [A], ist seit dem [...] im Handelsregister eingetragen<sup>17</sup> und gehört seit dem Jahr [...] zu 100 % der [...].<sup>18</sup> Sie bezweckt den Handel mit Werkzeugen, Maschinenzubehör und Maschinen<sup>19</sup> und betreibt seit [...] einen Verkaufsladen in [...], wo die Kundschaft Präzisionswerkzeug und Maschinen sowie Maschinenzubehör beziehen kann.<sup>20</sup> Zum Sortiment von [...] gehören Werkzeuge verschiedener Hersteller, darunter auch Zerspanungswerkzeuge von [...].<sup>21</sup> Gemäss einem Vertreter von [...] erzielte [...] in den letzten Jahren einen Jahresumsatz zwischen [...] Mio. CHF und [...] Mio. CHF, wobei der pro Jahr mit [...] Produkten erzielte Umsatz bei höchstens etwa CHF [...] lag.<sup>22</sup>

### A.2.5 [...]

10. [...] mit Sitz in [...], ebenfalls [Handelspartnerin] von [A], ist seit dem [...] im Handelsregister eingetragen und bezweckt [...] [den Verkauf] von Werkzeugen, Messgeräten, Werkzeugmaschinen [...].<sup>23</sup> Zum Sortiment von [...] gehören Zerspanungsprodukte verschiedener Hersteller, darunter auch Zerspanungswerkzeuge von [...].<sup>24</sup> Gemäss dem Inhaber von [...] erzielte [...] im Jahr 2021 einen Gesamtumsatz von etwa [...] Mio. CHF, wobei davon fast CHF [...] auf den Verkauf von [...] Produkten entfielen.<sup>25</sup>

### A.2.6 [...]

11. [...] mit Sitz in [...], ebenfalls [Handelspartnerin] von [A], bezweckt gemäss Handelsregister den Import, An-

und Verkauf von [...] Werkzeugen und Zubehör sowie das Erbringen von Dienstleistungen [...].<sup>26</sup> Sie nahm ihre Geschäftstätigkeit im [...] auf und ist seitdem als Anbieterin von Zerspanungsprodukten bzw. -Werkzeugen sowie damit zusammenhängenden Dienstleistungen (z. B. Hilfestellung und Beratung beim Produktionsprozess) tätig.<sup>27</sup> Gemäss Angaben des Inhabers von [...] betrug der Umsatz der [...] im Jahr 2021 ca. [...] Mio. CHF, wovon etwa [...] Mio. CHF auf den Verkauf von [...] Produkten entfielen.<sup>28</sup>

## A.3 Verfahrensgeschichte

12. Anfang des Jahres 2022 erhielt das Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend: Sekretariat) Hinweise<sup>29</sup>, wonach [A] den Händlerinnen [...], [...], [...], [...] und [...] ihre Verkaufspreise und Umsätze, welche sie mit bestimmten Kundinnen und Kunden erzielt hatte, bekannt gegeben habe und die genannten Unternehmen die Einhaltung bestimmter Mindest- oder Festpreise abgesprochen und Kundinnen und Kunden untereinander aufgeteilt hätten.

13. Das Sekretariat eröffnete daher am 30. Mai 2022 die vorliegende Vorabklärung und gab den genannten Unternehmen die Möglichkeit, eine schriftliche Stellungnahme einzureichen.<sup>30</sup>

14. Im Juni 2022 führte das Sekretariat mit sämtlichen Adressatinnen der Vorabklärung Einvernahmen durch,<sup>31</sup> woraufhin diese auf die Einreichung von schriftlichen Stellungnahmen verzichteten. Einzig [...] ergänzte ihre Aussage per E-Mail.<sup>32</sup>

15. Aus den Einvernahmen ergaben sich weitere Fragen zum Sachverhalt, welche das Sekretariat bei [A] mittels Auskunftsbegehren vom 13. Juli 2022 abklärte. Mit ihren Antworten vom 19. August 2022 nahm [A] Stellung zu diesem Auskunftsbegehren.<sup>33</sup>

16. Aus den vorgenannten Ermittlungen ergaben sich keine Anhaltspunkte, dass die Vorabklärungsadressatinnen gegen das Kartellrecht verstossen haben könnten. Das Sekretariat entschied daher am 19. Dezember 2023, die Vorabklärung einzustellen. Dies begründet sich wie folgt.

<sup>9</sup> Vgl. Act. 28 f.

<sup>10</sup> Handelsregister [...].

<sup>11</sup> Vgl. Act. 30 f.; [...].

<sup>12</sup> Vgl. Act. 30 f.

<sup>13</sup> Handelsregister [...].

<sup>14</sup> [...].

<sup>15</sup> Vgl. Act. 24 f.; [...].

<sup>16</sup> Vgl. Act. 24 f.

<sup>17</sup> Handelsregister [...].

<sup>18</sup> Vgl. [...]; Act. 32 f.

<sup>19</sup> Vgl. Nachweis in Fn 17.

<sup>20</sup> Vgl. [...].

<sup>21</sup> Vgl. [...]; Act. 32 f.

<sup>22</sup> Vgl. Act. 32 f.

<sup>23</sup> Handelsregister [...].

<sup>24</sup> [...]; Act. 34, 38.

<sup>25</sup> Vgl. Act. 34, 38.

<sup>26</sup> Handelsregister [...].

<sup>27</sup> Vgl. Act. 26 f.; [...].

<sup>28</sup> Vgl. Act. 26 f.

<sup>29</sup> Vgl. dazu die Dokumente im [...].

<sup>30</sup> Act. 2–7.

<sup>31</sup> Vgl. Act. 24–34, 38.

<sup>32</sup> Act. 35 f.

<sup>33</sup> Act. 41.

## B Sachverhalt

17. Aus den Einvernahmen sowie den dem Sekretariat vorliegenden Dokumenten ergeben sich die nachfolgend aufgeführten Erkenntnisse zum Sachverhalt. Diese gliedern sich wie folgt: Zunächst ist auf den Vertrieb von Zerspanungsprodukten und -lösungen in der Schweiz einzugehen (siehe dazu Rz 18 ff.). Anschliessend werden das hier massgebliche Verhalten der Adressatinnen der Vorabklärung sowie dessen Auswirkungen beschrieben (siehe dazu Rz 23 ff., 39 ff.).

### B.1 Vertrieb von Zerspanungsprodukten und -lösungen in der Schweiz

18. In der Schweiz gibt es eine Vielzahl von Unternehmen, welche Metall mittels Zerspanung bearbeiten, d. h. Metallstücken durch mechanisches Abtrennen von überschüssigem Material bestimmte Formen geben.<sup>34</sup> Dies sind insbesondere Unternehmen aus der Autozulieferindustrie, der Luft- und Raumfahrtindustrie, der Maschinenbauindustrie, der Medizintechnikbranche, der Energie- und Umwelttechnikindustrie, der Werkzeugbauindustrie und der Uhrenindustrie. Nach Angaben von Vorabklärungsadressatinnen gebe es in der Schweiz grob geschätzt etwa [...]–[...] Unternehmen, welche Zerspanungswerkzeuge und damit zusammenhängende Produkte und Dienstleistungen (z. B. Erstellung und Lieferung von Maschinensteuerungssoftware sowie Beratung und Hilfestellung beim Produktionsprozess; nachfolgend zusammen: Zerspanungsprodukte und -lösungen) benötigen.<sup>35</sup> Nach Schätzung von [A] würden diese Unternehmen Zerspanungsprodukte (insbesondere Werkzeuge) und -lösungen im Wert von insgesamt etwa [...]–[...] Mio. CHF pro Jahr nachfragen.<sup>36</sup>

19. Anbieterinnen von eigenen Zerspanungsprodukten und -lösungen sind neben [...] (vgl. oben Rz 5) die [...] zum [...]–Konzern gehörenden Unternehmen [...]<sup>37</sup> sowie u. a. [...],<sup>38</sup> [...],<sup>39</sup> [...],<sup>40</sup> [...],<sup>41</sup> [...],<sup>42</sup> [...],<sup>43</sup> [...]<sup>44</sup> und [...]<sup>45</sup>. Diese Anbieterinnen verkaufen ihre Zerspanungsprodukte und -lösungen teilweise selbst bzw. über eine konzerneigene Vertriebsgesellschaft an Schweizer Kundinnen (direkter Vertrieb) und/oder über autonome Händlerinnen (indirekter Vertrieb; vgl. dazu auch Abbildung 1 nach Rz 20). Soweit einzelne Anbieterinnen Zerspanungsprodukte und -lösungen sowohl direkt als auch indirekt vertreiben, wird dies nachfolgend als «dualer Vertrieb» bezeichnet.

20. Zu den Anbieterinnen, welche Zerspanungsprodukte und -lösungen in der Schweiz (auch) direkt vertreiben, zählen neben der [...] bzw. [A] (vgl. dazu oben Rz 4 ff. sowie unten Rz 21) etwa [...]<sup>46</sup> und [...]<sup>47</sup> sowie [...]<sup>48</sup> und [...].<sup>49</sup> Der indirekte Vertrieb läuft über Händlerinnen wie z. B. die [...],<sup>50</sup> [...],<sup>51</sup> die [...],<sup>52</sup> die [...],<sup>53</sup> die [...]<sup>54</sup> sowie die Vorabklärungsadressatinnen (exkl. [A]; vgl. oben Rz 3 ff.). Diese Händlerinnen bieten neben Zerspanungsprodukten teilweise auch damit zusammenhängende Dienstleistungen an (insbesondere Beratung und Hilfestellung beim Produktionsprozess; vgl. auch Rz 7 ff.). Der Vertrieb von Zerspanungsprodukten und -lösungen in der Schweiz kann vereinfacht folgendermassen schematisch dargestellt werden:

<sup>34</sup> Vgl. zum Begriff der Zerspanung etwa <[www.industrieschweiz.ch/html/zerspanen.html](http://www.industrieschweiz.ch/html/zerspanen.html)> (19.12.2023).

<sup>35</sup> Vgl. Act. 28 f., 34, 38.

<sup>36</sup> Act. 28 f. [Gemäss öffentlich zugänglichen Quellen habe] der Gesamtumsatz mit [Zerspanungswerkzeugen] in der Schweiz im Jahr 2014 bei etwa 230 Mio. CHF und im Jahr 2015 bei ca. 200 Mio. CHF gelegen [...]; vgl. [...].

<sup>37</sup> Vgl. die Übersicht unter [...].

<sup>38</sup> [...].

<sup>39</sup> [...].

<sup>40</sup> [...].

<sup>41</sup> [...].

<sup>42</sup> [...].

<sup>43</sup> [...].

<sup>44</sup> [...].

<sup>45</sup> [...].

<sup>46</sup> [...].

<sup>47</sup> [...].

<sup>48</sup> [...].

<sup>49</sup> [...].

<sup>50</sup> [...].

<sup>51</sup> [...].

<sup>52</sup> [...].

<sup>53</sup> [...].

<sup>54</sup> [...].

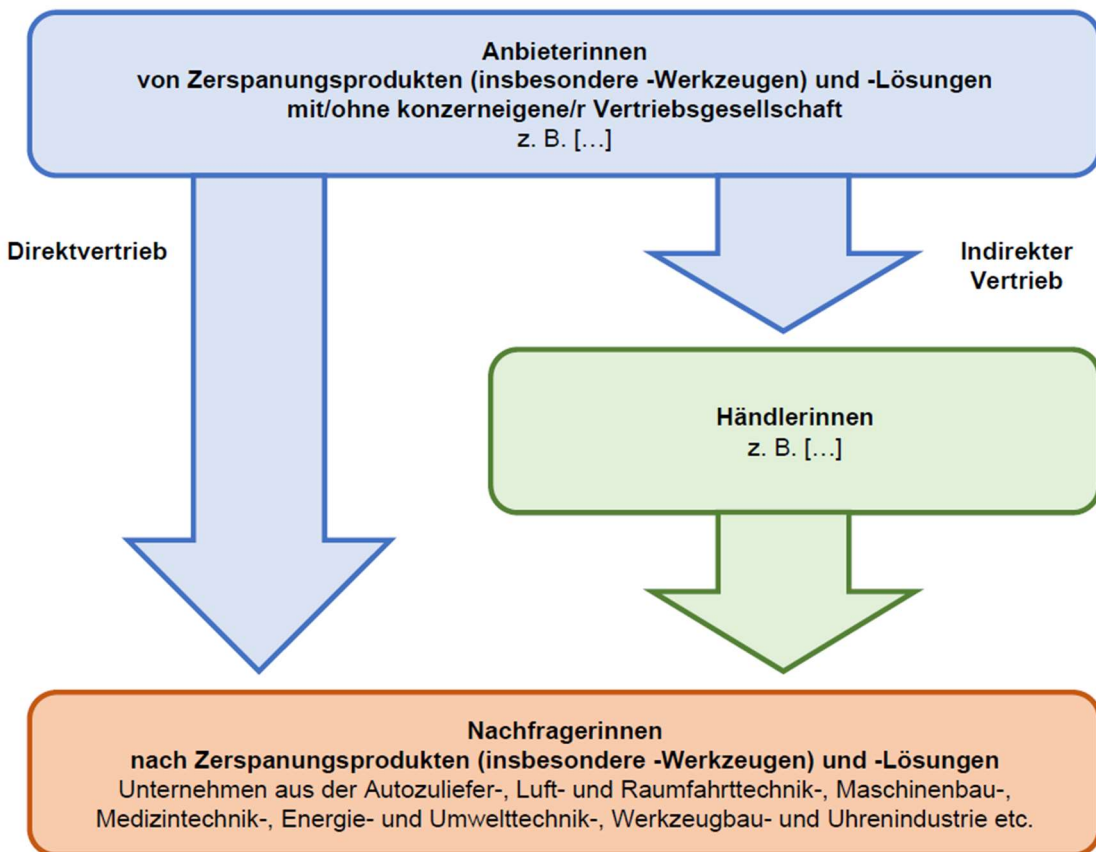


Abbildung 1: Darstellung Vertrieb von Zerspanungsprodukten und -lösungen

21. [A] verfügt nach Angaben der Vorabklärungsadressatinnen über ein breites Sortiment an Zerspanungsprodukten (rund [...] Artikel).<sup>55</sup> Sie vertreibt diese Produkte direkt und seit ca. [...] auch zunehmend indirekt über [Handelspartnerinnen] (vgl. oben Rz 6, 19 und unten Rz 24 ff.) sowie darüber hinaus über [...] Händlerinnen<sup>56</sup> (dualer Vertrieb). [...] [A] im direkten Vertrieb (im Jahr 2021: [...] % des Umsatzes in Höhe von [...] Mio. CHF).<sup>57</sup>

22. Setzt man den Gesamtumsatz von [A] im Jahr 2021 ins Verhältnis zum von [A] geschätzten Gesamtvolumen der Nachfrage nach Zerspanungsprodukten und -lösungen in der Schweiz ([...]-[...] Mio. CHF; vgl. Rz 18), so ergibt sich für [A] ein Anteil zwischen [0–10] % und [0–10] %. Für die übrigen Adressatinnen der Vorabklärung lag dieser Anteil jeweils bei [0–10] %.<sup>58</sup>

## B.2 Das Verhalten der Vorabklärungsadressatinnen

### B.2.1 Einleitung

23. Nachfolgend wird das für die kartellrechtliche Beurteilung massgebende mutmassliche Verhalten der Vorabklärungsadressatinnen geschildert. Einzugehen ist dabei zunächst auf ihr Verhalten im Zusammenhang mit dem Ausbau des indirekten Vertriebs von [A] seit [...] (siehe dazu Rz 24 ff.). Anschliessend wird der mögliche Informationsaustausch im Rahmen der gemeinsamen Nutzung des Online-Shops des [...] -Konzerns und der Möglichkeit des Direktversandes durch [Händlerinnen] und ihre Kundinnen beschrieben (siehe dazu unten Rz 34 ff.).

### B.2.2 Verhalten im Zusammenhang mit dem Ausbau des indirekten Vertriebs von [A] mittels Akquirierung von [Handelspartnerinnen]

24. [A] vertrieb Zerspanungsprodukte und -lösungen früher hauptsächlich direkt an Endabnehmerinnen. Im Jahr [...] begann [A], den indirekten Vertriebskanal auszubauen, indem sie nach und nach unabhängige Händlerinnen zu sog. [...] machte, über welche sie in grösserem Umfang [...] -Produkte absetzen wollte bzw. absetzte. Neben den Vorabklärungsadressatinnen [...], [...], [...], [...] und [...] wurden so die folgenden Unternehmen zu [Handelspartnerinnen] von [A]:<sup>59</sup> [...],<sup>60</sup> [...],<sup>61</sup> [...]<sup>62</sup> und [...].<sup>63</sup> Die Stärkung des indirekten Vertriebs über die Akquirierung von [Händlerinnen] geschah mit dem Ziel, den [...] zu vergrössern.<sup>64</sup>

<sup>55</sup> Vgl. auch [...].

<sup>56</sup> Nach Angaben von [A] erzielte sie mit den [...] Händlerinnen pro Jahr einen Umsatz von durchschnittlich je ca. CHF [...], d. h. einen Gesamtumsatz in Höhe von etwa [...] Mio.; vgl. Act. 28 f.

<sup>57</sup> Vgl. Act. 28 f.

<sup>58</sup> Ein Anteil von [0–10] % am Gesamtvolumen von geschätzt [...]–[...] Mio. CHF würde einen Umsatz mit Zerspanungsprodukten und -lösungen in Höhe von mindestens [...] Mio. CHF voraussetzen. Einen solchen Umsatz erzielte weder [...] noch [...], [...], [...] oder [...] (vgl. Rz 7 ff.).

<sup>59</sup> [...]; Act. 28 f.

<sup>60</sup> [...].

<sup>61</sup> [...].

<sup>62</sup> [...].

<sup>63</sup> [...].

<sup>64</sup> Act. 28 f.

25. Im Rahmen der Akquirierung von [...], [...], [...], [...] und [...] als [Handelspartnerinnen] bot [A] diesen jeweils einen für sie ausgewählten (und auf sie zugeschnittenen) Kundenkreis bestehend aus bisherigen [A]-Direktkundinnen an. Dazu hatten Ausserdienstmitarbeitende von [A] im Vorfeld aus ihren jeweiligen Zuständigkeitsgebieten eher kleinere Kundinnen ausgewählt, welche sie den [Handelspartnerinnen] überlassen wollten. So wollte sich [A] auf die Direktbetreuung grösserer Kunden konzentrieren, [...]. Die Betreuung von Kundinnen, welche Zerspanungsprodukte und -lösungen für den Eigengebrauch benötigen, erfordern oftmals eine Betreuung vor Ort, d. h. an der Produktionsstätte der Kundin, um besser produktionsprozessbezogene Angebote machen zu können. Dementsprechend ist es für Anbieterinnen von Zerspanungsprodukten und -lösungen betriebswirtschaftlich am effizientesten, wenn mit einer «Aussendiensttour» einer Person pro Tag möglichst viele Kundinnen angefahren werden können. Dies ist umso eher möglich, je näher die Produktionsstätten der Kundinnen beieinander sowie beim Standort der [Handelspartnerin] liegen.<sup>65</sup> Deshalb gruppierte [A] die ausgewählten Kundinnen sodann nach bestimmten Gebieten bzw. je nach Entfernung der Produktionsstätte der Kundinnen vom Standort einer designierten [Handelspartnerin].

26. Im Rahmen der bilateralen Kontakte zwischen [A] und jeweils einer der designierten [Handelspartnerinnen] thematisierten die beteiligten Personen insbesondere auch die bisherigen Umsätze, welche [A] mit den zu überlassenden Kundinnen erzielt hatte, sowie das Umsatzpotenzial. So sollte die designierte [Handelspartnerin] eine Vorstellung vom Geschäftspotenzial haben.<sup>66</sup> Dazu gab [A] der designierten [Handelspartnerin] je zu überlassender Kundin konkrete Umsatzzahlen bekannt. Wie diese Bekanntgabe erfolgte, illustriert der nachfolgend abgebildete Auszug aus der Excel-Datei «Kopie von [...]»<sup>67</sup>:

[...]

**Abbildung 2: Auszug aus Excel-Datei «Kopie von [...]» (Zeile 1–19 von 68 Zeilen)**

27. Gemäss den Ermittlungen enthält die vorgenannten Excel-Liste in der Spalte «C» den Namen bisheriger Kundinnen von [A], während in den Spalten «D»–«G» die Höhe des Umsatzes, welchen [A] mit der in derselben Zeile genannten Kundin erzielte (in den Jahren [...] in CHF), und in der Spalte «H» das von [A] geschätzte jährliche «Umsatzpotenzial» mit der betreffenden Kundin angegeben sind.<sup>68</sup>

28. [...], [...], [...], [...] und [...] erklärten sich sodann nach einer entsprechenden Kontaktaufnahme durch [A] jeweils dazu bereit, als [Handelspartnerin] von [A] zu fungieren und die angebotenen Kundinnen zu betreuen. [...], [...], [...] und [...] schlossen im Rahmen dessen mit [A] einen «Vertragshändlervertrag»<sup>69</sup> ab.<sup>70</sup> Dieser Vertrag räumt der [Handelspartnerin] [...] kein «Alleinvertriebsrecht» bzw. keine «anderweitige Ausschliesslichkeitsbindung» ein und berechtigt die [Handelspartnerin] zum Vertrieb sämtlicher [...] -Produkte in der gesamten Schweiz sowie im Europäischen Wirtschaftsraum (nachfolgend: EWR) (Ziff. 1 und 3 des Vertrags). Eine Klausel, wonach die [Handelspartnerin] nur bestimmte Kundinnen

in der Schweiz oder im EWR beliefern dürfe oder Anfragen bestimmter Kundinnen aus der Schweiz oder dem EWR ignorieren müsse, enthält der Vertragshändlervertrag nicht. Derartige folgt auch nicht indirekt aus anderen Klauseln des Vertrags. Nach Ziff. 11.1 des Vertrags ist der Vertragshändler in seiner Preissetzung frei.

29. Nachdem sich [...], [...], [...], [...] und [...] jeweils dazu bereit erklärt hatten, als [Handelspartnerin] von [A] zu fungieren und bestimmte ehemalige Kundinnen von [A] zu betreuen, informierte [A] die betroffenen Kundinnen darüber, dass diese künftig von einer [Handelspartnerin] betreut werden sollen. Dies geschah insbesondere mit einem Informationsschreiben.<sup>71</sup> Teilweise kontaktierten [Handelspartnerinnen] betroffene Kundinnen auch selbst (bisweilen zusammen mit [A]), um sich ihnen vorzustellen. Soweit Kundinnen nicht damit einverstanden waren, dass sie künftig anstelle von [A] von einer [Handelspartnerin] betreut würden, nahm [A] diese Kundin nach Darstellung von Vorabklärungsadressatinnen wieder zurück.<sup>72</sup>

30. Die Vorabklärungsadressatinnen hatten im Rahmen der bilateralen Kontakte festgelegt, dass die [Handelspartnerinnen] betreffend die ihnen jeweils definitiv überlassenen Kundinnen Informationen dazu erhalten sollten, (i.) welche [...] -Zerspanungswerkzeuge die zu überlassenden Kundinnen bislang bei [A] bezogen hatten und (ii.) welche Verkaufspreise [A] diesen Kundinnen je Artikel bislang verrechnet hatte. Ziel dieser einmaligen Informationsübermittlung war es, sicherzustellen, dass die [Handelspartnerinnen] den Kundinnen keine höheren Preise verrechnen würden als es zuvor [A] getan hatte.<sup>73</sup> Die entsprechende Informationsübermittlung erfolgte sodann einmalig an die [Handelspartnerinnen] mittels Excel-Listen. Zur Illustration dieser Informationsübermittlung sind nachfolgend Auszüge aus den Excel-Listen mit den Namen [...].<sup>74</sup>

[...]

**Abbildung 3: Auszug aus Excel-Datei «[...]» (Zeile 1–16 von 9791 Zeilen)**

[...]

**Abbildung 4: Auszug aus Excel-Datei «[...]» (Zeilen 1–16 von 758 Zeilen)**

[...]

**Abbildung 5: Auszug aus Excel-Datei «[...]» (Zeilen 1–16 von 9177 Zeilen)**

<sup>65</sup> Vgl. Act. 24–34, 38.

<sup>66</sup> Act. 26–34, 38.

<sup>67</sup> Vgl. dazu die Dokumente im [...].

<sup>68</sup> Vgl. etwa Act. 28 f.

<sup>69</sup> Der Vertragshändlervertrag liegt dem Sekretariat vor; vgl. Act. 28. [...].

<sup>70</sup> Act. 24–31; 34 f.

<sup>71</sup> Der Entwurf eines solchen Informationsschreibens aus dem Jahr 2017 liegt dem Sekretariat vor [...].

<sup>72</sup> Vgl. etwa Act. 28 f.

<sup>73</sup> Act. 24–34, 38.

<sup>74</sup> Vgl. dazu die Dokumente im Dossier 24-0172.

31. Gemäss den Ermittlungen enthalten die vorgenannten Excel-Listen in der Spalte «B» den Namen von bisherigen Kundinnen von [A], die Spalte «D» die Bezeichnung des Produkts, welche die in derselben Zeile genannte Kundin bisher bei [A] bezogen hat, und die Spalte «E» den Rabatt, welchen [A] beim Verkauf des Produkts der betreffenden Zeile an die in derselben Zeile genannte Kundin auf die [...]Bruttopreisliste gewährte.<sup>75</sup> Gemäss Vorabklärungsadressatinnen ist die jährlich herausgegebene [...]Bruttopreisliste allen Marktteilnehmerinnen, insbesondere den Händlerinnen und den metallverarbeitenden Betrieben, bekannt.<sup>76</sup> Die individuelle Preissetzung durch die Verkäuferinnen erfolgt(e) in Bezug auf [...]Produkte üblicherweise durch die Gewährung von Rabatten.<sup>77</sup> Diese lagen gemäss den vorliegenden Beweismitteln im Einzelfall bei bis zu 95 % des Bruttopreises gemäss Bruttopreisliste.<sup>78</sup> Zu betonen ist in diesem Zusammenhang auch, dass die effektiven Verkaufspreise produkt- sowie kundenspezifisch waren und sind. Das heisst der üblicherweise gewährte Rabatt auf den Bruttopreis gemäss Preisliste fällt pro Kundin je nach Produkt bzw. Produktkategorie unterschiedlich hoch aus und verschiedene Kundinnen erhalten auf dasselbe Produkt unterschiedliche Rabatte. Es herrscht mithin trotz der gemeinsamen Bruttopreisliste kein einheitliches Preisniveau.

32. Klarzustellen ist an dieser Stelle zudem, dass die fünf Händlerinnen die Informationen zu bezogenen [...]Produkten sowie zu den bisherigen Verkaufspreisen jeweils betreffend unterschiedliche Kundinnen erhielten. [...] erhielt z. B. solche Informationen betreffend rund [...] Kundinnen mit einer Produktionsstätte im Gebiet von [...], d. h. in der Innerschweiz, während [...], welche ihren Sitz [...] hat, derartige Informationen mutmasslich betreffend rund [...] Kundinnen mit Produktionsstätten in der Nord- und Westschweiz erhielt. Soweit ersichtlich, erhielt keine der fünf Händlerinnen Informationen zu Kundinnen, zu welchen jeweils eine andere der vier Händlerinnen eine Information erhielt. Mit anderen Worten erhielt also jede der fünf Händlerinnen die vorgenannten Informationen «exklusiv» zu einer spezifischen Kundengruppe. Insbesondere hat keine [Handelspartnerin] Informationen zu den effektiven Verkaufspreisen für solche Kundinnen erhalten, welche [A] jeweils anderen [Handelspartnerinnen] überliess.

33. Wie erläutert, erfolgte die Übermittlung der Information zu bezogenen [...]Produkten sowie zu den bisherigen Verkaufspreisen und Umsätzen von [A] einmalig und gemäss den Ermittlungen mit dem Ziel, den designierten [Handelspartnerinnen] eine Vorstellung vom Geschäftspotenzial zu geben und sicherzustellen, dass die [Handelspartnerinnen] den Kundinnen keine höheren Verkaufspreise bzw. tieferen Rabatte verrechnen würden als zuvor [A].<sup>79</sup> Der Verdacht, der Informationsaustausch zwischen [A] und den fünf Händlerinnen habe dazu gedient, das Absinken der Preise zu verhindern, d. h. Mindest- oder Festpreise festzulegen, und Kundinnen untereinander definitiv aufzuteilen (vgl. oben Rz 2, 12), erhärtete sich nicht. Insbesondere ergaben sich aus den Ermittlungen keine Anhaltspunkte für ein «Gentlemen's Agreement» dergestalt, dass die von [A] mitgeteilten Rabatte auf die Bruttopreise nicht erhöht werden und sich die Unternehmen nicht gegenseitig Kundinnen strei-

tig machen sollten. Es stellte sich vielmehr heraus, dass die Vorabklärungsadressatinnen in der Preissetzung frei sein sollten und es Kundinnen freistehen sollte, die Anbieterin von [...]Werkzeugen zu wechseln (vgl. dazu auch unten Rz 43).

### B.2.3 Möglicher Austausch von Informationen im Rahmen des [Online-Shops]

34. Die Nachfragerinnen nach Zerspanungsprodukten (d. h. insbesondere von Zerspanungswerkzeugen) und -lösungen bestellen Zerspanungsprodukte über Online-Shops von Anbieterinnen, daneben aber insbesondere auch per E-Mail, telefonisch oder direkt bei Aussendienstmitarbeitenden anlässlich von deren Besuchen bei den Kundinnen.<sup>80</sup>

35. Von den Vorabklärungsadressatinnen betrieben im hier interessierenden Zeitraum seit [...] einzig [...] bzw. [A] sowie [...] einen eigenen Online-Shop.<sup>81</sup> [A] generierte im Jahr 2021 rund [...] %<sup>82</sup> ihres Umsatzes, d. h. ca. [...] Mio. CHF, über ihren Online-Shop [...].<sup>83</sup> Soweit die Vorabklärungsadressatinnen keinen eigenen Online-Shop haben, können deren Kundinnen [...]Produkte entweder (i.) direkt bei den besagten [Handelspartnerinnen] bestellen (insbesondere per E-Mail, telefonisch oder Aussendienstmitarbeitende; vgl. dazu Rz 36), oder aber (ii.) über einen eigenen Account im [Online-Shop] Bestellungen tätigen (vgl. dazu Rz 37). Die Durchführung und Abwicklung der Bestellung sowie die Rechnungsstellung erfolgen in den beiden vorgenannten Fällen folgendermassen.

36. Soweit Kundinnen [...]Produkte direkt bei [...], [...], [...] und [...] bestellen (Variante (i.)), bestellen die [Handelspartnerinnen] das gewünschte Produkt auf eigenen Namen über ihren [Handelspartnerinnen]-Account im [Online-Shop]. Die Lieferung erfolgt dann entweder ab dem Zentrallager der [...] [im Ausland] an die bestellende [Handelspartnerin], welche das Produkt an die Kundin weitergibt, oder aber – was gemäss den Vorabklärungsadressatinnen grossmehrheitlich der Fall ist – vom Zentrallager [im Ausland] direkt an diejenige Kundin, für welche die [Handelspartnerin] das gewünschte [...]Produkt bestellt hat.<sup>84</sup> So können die gewünschten Produkte bei rechtzeitiger Bestellung am Vortrag innerhalb von [...] bei der Kundin sein.<sup>85</sup> Nach Lieferung stellt sodann die [...] bzw. [A] der [Handelspartnerin] Rechnung für die bestellten und gelieferten Produkte gemäss den in diesem Verhältnis geltenden Preisen und die [Handelspartnerin] ihrer Kundin gemäss den zwischen ihnen geltenden Preisen.<sup>86</sup>

<sup>75</sup> Vgl. etwa Act. 34, 38.

<sup>76</sup> Vgl. etwa Act. 26–34, 38.

<sup>77</sup> Act. 26–34, 38.

<sup>78</sup> Vgl. dazu die Dokumente im Dossier 24-0172.

<sup>79</sup> Act. 24–34, 38.

<sup>80</sup> Act. 24–34, 38.

<sup>81</sup> Vgl. die Angaben der Vorabklärungsadressatinnen in Act. 24–34, 38 sowie [...].

<sup>82</sup> Eigene Berechnung des Sekretariats. Vgl. Act. 28 f., 41 sowie oben Rz 6.

<sup>83</sup> Vgl. Act. 28 f., 41 sowie oben Rz 6.

<sup>84</sup> Act. 24–34, 38.

<sup>85</sup> Act. 24–34, 38.

<sup>86</sup> Act. 24–34, 38.

37. Teilweise haben Kundinnen der [Handelspartnerinnen] einen eigenen Account im [Online-Shop], über den sie selbst Bestellungen tätigen können (Variante (ii.)). Für diese Kundinnen ist im [Online-Shop] bzw. im elektronischen System der [...] hinterlegt, welches Unternehmen ihre «betreuende» [Handelspartnerin] ist.<sup>87</sup> Gemäss [A] gab es – [...] – eine solche Hinterlegung einer betreuenden [Handelspartnerin] im [...] -System bei [...] von insgesamt [...] bestellenden Schweizer Kundinnen mit einem [Online-Shop]-Account.<sup>88</sup> Tätigt eine Kundin, für die eine [Handelspartnerin] als betreuende Vertriebspartnerin hinterlegt ist, eine Bestellung im [Online-Shop], so erfolgt die Lieferung wiederum entweder an die [Handelspartnerin] oder aber – was gemäss den Vorabklärungsadressatinnen grossmehrheitlich der Fall ist – direkt an die Kundin (vgl. Rz 36). Obwohl in dieser Variante die Kundinnen über den [Online-Shop] Bestellungen tätigt, erfolgt die Rechnungsstellung gegenüber der Kundin gleichwohl durch die «betreuende» [Handelspartnerin].

38. Die in den Rz 35–37 beschriebenen Möglichkeiten der Kundinnen von [Handelspartnerinnen], [...] -Produkte zu beziehen, haben zur Folge, dass für den [...] -Konzern bzw. [A] der Kundenkreis von [Handelspartnerinnen] in der Schweiz, ihr Absatzgebiet sowie die von diesen Kundinnen bestellten Produkte und Mengen ersichtlich sind, sofern eine Direktlieferung der [...] -Produkte ab dem [...] Zentrallager erfolgt (vgl. Rz 36 f.) oder zumindest für Kundinnen eine bestimmte [Handelspartnerin] als betreuende Vertriebspartnerin hinterlegt ist (vgl. Rz 37).<sup>89</sup> Informationen über Preise werden hingegen über den [Online-Shop] nicht ausgetauscht, da sowohl in Variante (i.) als auch in Variante (ii.) die Preissetzung und Rechnungsstellung gegenüber den Kundinnen durch die [Handelspartnerin] erfolgt und die in diesem Verhältnis geltenden Preise gemäss den Vorabklärungsadressatinnen nicht im [Online-Shop] hinterlegt sind.<sup>90</sup>

### B.3 Auswirkungen

39. Im Rahmen einer Vorabklärung können keine umfassenden Abklärungen zu den Auswirkungen einer bestimmten Verhaltensweise gemacht werden. Folgendes kann in Bezug auf die Auswirkungen der vorgängig beschriebenen Verhaltensweisen festgehalten werden:

40. Die Ermittlungen haben Anhaltspunkte ergeben, dass [...], [...], [...], [...] und [...] die ihnen mitgeteilten Informationen betreffende ehemalige Kundinnen von [A] verwendeten, um diejenigen Kundinnen, zu welchen sie jeweils «exklusiv» Informationen erhielten, zu akquirieren und um gewährleisten zu können, dass sie den betreffenden Kundinnen keine höheren Verkaufspreise bzw. tieferen Rabatte verrechnen würden als zuvor [A] (vgl. dazu Rz 30 ff.).<sup>91</sup>

41. Die Ermittlungen haben ferner Anhaltspunkte ergeben, dass die Verkaufspreise der [Handelspartnerinnen] nach der Übernahme der ehemaligen Kundinnen von [A] im Wesentlichen mit den mitgeteilten Verkaufspreisen der [A] diesen Kundinnen gegenüber identisch waren, also weder nach oben noch nach unten von den ehemaligen Verkaufspreisen von [A] gegenüber den betroffenen Kundinnen abwichen.<sup>92</sup> Auch ergibt sich aus den Angaben der Vorabklärungsadressatinnen, dass be-

troffene Kundinnen in der Regel damit einverstanden waren, neu von [Handelspartnerinnen] betreut zu werden, und Kundinnen von [Handelspartnerinnen] später höchstens vereinzelt zu einer anderen Lieferantin von [...] -Zerspanungsprodukten gewechselt sein könnten.<sup>93</sup> Es bestehen mithin Anhaltspunkte für eine gewisse Stabilität der Verkaufspreise und der Kundenkreise der [Handelspartnerinnen] nach der Übernahme der ehemaligen Kundinnen von [A] und der entsprechenden Informationsübermittlung. Zu betonen ist in diesem Zusammenhang, dass die effektiven Verkaufspreise produkt- sowie kundenspezifisch waren und sind, d. h. trotz der gemeinsamen Verwendung derselben Bruttopreisliste für [...] -Produkte keine einheitlichen Stückpreise vorlagen und vorliegen (vgl. oben Rz 31 f.).

42. Wahrscheinlich ist, dass die allfällige Stabilität der Verkaufspreise und der Kundenkreise im Zeitverlauf (vgl. Rz 41) auf natürlichen Distanzschutz, welcher wiederum aus dem Verhalten bzw. den Interessen der Kundinnen resultiert, zurückzuführen ist. Denn wie ausgeführt, bedarf es im Bereich der Lieferung von Zerspanungsprodukten und -lösungen oftmals einer Betreuung der Kundinnen vor Ort, d. h. an der Produktionsstätte der Kundinnen (siehe oben Rz 25). Diese können [Handelspartnerinnen] mit Standort in der Nähe der Produktionsstätte der Kundinnen besser und kostengünstiger durchführen als [Handelspartnerinnen], deren Standort weiter entfernt ist.<sup>94</sup> Kommt hinzu, dass die persönliche Kundenbeziehung und die Qualität der Beratung nach Angaben der Vorabklärungsadressatinnen wichtige Faktoren für den Bestand und die Fortsetzung der Geschäftsbeziehung sind, der Preis der Zerspanungsprodukte selbst hingegen weniger.<sup>95</sup> Die Kosten für die Zerspanungsprodukte sind zudem im Verhältnis zu den übrigen Kosten der Kundinnen (z. B. Kosten für Fachpersonal, für Forschung und Entwicklung, für Maschinen, für Material) eher klein, weshalb die Preissensibilität im Bereich der Zerspanungsprodukte nicht übermässig gross ist.<sup>96</sup>

43. Abschliessend sei darauf hingewiesen, dass die Vorabklärungsadressatinnen im Rahmen der Vorabklärung zusicherten, dass sie in der Preissetzung frei seien und Kundinnen frei entscheiden könnten, bei wem sie Zerspanungsprodukte und -lösungen beziehen möchten.<sup>97</sup>

### B.4 Zwischenergebnis zum Sachverhalt

44. Im Jahr [...] begann [A], ihren indirekten Vertriebskanal auszubauen, indem sie nach und nach unabhängige Händlerinnen zu [Handelspartnerinnen] machte, über welche sie in grösserem Umfang [...] -Produkte absetzen wollte bzw. absetzte. Zu [Handelspartnerinnen] wurden so u. a. die Vorabklärungsadressatinnen [...], [...], [...], [...] und [...].

<sup>87</sup> Vgl. insbesondere Act. 28 f., 41.

<sup>88</sup> Act. 41.

<sup>89</sup> Dies führt [A] selbst aus; vgl. Act. 41, S. 6.

<sup>90</sup> Vgl. insbesondere Act. 41, S. 6.

<sup>91</sup> Act. 24–34, 38.

<sup>92</sup> Act. 24–34, 38.

<sup>93</sup> Act. 24–34, 38.

<sup>94</sup> Vgl. Act. 24–34, 38.

<sup>95</sup> Vgl. Act. 24–34, 38.

<sup>96</sup> Vgl. Act. 24–34, 38; vgl. auch [...].

<sup>97</sup> Vgl. Act. 24–34, 38.

45. Für die Akquirierung von [...], [...], [...], [...] und [...] als [Handelspartnerinnen] hatte [A] bestimmte ihrer bisherigen Kundinnen zu verschiedenen Kundenkreisen zusammengestellt. Jeder dieser fünf Händlerinnen bot [A] anlässlich von bilateralen Kontakten einen bestimmten Kundenkreis an, wobei die fünf Händlerinnen zu «ihren» Kundenkreisen jeweils Informationen über die Umsätze erhielt, welche [A] bislang mit den enthaltenen Kundinnen erzielt hatte. Diese Informationsübermittlung erfolgte einmalig und mit dem Ziel, der jeweiligen [Handelspartnerin] eine Vorstellung vom Potenzial des Geschäfts mit diesen Kundinnen zu geben.

46. In der Folge erklärten sich [...], [...], [...], [...] und [...] gegenüber [A] dazu bereit, als [Handelspartnerin] von [A] zu fungieren und künftig die ihnen zugewiesenen, ehemaligen Kundinnen von [A] zu betreuen. [A] legte mit den fünf vorgenannten Händlerinnen jeweils einzeln fest, dass sie zu den ihnen jeweils definitiv überlassenen Kundinnen Informationen zu den bislang bezogenen Produkten und den durch [A] verrechneten Verkaufspreisen erhalten sollten. Die entsprechende Informationsübermittlung erfolgte einmalig an die [Handelspartnerinnen] mittels Excel-Listen. Damit sollte gewährleistet werden, dass die [Handelspartnerinnen] den ihnen überlassenen Kundinnen keine höhere Preise verrechnen würden als zuvor von [A] verrechnet.

47. Der ursprüngliche Verdacht, der vorgenannte Informationsaustausch zwischen [A] und den fünf Händlerinnen habe dazu gedient, das Absinken der Preise zu verhindern, d. h. Mindest- oder Festpreise festzulegen, und Kundinnen untereinander aufzuteilen, erhärtete sich nicht. Es stellte sich vielmehr heraus, dass die Vorabklärungsadressatinnen von Anfang an davon ausgingen, dass sie in der Preissetzung frei sein sollten und es Kundinnen freistehen sollte, die Anbieterin von [...] Werkzeugen zu wechseln.

48. Die Ermittlungen haben ferner ergeben, dass die Nutzung des Direktversands sowie des Online-Shops der [...], durch [Handelspartnerinnen] und Kundinnen von [Handelspartnerinnen] zur Folge hat, dass für den [...] Konzern bzw. [A] der Kundenkreis von [Handelspartnerinnen] in der Schweiz, ihr Absatzgebiet sowie die von diesen Kundinnen bestellten Produkte und Mengen ersichtlich sind. Für einen Austausch von preisbezogenen Informationen im Rahmen des [Online-Shops] bestehen keine Anhaltspunkte.

49. Im Rahmen einer Vorabklärung können die Auswirkungen der beschriebenen Verhaltensweisen nicht umfassend abgeklärt werden. Festgehalten werden kann aber insbesondere, dass Anhaltspunkte bestehen, dass die Verkaufspreise und Kundenkreise der [Handelspartnerinnen] nach der Übernahme der ehemaligen Kundinnen von [A] recht stabil blieben. Es ist wahrscheinlich, dass diese allfällige Stabilität der Verkaufspreise und der Kundenkreise auf natürlichen Distanzschutz bzw. das Verhalten und die Interessen der Kundinnen zurückzuführen ist. Zu betonen ist in diesem Zusammenhang, dass die effektiven Verkaufspreise produkt- sowie kundenspezifisch waren und sind, d. h. trotz der gemeinsamen Verwendung derselben Bruttopreisliste für [...] Produkte wegen der üblichen individuellen Rabattsetzung keine einheitlichen Stückpreise vorliegen.

## C Erwägungen

50. Zu prüfen ist, ob mit Blick auf den vorstehenden Sachverhalt Anhaltspunkte für unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen im Sinne des Kartellrechts bestehen. Nicht zu prüfen ist im Rahmen der Vorabklärung, ob tatsächlich unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen vorliegen (vgl. Art. 26 f. KG).

51. Nachfolgend werden zwei Sachverhaltskomplexe separat geprüft: Zum einen sind die bilateralen Kontakte zwischen [A] sowie [...], [...], [...], [...] und [...] zum Zwecke der Akquirierung der Unternehmen als [Handelspartnerinnen] sowie der entsprechende einmalige Informationsaustausch (vgl. dazu oben Rz 24 ff., 44–47) kartellrechtlich zu würdigen (vgl. dazu unten Rz 57 ff.). Zum anderen ist auf die laufende Kooperation zwischen [A] und den [Handelspartnerinnen] einzugehen, d. h. auf die gemeinsame Verwendung der Bruttopreisliste für [...] Produkte durch die Vorabklärungsadressatinnen (vgl. dazu oben Rz 31 f. und unten Rz 83 ff.) sowie auf den laufenden Informationsaustausch, welcher durch die gemeinsame Nutzung des Direktversands und des [Online-Shops] ermöglicht wird (vgl. dazu oben Rz 34 ff., 48 und unten Rz 83 ff.). Vorab ist insgesamt zu prüfen, ob der Geltungsbereich des KG eröffnet ist (siehe dazu Rz 52 ff.) und vorbehaltene Vorschriften eine Anwendung des KG ausschliessen (siehe dazu Rz 56).

### C.1 Geltungsbereich

52. Das KG gilt für Unternehmen des privaten und öffentlichen Rechts, die Kartell- oder andere Wettbewerbsabreden treffen, Marktmacht ausüben oder sich an Unternehmenszusammenschlüssen beteiligen (Art. 2 KG).

53. Als Unternehmen gelten sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform (Art. 2 Abs. 1<sup>bis</sup> KG).<sup>98</sup> Die vorliegende Vorabklärung richtet sich gegen [A], [...], [...], [...], [...] und [...] (vgl. oben Rz 3 ff.). Diese sind, sofern sie in einen Konzern eingebunden sind, insbesondere zusammen mit ihren Muttergesellschaften als Unternehmen im Sinne von Art. 2 Abs. 1<sup>bis</sup> KG zu qualifizieren, da sie als Anbieter und Nachfrager von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess auftreten (vgl. oben Rz 4 ff.). Das Kartellgesetz ist mithin in persönlicher Hinsicht anwendbar.

54. Vorliegend ist zu prüfen, ob Anhaltspunkte für unzulässige Wettbewerbsabreden gemäss Art. 5 KG vorliegen (vgl. oben Rz 1 f., 12). Dies wird im Rahmen der materiellen Beurteilung noch im Einzelnen zu prüfen sein (vgl. dazu unten Rz 57 ff., 83 ff.). Es wird auf die dortigen Ausführungen verwiesen und an dieser Stelle auf deren Wiedergabe verzichtet. In sachlicher Hinsicht ist das Kartellgesetz folglich anwendbar.

<sup>98</sup> Vgl. dazu BVGer, B-2977/2007 vom 27.4.2010 E. 4.1, *Publigroupe*; vgl. auch RETO HEIZMANN/MICHAEL MAYER, in: DIKE-Kommentar, Kartellgesetz, Zäch/Arnet/Baldi/Kiener/Schaller/Schranner/Spühler (Hrsg.), 2018 (zit. DIKE KG-AUTOR/IN), Art. 2 N 7 m. w. H.; VINCENT MARTENET/PIERRE-ALAIN KILLIAS, in: *Commentaire Romand, Droit de la concurrence*, Martenet/Bovet/Tercier (Hrsg.), 2. Aufl. 2013 (zit. CR CONCURRENCE-AUTOR/IN), Art. 2 LCart N 21 f.



55. Schliesslich fallen die vorliegend zu beurteilenden Handlungen und Verhaltensweisen auch in den örtlichen und zeitlichen Geltungsbereich des Kartellgesetzes.

## C.2 Keine vorbehaltenen Vorschriften

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

## C.3 Verhaltensweisen im Zusammenhang mit den [Handelspartnerinnen]-Akquirierungen (Einführung bzw. Stärkung des Dualvertriebs)

57. Nachfolgend werden die bilateralen Kontakte zwischen [A] sowie [...], [...], [...], [...] und [...] zum Zwecke der Akquirierung der fünf Händlerinnen als [Handelspartnerinnen] (Einführung bzw. Stärkung des Dualvertriebs) und der entsprechende einmalige Informationsaustausch (vgl. dazu oben Rz 24 ff., 44–47) kartellrechtlich gewürdigt.

### C.3.1 Allgemeines

58. Art. 4 Abs. 1 KG definiert, was im KG unter einer Wettbewerbsabrede zu verstehen ist. Erfüllt eine Kooperation nicht sämtliche Tatbestandsmerkmale dieser Definition, hat es damit sein Bewenden; die Kooperation ist kartellrechtlich unter dem Blickwinkel des Abredetatbestands zulässig. Ist eine Kooperation hingegen als Abrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG zu qualifizieren, bestimmt sich deren (Un-)Zulässigkeit alsdann nach Art. 5 KG. Den Grundsatz hält Art. 5 Abs. 1 KG fest: Eine Wettbewerbsabrede ist unzulässig, wenn sie entweder a) den wirksamen Wettbewerb erheblich beeinträchtigt und nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt ist oder wenn sie b) den wirksamen Wettbewerb beseitigt. Bei bestimmten Abredegegenständen vermutet das Gesetz in Art. 5 Abs. 3 und 4 KG, dass der wirksame Wettbewerb beseitigt wird, wobei diese Vermutung widerlegbar ist. Mit den rechtfertigenden Effizienzgründen, die bei Wettbewerbsabreden, die den wirksamen Wettbewerb erheblich beeinträchtigen, näher zu prüfen sind, befasst sich Art. 5 Abs. 2 KG.

### C.3.2 Wettbewerbsabrede

59. Als Wettbewerbsabreden gelten rechtlich erzwingbare oder nicht erzwingbare Vereinbarungen sowie aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen von Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufen, die eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken (Art. 4 Abs. 1 KG).

60. Eine Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG definiert sich daher durch folgende Tatbestandselemente: a) mindestens zwei Unternehmen auf gleicher

Marktstufe oder auf verschiedenen Marktstufen (siehe Rz 61 ff.), b) eine Verhaltenskoordination im Sinne eines bewussten und gewollten Zusammenwirkens (als Oberbegriff, der die Vereinbarung und die aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen umfasst; siehe Rz 67 ff.) und c) das Bezwecken oder Bewirken einer Wettbewerbsbeschränkung (siehe Rz 73 ff.).<sup>99</sup>

### C.3.2.1 Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufen

61. Eine Wettbewerbsabrede setzt voraus, dass zwei oder mehr wirtschaftlich selbständige Unternehmen zusammenwirken. Vereinbarungen und abgestimmte Verhaltensweisen zwischen Gesellschaften, die demselben Unternehmen im Sinne von Art. 2 KG angehören, werden nicht erfasst.<sup>100</sup>

62. Vorliegend geht es um das Zusammenwirken von [A] sowie [...], [...], [...], [...] und [...] anlässlich von bilateralen Kontakten. Diese Vorabklärungsadressatinnen sind je als Unternehmen im Sinne von Art. 2 Abs. 1<sup>bis</sup> KG zu qualifizieren (vgl. vorne Rz 53).

63. Art. 4 Abs. 1 KG stellt klar, dass es für das Vorliegen einer Wettbewerbsabrede nicht von Bedeutung ist, auf welcher Marktstufe die mutmasslich zusammenwirkenden Unternehmen tätig sind («...Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufen...»). Diese können vielmehr in horizontalen, vertikalen oder auch konglomeraten bzw. diagonalen Verhältnissen zueinanderstehen.<sup>101</sup> Entscheidend wäre die Frage des konkreten Verhältnisses der Abredeteilnehmerinnen erst für die materielle Beurteilung der Wettbewerbsabrede nach Art. 5 KG.<sup>102</sup> Art. 5 KG wird jedoch nachfolgend nicht zu prüfen sein, da keine Wettbewerbsabreden im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG vorliegen (vgl. Rz 73 ff., 80 f., 82). Gleichwohl kann an dieser Stelle Folgendes ausgeführt werden.

64. Im Falle der Akquirierung der [Handelspartnerinnen] wirkte jede der fünf Händlerinnen je einzeln mit [A] zusammen (siehe oben Rz 24 ff., 44–47): [A] trat gegenüber den fünf Händlerinnen jeweils als Generalimporteurin bzw. Lieferantin von [...] Zerspanungsprodukten auf, welche die fünf Händlerinnen weiterverkaufen sollten. Insoweit sind die zusammenwirkenden Unternehmen auf verschiedenen Marktstufen tätig, was für ein vertikales Zusammenwirken bzw. vertikale Abreden spricht. [A] ist indes wie die [Handelspartnerinnen] auch auf Händlerstufe tätig, da sie Zerspanungsprodukte und -lösungen

<sup>99</sup> Vgl. BGE 147 II 72 E. 3.1, *Hors-Liste-Medikamente II*; BGER, 2C\_43/2020 vom 21.12.2021 E. 7.2 (nicht publiziert in BGE 148 II 25), *Dargaud*; BGE 148 II 321 E. 6.2, *Flammarion*, jeweils unter Hinweis auf BGE 144 II 246 E. 6.4, *Altimum*.

<sup>100</sup> BGE 139 I 107 E. 10.4.1, *Publigruppe*; BVGER, B-581/2012 vom 16.9.2016 E. 4.1.3 m. w. H., *Nikon*; vgl. dazu etwa auch ROGER ZÄCH/RETO HEIZMANN, *Schweizerisches Kartellrecht*, 3. Aufl. 2023, Rz 300 ff.; MANI REINERT, in: *Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert* (Hrsg.), 2. Aufl. 2021 (zit. BSK KG-AUTOR/IN), Art. 4 Abs. 1 N 358 m. w. H.; CR *Concurrence-AMSTUTZ/CARRON/REINERT* (Fn 98), Art. 4 I LCart N 15.

<sup>101</sup> Vgl. etwa RPW 2012/1, 102 f. Rz 156, *Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich*; RPW 2021/1, 217 f. Rz 53 f., *Optische Netzwerke*; vgl. dazu auch DIKE KG-BANGERTER/ZIRLICK (Fn 98), Art. 4 Abs. 1 N 80 ff.

<sup>102</sup> DIKE KG-BANGERTER/ZIRLICK (Fn 98), Art. 4 Abs. 1 N 82.

auch direkt Vertrieb bzw. vertreibt (Dualvertrieb; vgl. oben Rz 6, 21). Dies spricht auch für eine horizontale Komponente.

65. Für Konstellationen des dualen Vertriebs ist die Vertikalbekanntmachung der Wettbewerbskommission (VertBek)<sup>103</sup> zu berücksichtigen.<sup>104</sup> Nach Art. 10 Abs. 2 VertBek gilt die Vert Bek nicht für vertikale Wettbewerbsabreden zwischen Wettbewerberinnen. Die Regelungen der VertBek kommen jedoch ausnahmsweise zur Anwendung bei vertikalen Wettbewerbsabreden zwischen Wettbewerberinnen, wenn die Wettbewerberinnen nicht gegenseitige vertikale Wettbewerbsabreden treffen und – wie hier die [A] – eine Anbieterin auf der vorgelagerten Stufe als Herstellerin, Importeurin oder Grosshändlerin und zugleich auf der nachgelagerten Stufe als Importeurin, Grosshändlerin oder Einzelhändlerin von Waren tätig ist, während die Abnehmerin eine auf der nachgelagerten Stufe tätige Importeurin, Grosshändlerin oder Einzelhändlerin, jedoch keine Wettbewerberin auf der vorgelagerten Stufe ist, auf der sie die Vertragswaren bezieht (Art. 10 Abs. 2 Bst. a VertBek). In Bezug auf einen Informationsaustausch in einer solchen Konstellation kommt die Ausnahme nur zur Anwendung, wenn der Informationsaustausch zwischen der Anbieterin und den Abnehmerinnen direkt die Umsetzung der vertikalen Wettbewerbsabrede betrifft und zur Verbesserung der Produktion oder des Vertriebs der Vertragswaren erforderlich ist (Art. 10 Abs. 3 VertBek e contrario). Art. 10 Abs. 5 VertBek stellt zudem klar, dass die Anwendung der VertBek auf Konstellationen des dualen Vertriebs nicht ausschliesst, den Sachverhalt ganz oder teilweise als horizontale Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 Abs. 3 KG oder Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung nach Art. 7 KG zu qualifizieren.

66. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass das Zusammenwirken von [A] und den übrigen Vorabklärungsadressatinnen vertikalen und horizontalen Charakter hat. Bei den beteiligten Unternehmen handelt es sich mithin um Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufen.

### C.3.2.2 Verhaltenskoordination: bewusstes und gewolltes Zusammenwirken

67. Abreden in Form von Vereinbarungen wie auch aufeinander abgestimmter Verhaltensweisen sind die Mittel der Verhaltenskoordination.<sup>105</sup> Eine Verhaltensweise stellt dann eine Abrede nach Art. 4 Abs. 1 KG dar, wenn es sich um ein *bewusstes* und *gewolltes Zusammenwirken* der betreffenden Unternehmen handelt.<sup>106</sup> Die Verhaltenskoordination lässt somit die praktische Zusammenarbeit an die Stelle des mit Risiken verbundenen Wettbewerbs treten.<sup>107</sup>

68. Eine formelle vertragliche Grundlage des bewussten und gewollten Zusammenwirkens ist nicht notwendig, vielmehr sind abgestimmte Verhaltensweisen bis hin zu verbindlichen Vereinbarungen einschlägig, wobei sich Vereinbarungen von den aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen durch den vorhandenen resp. nicht vorhandenen Bindungswillen unterscheiden.<sup>108</sup> Die rechtliche oder tatsächliche Form des Zusammenwirkens und die Durchsetzungsmöglichkeit sind unerheblich.<sup>109</sup> Entscheidend ist allein, dass zwei oder mehrere wirtschaftlich voneinander unabhängige Unternehmen

kooperieren und so bewusst und gewollt auf die individuelle Festlegung der eigenen Wettbewerbsposition verzichten.<sup>110</sup>

69. Unter das bewusste und gewollte Zusammenwirken fallen nach dem Gesagten «Vereinbarungen». Für das Vorliegen einer Vereinbarung ist erforderlich, dass ein Konsens zwischen den beteiligten Unternehmen über die Art und Weise der Zusammenarbeit der Unternehmen vorliegt. Mit Blick auf das Obligationenrecht kommt ein solcher Konsens durch übereinstimmende gegenseitige Willenserklärungen der Parteien zustande (Art. 1 Abs. 1 OR<sup>111</sup>).<sup>112</sup> Die entsprechenden Erklärungen können entweder ausdrücklich (schriftlich oder mündlich), durch konkludentes Verhalten (Art. 1 Abs. 2 OR) oder stillschweigend (Art. 6 OR) erfolgen.<sup>113</sup> Eine Vereinbarung nach Art. 4 Abs. 1 KG geht aber über den obligationenrechtlichen Vertrag auf austauschvertraglicher und gesellschaftsvertraglicher Basis hinaus, da auch rechtlich nicht erzwingbare Vereinbarungen vom Begriff erfasst sind (sog. Gentlemen's Agreements oder Frühstückskartelle): Entscheidend ist lediglich der Wille, sich zu binden.<sup>114</sup> Ob ausdrückliche oder konkludente Willenserklärungen von Unternehmen vorliegen und ob diese zu einem tatsächlichen Konsens (auch: natürlichen Konsens) der Unternehmen geführt haben, ist eine Tatfrage.<sup>115</sup>

70. Vorliegend einigten sich [...], [...], [...], [...] und [...] je einzeln mit [A] darüber, dass sie als [Handelspartnerin] von [A] fungieren und künftig bestimmte ehemalige Kundinnen von [A], zu welchen sie detaillierte Umsatzinformationen erhalten hatten, betreuen wollen (vgl. Rz 28 ff., 46). Dabei gingen die beteiligten Unternehmen davon aus, dass die designierten [Handelspartnerinnen] Informationen zu den bislang bezogenen Produkten und den Verkaufspreisen zu den jeweiligen Kundinnen, welche [A] ihnen überlassen wollte, erhalten sollten (vgl.

<sup>103</sup> Bekanntmachung der WEKO vom 12.12.2022 über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden (Vertikalbekanntmachung, VertBek).

<sup>104</sup> Vgl. auch RPW 2020/2, 632 Rz 55 f., *AdBlue*.

<sup>105</sup> Dazu und zum Folgenden: BGE 147 II 72 E. 3.2, *Hors-Liste-Medikamente II*; BGE 129 II 18 E. 6.3, *Buchpreisbindung*.

<sup>106</sup> Botschaft KG 1994, BBl 1995 I 468, 545 Ziff. 224.1; BGE 144 II 246 E. 6.4.1, *Altimum*; BGE 129 II 18 E. 6.3, *Buchpreisbindung*.

<sup>107</sup> BGE 147 II 72 E. 3.2, *Hors-Liste-Medikamente II*; BGE 129 II 18 E. 6.3, *Buchpreisbindung*.

<sup>108</sup> BGE 147 II 72 E. 3.3, *Hors-Liste-Medikamente II*.

<sup>109</sup> BVGer, B-506/2010 vom 19.12.2013 E. 3.2.2, *Gaba*; BVGer, B-463/2010 vom 19.12.2013 E. 3.2.4, *Gebro*; BSK KG-REINERT (Fn 100), Art. 4 Abs. 1 N 48 m. w. H.

<sup>110</sup> BVGer, B-8404/2010 vom 23.9.2014 E. 5.1.2 f., *Baubeschläge/SFS unimarket*; vgl. auch BGE 147 II E. 3.2, *Hors-Liste-Medikamente II*; BSK KG-Reinert (Fn 100), Art. 4 Abs. 1 N 46 m. w. H.

<sup>111</sup> Bundesgesetz vom 30.3.1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) (Obligationenrecht, OR; SR 220).

<sup>112</sup> BGE 147 II 72 E. 3.3, *Hors-Liste-Medikamente II*; BGE 144 II 246 E. 6.4.1, *Altimum*.

<sup>113</sup> BGE 147 II 72 E. 3.3, *Hors-Liste-Medikamente II*.

<sup>114</sup> BGE 147 II 72 E. 3.3, *Hors-Liste-Medikamente II*.

<sup>115</sup> Statt anderer BGER, 4A\_659/2017 vom 18.5.2018 E. 4.1 m. w. H. Dies gilt auch im Kartellrecht, wie etwa BGE 144 II 246 E. 6.5, *Altimum*, zeigt, ohne dies allerdings ausdrücklich zu sagen. Vgl. auch BVGer, B-552/2015 vom 14.11.2017 E. 4.4, *Türprodukte*; BGER, 5A\_127/2013 vom 1.7.2013 E. 4.1; BGE 116 II 695 E. 2; BSK KG-REINERT (Fn 100), Art. 4 Abs. 1 N 52 m. w. H.

insbesondere Rz 30, 46). Ziel dieser bilateralen Informationsübermittlungen war gemäss den Ermittlungen sicherzustellen, dass die jeweilige [Handelspartnerin] den Kundinnen keine höheren Verkaufspreise bzw. tieferen Rabatte verrechnen würde als zuvor [A] (vgl. Rz 30, 46). Insoweit liegt in den bilateralen Verhältnissen zwischen [A] und den fünf Händlerinnen jeweils ein Konsens über die Art und Weise der Zusammenarbeit von [A] und den fünf Händlerinnen vor, d. h. eine Vereinbarung im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG. Anhaltspunkte für eine horizontale Zusammenarbeit zwischen den fünf Händlerinnen ergaben die Ermittlungen hingegen nicht (vgl. auch unten Rz 72).

71. Die einzelnen vertikalen Informationsaustausche zwischen [A] und jeweils einer [Handelspartnerin] über ehemalige Kundinnen von [A], die von [A] mit diesen erzielten Umsätzen, die bislang bezogenen [...] Produkte sowie die Verkaufspreise (vgl. Rz 45 f., 24 ff.) sind vor diesem Hintergrund nicht isoliert zu beurteilen, sondern als «Vorbereitungsakte» bzw. «Umsetzungsakte» der vorliegenden bilateralen Vereinbarungen über die Übernahme von bestimmten bisherigen Kundinnen von [A] zu qualifizieren.<sup>116</sup> Hinzuweisen ist darauf, dass diese bilateralen Informationsaustausche für sich betrachtet jedenfalls den Tatbestand der abgestimmten Verhaltensweise<sup>117</sup> erfüllen, da die beteiligten Unternehmen in den bilateralen Verhältnissen jeweils interne Informationen von [A] austauschten und die [Handelspartnerinnen] die mitgeteilten Informationen jeweils für ihre Tätigkeit als Handelsunternehmen verwendeten (vgl. insbesondere Rz 40).

72. Mit Blick auf den Vorabklärungsgegenstand (siehe dazu Rz 1 f., 12 f.) ist an dieser Stelle festzuhalten, dass die Ermittlungen keine Anhaltspunkte für eine Vereinbarung oder abgestimmte Verhaltensweise betreffend die Festlegung von Mindest- oder Festpreisen und/oder zur definitiven Zuteilung von Kundinnen ergeben haben (vgl. Rz 33, 47). Insoweit liegt also kein bewusstes und gewolltes Verhalten der Vorabklärungsadressatinnen vor, weshalb insofern schon deshalb das Vorliegen von Wettbewerbsabreden im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG ausgeschlossen ist.

### C.3.2.3 Bezwecken oder Bewirken einer Wettbewerbsbeschränkung

73. Neben einem bewussten und gewollten Zusammenwirken muss die Abrede nach Art. 4 Abs. 1 KG «eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken».

74. Eine «Wettbewerbsbeschränkung» liegt vor, wenn es bei einem Vergleich der Wettbewerbssituation mit Abrede und der hypothetischen Wettbewerbssituation ohne Abrede «ein Minus gibt»; wenn also durch eine Verhaltenskoordination «die Handlungsfreiheit der Wettbewerbssteilnehmer hinsichtlich einzelner Wettbewerbsparameter (im Wesentlichen: Preis, Menge, Qualität, Service, Beratung, Werbung, Geschäftskonditionen, Marketing, Forschung und Entwicklung) so eingeschränkt wird, dass dadurch die zentralen Funktionen des Wettbewerbs vermindert bzw. eingeschränkt werden».<sup>118</sup> Die Vereinbarung oder abgestimmte Verhaltensweise muss sich mithin auf einen Wettbewerbsparameter beziehen.<sup>119</sup> Wie das Bundesgericht ausführt, ist das Beschränken nach Art. 4 Abs. 1 KG «wettbewerbs-

rechtlich noch neutral»<sup>120</sup>. Ob die Wettbewerbsbeschränkung zulässig oder unzulässig ist, ist Gegenstand der Prüfung nach Art. 5 KG.<sup>121</sup>

75. Art. 4 Abs. 1 KG setzt die Tatbestandsmerkmale «bezwecken» resp. «bewirken» – wie bereits das Wort «oder» im Gesetzestext zeigt – alternativ voraus, nicht kumulativ.<sup>122</sup> Aufgrund der Alternativität von Bezwecken und Bewirken sind tatsächliche Auswirkungen der Abrede nicht notwendig; es genügt, wenn sie eine solche Beschränkung bezwecken.<sup>123</sup>

76. Eine Vereinbarung oder abgestimmte Verhaltensweise *bezweckt* eine Wettbewerbsbeschränkung, wenn die Beteiligten «die Ausschaltung oder Beeinträchtigung eines oder mehrerer Wettbewerbsparameter zum Programm erhoben haben», oder mit anderen Worten der Verhaltenskoordination der wettbewerbsbeschränkende Zweck innewohnt.<sup>124</sup> Um dieses Potenzial zu beurteilen, sind eine Reihe von Faktoren relevant: so namentlich der Inhalt der Kooperation, die mit ihr verfolgten Ziele, der wirtschaftliche und rechtliche Kontext und in dessen Rahmen die Art der betroffenen Waren und Dienstleistungen sowie die Funktionsweise und die Struktur der betreffenden Märkte.<sup>125</sup> Eine subjektive Absicht der an der Abrede Beteiligten oder tatsächliche Auswirkungen sind nicht notwendig. Es genügt, wenn der Abredeinhalt objektiv geeignet ist, eine Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Rz 74 durch Ausschaltung oder Begrenzung eines Wettbewerbsparameters zu verursachen.<sup>126</sup> Eine Vereinbarung oder abgestimmte Verhaltensweise *bewirkt* eine Wettbewerbsbeschränkung, wenn sie tatsächlich zu einer Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Rz 74 führt,<sup>127</sup> ihre Anwendung also für eine Ausschaltung oder Begrenzung eines oder mehrerer Wettbewerbsparameter ursächlich ist.<sup>128</sup>

<sup>116</sup> Ähnlich BVGer, B-141/2012 vom 12.12.2022 E. 4.4.3., *ASCOPA*.

<sup>117</sup> Siehe dazu insbesondere BGE 147 II 72 E. 3.4, *Hors-Liste-Medikamente II*.

<sup>118</sup> BGE 147 II 72 E. 3.5, *Hors-Liste-Medikamente II*; BVGer, B-3618/2013 vom 24.11.2016 E. 303, *Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich*; BVGer, B-3332/2012 vom 13.11.2015 E. 2.2.3, *BMW*; BVGer, B-506/2010 vom 19.12.2013 E. 3.2.3, *Gaba*; BVGer, B-463/2010 vom 19.12.2013 E. 3.2.6, *Gebro*.

<sup>119</sup> Statt vieler: RPW 2020/1, 202 Rz 834, *KTB-Werke*; RPW 2018/4, 790 Rz 370, *Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin III*; RPW 2018/2, 240 Rz 32, *Gym80*.

<sup>120</sup> BGE 147 II 72 E. 3.5, *Hors-Liste-Medikamente II*.

<sup>121</sup> BGE 147 II 72 E. 3.5, *Hors-Liste-Medikamente II*.

<sup>122</sup> BGE 147 II 72 E. 3.6, *Hors-Liste-Medikamente II*; vgl. u. a. auch BVGer, B-3618/2013 vom 24.11.2016 E. 303, *Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich*; BVGer, B-3332/2012 vom 13.11.2015 E. 2.2.3, *BMW*.

<sup>123</sup> BGE 147 II 72 E. 3.6, *Hors-Liste-Medikamente II*; BGE 144 II 246 E. 6.4.2, *Altimum*.

<sup>124</sup> BGE 147 II 72 E. 3.6, *Hors-Liste-Medikamente II*.

<sup>125</sup> Vgl. auch EuGH, ECLI:EU:C:2023:529, Rz 32, 35 m. w. Hw., *Super Bock*; Leitlinien vom 27.4.2004 zur Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 EG-Vertrag, ABl. C 101, S. 97 ff., Rz 22.

<sup>126</sup> BGE 147 II 72 E. 3.6, *Hors-Liste-Medikamente II*; BVGer, B-506/2010 vom 19.12.2013 E. 3.2.3, *Gaba*; BVGer, B-463/2010 vom 19.12.2013 E. 3.2.6, *Gebro*.

<sup>127</sup> Vgl. etwa RPW 2020/4a, 1813 Rz 408, *Bauleistungen Graubünden*.

<sup>128</sup> BGE 147 II 72 E. 3.6, *Hors-Liste-Medikamente II*; so u. a. auch: BVGer, B-3618/2013 vom 24.11.2016 E. 303, *Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich*.

77. Vorliegend bestanden zwischen [A] und den Händlerinnen jeweils bilaterale Vereinbarungen über die künftige Betreuung bestimmter bisheriger [A]-Kundinnen durch die jeweilige Händlerin, über den Informationsaustausch zu Umsatzzahlen, bislang bezogene Produkte und die bisherigen Verkaufspreise von [A] sowie über die Nichtüberschreitung des bisherigen Preisniveaus (vgl. oben Rz 70). Damit beschränkten sich [A] und die fünf Händlerinnen in den bilateralen Verhältnissen jeweils in ihrer Freiheit, ihre Kundinnen autonom auszuwählen<sup>129</sup> und ihre Preise gänzlich selbständig festzulegen, mithin in Wettbewerbsparametern. Zudem handelt es sich bei den in den bilateralen Verhältnissen ausgetauschten Informationen um sensible Informationen mit Geschäftsgeheimnischarakter (Umsatz, bezogene Produkte, Verkaufspreise), welche direkt oder indirekt den Preis als zentralen Wettbewerbsparameter beschlagen.<sup>130</sup>

78. Mit der Einschränkung der Handlungsfreiheit durch die Vereinbarung bezüglich relevanter Wettbewerbsparameter geht in der Regel eine mögliche Beschränkung des wirksamen Wettbewerbs einher.<sup>131</sup> Damit ist eine solche Vereinbarung grundsätzlich zumindest objektiv geeignet, eine Wettbewerbsbeschränkung zu verursachen; ob sie unzulässig ist, ist im Rahmen von Art. 5 KG zu prüfen.<sup>132</sup> Gemäss Praxis, Rechtsprechung und Lehre kann indes ausnahmsweise das Vorliegen einer bezweckten oder bewirkten Wettbewerbsbeschränkung auch im Falle der Beschränkung der Handlungsfreiheit bezüglich Wettbewerbsparameter verneint werden, wenn die Vereinbarung oder abgestimmte Verhaltensweise offensichtlich keine negativen Auswirkungen auf den Wettbewerb haben kann oder sogar prokompetitiv wirkt.<sup>133</sup>

79. Dies gilt insbesondere bei einem Informationsaustausch. Ein Informationsaustausch zwischen Unternehmen kann wettbewerbsbeschränkend, aber auch wettbewerbsfördernd sein,<sup>134</sup> weshalb die Beurteilung eines Informationsaustausches stets eine Einzelfallbetrachtung erfordert.<sup>135</sup> Der Austausch von Informationen ist umso unproblematischer, je seltener der Austausch stattfindet, je weniger aktuell die ausgetauschten Informationen sind, je grösser der Aggregierungsgrad ist und je bekannter die ausgetauschten Daten ohnehin in der Öffentlichkeit oder zumindest im Markt sind (keine vertraulichen Daten).<sup>136</sup>

80. Vorliegend ging es den Unternehmen bei der jeweiligen bilateralen Zusammenarbeit darum, die Betreuung der bisherigen [A]-Kundinnen im angepassten Vertriebssystem zu gewährleisten und sicherzustellen, dass diesen keine höheren Preise verrechnet werden würden als zuvor von [A] (vgl. Rz 30, 46, 70). Die Kundinnen, welche den [Handelspartnerinnen] überlassen wurden, waren dabei in der Regel mit der Änderung ihrer Lieferantin einverstanden; falls nicht, nahm [A] die betreffende Kundin zurück (vgl. Rz 29). Die Zusammenarbeit lag vorliegend also im Interesse der Kundschaft und führte dazu, dass sich die Anzahl Anbieterinnen von [...]Produkten schweizweit erhöhte. Der entsprechende einmalige Informationsaustausch erfasste dabei zwar vertrauliche, nicht-aggregierte und zum damaligen Zeitpunkt teilweise auch aktuelle Daten. Allerdings war der Informationsaustausch nur einmalig und die beteiligten Unternehmen

gingen davon aus, nach der Übernahme der ehemaligen Kundinnen von [A] in der Preissetzung und der Auswahl ihrer Kundinnen frei zu sein (vgl. Rz 33, 43). Der Umstand, dass die individuellen, kunden- und produktspezifischen Verkaufspreise sowie die Kundenkreise im Zeitverlauf gleichwohl recht stabil blieben, dürfte dabei auf den natürlichen Distanzschutz bzw. die Bedeutung des Wettbewerbsparameters «Beratung» sowie die Interessen der Kundschaft zurückzuführen sein (vgl. Rz 42). Zudem verfügen die Vorabklärungsadressatinnen über keine bedeutende Marktstellung. Gemessen am schweizerischen Gesamtvolumen im Bereich Zerspanungsprodukte ([...]-[...] Mio. CHF pro Jahr<sup>137</sup>; vgl. Rz 18) liegt der gemeinsame Umsatzanteil der Vorabklärungsadressatinnen für das Jahr 2021 bei rund [0–10] %.<sup>138</sup> Nachfragerinnen nach Zerspanungsprodukten und -lösungen stand und steht dabei nicht nur eine Vielzahl alternativer Anbieterinnen von Zerspanungsprodukten anderer Marken zur Verfügung (vgl. dazu Rz 20), sondern sie konnten und können [...]Produkte auch aus alternativen Quellen beziehen (vgl. Rz 21).

81. Mit Blick auf diese Umstände ist daher anzunehmen, dass die bilateralen Vereinbarungen zwischen [A] und je einer der fünf Händlerinnen über die Begründung der Vertriebsverhältnisse und den entsprechenden einmaligen vertikalen Informationsaustausch keine negativen Auswirkungen auf den Wettbewerb haben konnten oder sogar prokompetitiv wirkten, weil sich hierdurch die Zahl der Anbieterinnen von [...]Produkten schweizweit erhöhte. Damit bestehen keine Anhaltspunkte, dass die bilateralen Vereinbarungen über die Begründung der Vertriebsverhältnisse und den entsprechenden einmaligen Informationsaustausch eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckten oder bewirkten.

### C.3.3 Zwischenfazit

82. Im Hinblick auf die bilateralen Vereinbarungen zwischen [A] und je einer der fünf Händlerinnen über die Begründung der Vertriebsverhältnisse und den entsprechenden einmaligen vertikalen Informationsaustausch liegen folglich keine Anhaltspunkte für eine Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG vor. Die bilateralen Vereinbarungen sind mithin zulässig.

<sup>129</sup> Vgl. dazu RPW 2020/2, 629 f. Rz 37 ff., *AdBlue*.

<sup>130</sup> Vgl. BVGer, B-141/2012 vom 12.12.2022, E. 4.5.4, E. 4.6.4 f., *ASCOPA*.

<sup>131</sup> Vgl. RPW 2021/1, 116 f. Rz 163–165 m. w. N., *Dauer-ARGE Graubünden*.

<sup>132</sup> BGE 147 II 72 E. 3.5, *Hors-Liste-Medikamente II*.

<sup>133</sup> Vgl. BVGer, B-141/2012 vom 12.12.2022, E. 4.7, *ASCOPA*; RPW 2021/1, 117 Rz 165, *Dauer-ARGE Graubünden*; DIKE KG-BANGERTER/ZIRLICK (Fn 98), Art. 4 Abs. 1 N 129 m. w. N.

<sup>134</sup> Vgl. DIKE KG-ZIRLICK/BANGERTER (Fn 98), Art. 4 N 150 m. w. N.

<sup>135</sup> Vgl. dazu etwa RPW 2007/1, 143 f. Rz 34 ff., *Praxis der schweizerischen Wettbewerbsbehörden im Versicherungsbereich*; RPW 2011/4, 517 ff., *Benchmarking Hypothekarzinsenmargen*; RPW 2011/4, 583 ff. Rz 381 ff., *ASCOPA*; RPW 2016/4, 916 ff., *Zulässigkeit des Konzepts der Datenerhebung und -verteilung der cemsuisse*; RPW 2020/4a, 1828 ff. Rz 517 ff., *Bauleistungen Graubünden*; RPW 2021/3, 620 f. Rz 15 ff., *Zurverfügungstellung von Daten über die Neuzulassung und die Standorte von Fahrzeugen durch das ASTRA*.

<sup>136</sup> Vgl. dazu insbesondere BVGer, B-141/2012 vom 12.12.2022 E. 6.4 m. w. N., *ASCOPA*.

<sup>137</sup> Gemäss Schätzung von [A], vgl. Act. 28 f. Vgl. auch Fn 36.

<sup>138</sup> Berechnung des Sekretariats anhand der Umsatzangaben der Vorabklärungsadressatinnen (vgl. dazu Rz 4 ff.; s. a. Rz 22).

## C.4 Laufende Zusammenarbeit im Rahmen des dualen Vertriebs

83. Nachfolgend wird die laufende Kooperation zwischen [A] und den [Handelspartnerinnen] [...], [...], [...], [...] und [...] beurteilt. Einzugehen ist auf die gemeinsame Verwendung der Bruttopreisliste für [...] -Produkte durch die Vorabklärungsadressatinnen (vgl. dazu oben Rz 31 f.) sowie auf den laufenden Informationsaustausch, welcher durch die Nutzung des Direktversands und des [Online-Shops] ermöglicht wird (vgl. dazu oben Rz 34 ff., 48).

### C.4.1 Wettbewerbsabrede

84. Als Wettbewerbsabreden gelten rechtlich erzwingbare oder nicht erzwingbare Vereinbarungen sowie aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen von Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufen, die eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken (Art. 4 Abs. 1 KG). Zu prüfen ist wiederum, ob a) mindestens zwei Unternehmen auf gleicher Marktstufe oder auf verschiedenen Marktstufen zusammenwirken (siehe dazu Rz 85), b) eine Verhaltenskoordination im Sinne eines bewussten und gewollten Zusammenwirkens vorliegt (siehe dazu Rz 86 f.) und c) eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt oder bewirkt ist (siehe dazu Rz 88 ff.).

#### C.4.1.1 Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufen

85. Auch im Falle der laufenden, gemeinsamen Verwendung der [...] -Bruttopreisliste sowie der Nutzung des Direktversands und des [Online-Shops] liegt ein Zusammenwirken von Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufen vor (vgl. oben Rz 61 ff.). Entscheidend wäre die Frage des konkreten Verhältnisses der Abredeteilnehmerinnen erst für die materielle Beurteilung der Wettbewerbsabrede nach Art. 5 KG.<sup>139</sup> Art. 5 KG wird jedoch nachfolgend nicht zu prüfen sein, da keine Wettbewerbsabreden im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG vorliegen (vgl. Rz 88 ff., 96).

#### C.4.1.2 Verhaltenskoordination: bewusstes und gewolltes Zusammenwirken

86. Im Rahmen ihrer laufenden Kooperation verwenden [A] und [...], [...], [...], [...] und [...] die ca. jährlich angepasste [...] -Bruttopreisliste für die Kalkulierung ihrer kunden- und produktspezifischen Verkaufspreise mittels Rabattsetzung (vgl. oben Rz 31 f.) und nutzen den Direktversand sowie den [Online-Shop] (vgl. oben Rz 34 ff.). Durch Letzteres erfährt der [...] -Konzern bzw. [A] in der Regel laufend, welche Unternehmen aktuelle Kundinnen der [Handelspartnerinnen] sind und in welcher Menge diese Unternehmen welche [...] -Produkte beziehen (vgl. oben Rz 34 ff., 48). Aufgrund dieser Verhaltensweisen bestehen Anhaltspunkte, dass in den bilateralen Verhältnissen zwischen [A] und jeweils einer der fünf Händlerinnen ein Konsens bestand und besteht über die Verwendung der [...] -Bruttopreisliste als Kalkulationsgrundlage für die Rabattsetzung sowie die Nutzung des Direktversands und des [Online-Shops] sowie den entsprechenden Informationsfluss. Es bestehen damit Anhaltspunkte für bilaterale Vereinbarungen oder zumindest abgestimmte Verhaltensweisen im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG (vgl. dazu oben Rz 67 ff.).

87. Es liegt damit ein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken vor in Bezug auf den laufenden Austausch und die Verwendung der [...] -Bruttopreisliste als Kalkulationsgrundlage für die Berechnung der Verkaufspreise sowie die laufende Übermittlung von Informationen über die Identität von aktuellen Kundinnen der [Handelspartnerinnen] und die von diesen bezogenen Produkte und Mengen.

### C.4.1.3 Bezwecken oder Bewirken einer Wettbewerbsbeschränkung

88. Nachfolgend wird zunächst geprüft, ob Anhaltspunkte bestehen, dass die laufenden bilateralen Austausche der [...] -Bruttopreisliste und ihre Verwendung eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken (vgl. Rz 89 ff.). Anschliessend ist darauf einzugehen, ob infolge der laufenden Übermittlung von Informationen über die Identität von aktuellen Kundinnen der [Handelspartnerinnen] sowie die von diesen bezogenen Produkte und Mengen Anhaltspunkte für eine bezweckte oder bewirkte Wettbewerbsbeschränkung bestehen (vgl. Rz 93 ff.).

#### C.4.1.3.1 Laufender Austausch und gemeinsame Verwendung der [...] -Bruttopreisliste

89. Wie erläutert, liegt eine *bezweckte* Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG vor, wenn das bewusste und gewollte Zusammenwirken konkret ein wettbewerbsbeschränkendes Potential hat bzw. objektiv geeignet ist, eine Wettbewerbsbeschränkung i. S. einer Beschränkung von Wettbewerbsparametern herbeizuführen (vgl. oben Rz 76). Eine Vereinbarung oder abgestimmte Verhaltensweise *bewirkt* eine Wettbewerbsbeschränkung, wenn sie tatsächlich zu einer Wettbewerbsbeschränkung führt, ihre Anwendung also für eine Ausschaltung oder Begrenzung eines oder mehrerer Wettbewerbsparameter ursächlich ist.<sup>140</sup> Gemäss Praxis, Rechtsprechung und Lehre kann ausnahmsweise das Vorliegen einer bezweckten oder bewirkten Wettbewerbsbeschränkung auch im Falle der Beschränkung der Handlungsfreiheit bezüglich Wettbewerbsparameter verneint werden, wenn die Vereinbarung oder abgestimmte Verhaltensweise offensichtlich keine negativen Auswirkungen auf den Wettbewerb haben kann oder sogar prokompetitiv wirkt (vgl. oben Rz 78 f.).<sup>141</sup>

90. Der Austausch von Bruttopreislisten und die gemeinsame Verwendung solcher Listen kann die Gefahr von abgestimmten Verkaufspreisen begründen, weil die beteiligten Unternehmen bei der Preiskalkulation unter Berücksichtigung von Rabatten eine einheitliche Basis verwenden.<sup>142</sup> Vereinbarungen oder abgestimmte Verhaltensweisen mit Bezug zu Bruttopreisen können sogar als Preisabreden im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG qualifiziert werden, etwa wenn Konkurrentinnen ihre

<sup>139</sup> DIKE KG-BANGERTER/ZIRLICK (Fn 98), Art. 4 Abs. 1 N 82.

<sup>140</sup> BGE 147 II 72 E. 3.6, *Hors-Liste-Medikamente II*; so u. a. auch: BVGer, B-3618/2013 vom 24.11.2016 E. 303, *Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich*.

<sup>141</sup> Vgl. BVGer, B-141/2012 vom 12.12.2022, E. 4.7, ASCOPA; RPW 2021/1, 117 Rz 165, *Dauer-ARGE Graubünden*; DIKE KG-BANGERTER/ZIRLICK (Fn 98), Art. 4 Abs. 1 N 129 m. w. N.

<sup>142</sup> Vgl. dazu auch BVGer, B-141/2012 vom 12.12.2022 E. 6.4.2.4.23, ASCOPA.

jeweiligen Bruttopreise bzw. Bruttopreiserhöhungen mit dem Ziel der Einhaltung eines bestimmten Preisniveaus aufeinander abstimmen.<sup>143</sup> Das bedeutet indes nicht, dass jeder Austausch und jede Verwendung einer Bruttopreisliste eine Wettbewerbsbeschränkung bewirkt oder bezweckt. Massgebend ist stets eine Einzelfallbetrachtung.

91. Vorliegend geht es nicht um eine Abstimmung von Bruttopreislisten zwischen horizontalen Wettbewerberinnen (z. B. Herstellerinnen), sondern um bilaterale Austausche einer Bruttopreisliste in vertikalen Verhältnissen. Sowohl die beteiligten Unternehmen als auch deren Kundinnen gingen und gehen dabei davon aus, dass die Händlerinnen in der Preisbildung frei sind und die tatsächliche Preisfestsetzung mittels produkt- und kundenspezifischer Rabatte erfolgen soll und erfolgt(e) (vgl. Rz 33, 43). Der Umstand, dass die individuellen, kunden- und produktspezifischen Verkaufspreise gleichwohl recht stabil blieben, dürfte dabei auf natürlichen Distanzschutz bzw. die Bedeutung des Wettbewerbsparameters «Beratung» sowie die Interessen der Kundschaft zurückzuführen sein (vgl. Rz 42). Schon dies spricht dafür, dass der Austausch der [...]-Bruttopreisliste und ihre Verwendung keine Wettbewerbsbeschränkung bewirkt oder bezweckt. Kommt hinzu, dass es – wie die Vorabklärungsadressatinnen vorbringen – plausibel ist, dass die [...]-Bruttopreisliste für die Händlerinnen den Aufwand bei der Preissetzung für die verkauften Artikel des [...] Zerspanungsprodukte umfassenden [...] -Sortiments (vgl. dazu Rz 21) senkt und damit zu tieferen Kosten führt.<sup>144</sup> Darüber hinaus ist auch an dieser Stelle zu berücksichtigen, dass die Vorabklärungsadressatinnen keine bedeutende Marktstellung haben, da der gemeinsame Umsatzanteil der Vorabklärungsadressatinnen rund [0–10] % des insgesamt pro Jahr mit dem Verkauf von Zerspanungsprodukten erzielten Umsatzes beträgt (vgl. oben Rz 18, 22, 80).<sup>145</sup> Nachfragerinnen nach Zerspanungsprodukten und -lösungen standen und stehen dabei nicht nur eine Vielzahl alternativer Anbieterinnen von Zerspanungsprodukten anderer Marken zur Verfügung (vgl. dazu Rz 20), sondern sie konnten und können [...] -Produkte auch aus alternativen Quellen beziehen (vgl. Rz 21).

92. Mit Blick auf die genannten Umstände ist daher anzunehmen, dass die bilateralen Vereinbarungen zwischen [A] und je einer der fünf Händlerinnen über den laufenden Austausch der [...] -Bruttopreisliste und ihre Verwendung keine negativen Auswirkungen auf den Wettbewerb haben konnten oder sogar prokompetitiv wirkten, weil dies den Aufwand der Händlerinnen bei der Preiskalkulation senkte. Damit bestehen keine Anhaltspunkte, dass die bilateralen Vereinbarungen über den laufenden Austausch der [...] -Bruttopreisliste und ihre Verwendung eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckten oder bewirkten.

#### **C.4.1.3.2. Laufende Übermittlung von Informationen zu Kundinnen, bezogenen Produkten und Mengen**

93. In Bezug auf die bilateralen Vereinbarungen oder abgestimmten Verhaltensweisen zwischen [A] und je eine der fünf Händlerinnen über den laufenden Informationsaustausch betreffend die Kundenkreise der [Han-

delspartnerinnen] und die von ihren Kundinnen bezogenen Produkte und Mengen sind vor allem Informationsaustauschspezifische Aspekte zu berücksichtigen. Der Austausch von Informationen ist generell umso problematischer, je häufiger der Austausch stattfindet, je aktueller die ausgetauschten Informationen sind, je geringer der Aggregierungsgrad ist und je vertraulicher die ausgetauschten Daten sind.<sup>146</sup> Zu beachten ist auch, dass ein Informationsaustausch nicht als bezweckte oder bewirkte Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG angesehen werden kann, wenn er offensichtlich keine negativen Auswirkungen auf den Wettbewerb hat oder sogar prokompetitiv wirkt (vgl. oben Rz 78 f.).<sup>147</sup>

94. Vorliegend erfährt der [...] -Konzern bzw. [A] in der Regel laufend, welche Unternehmen aktuelle Kundinnen der [Handelspartnerinnen] sind und in welcher Menge diese Unternehmen welche [...] -Produkte beziehen (vgl. oben Rz 34 ff., 48). Aus den übermittelten Informationen ergeben sich für den [...] -Konzern bzw. [A] also laufend und aktuell direkte Erkenntnisse über von Konkurrentinnen verkaufte Produkte und Mengen sowie über Kundenkreise und Absatzgebiete von Konkurrentinnen. Ein solcher Austausch von Informationen kann die Gefahr der Beeinträchtigung des Inter- und Intra-brandwettbewerbs sowie von Kunden- und Gebietsaufteilungen begründen.<sup>148</sup> Indes ist vorliegend zu berücksichtigen, dass die Ermittlungen keine Anhaltspunkte ergaben, dass [A] diese Informationen tatsächlich nutzt(e), um sich einen Wettbewerbsvorteil zu verschaffen, etwa indem das Unternehmen infolge der Erlangung dieser Informationen Kundinnen von [Handelspartnerinnen] abgeworben hätte. Auch bestehen keine Anhaltspunkte für tatsächliche Kunden- und Gebietsaufteilungen zwischen den Vorabklärungsadressatinnen (vgl. Rz 33, 47). Der Umstand, dass die Kundenkreise gleichwohl recht stabil blieben, dürfte dabei auf natürlichen Distanzschutz bzw. die Bedeutung des Wettbewerbsparameters «Beratung» sowie die Interessen der Kundschaft zurückzuführen sein (vgl. Rz 42). Schon dies spricht dafür, dass der laufende Austausch dieser Informationen keine Wettbewerbsbeschränkung bewirkt oder bezweckt. Kommt hinzu, dass es – wie [A] vorbringt – plausibel ist, dass der Austausch der Informationen zwischen der das Zentrallager betreibenden [...] -Gesellschaft und den [Handelspartnerinnen] bzw. deren Kundinnen notwendig ist,

<sup>143</sup> Vgl. dazu RPW 2012/3, 640 f. Rz 245 ff., 642 Rz 258, *Komponenten für Heiz-, Kühl- und Sanitäranlagen*; RPW 2019/3b, 956 ff. Rz 2292 ff., *Badezimmer*.

<sup>144</sup> Vgl. dazu die Angaben der Vorabklärungsadressatinnen in Act. 24–34, 38.

<sup>145</sup> Berechnung des Sekretariats anhand der Umsatzangaben von [A] (vgl. dazu Rz 6; s. a. Rz 22).

<sup>146</sup> Vgl. dazu insbesondere BVGer, B-141/2012 vom 12.12.2022 E. 6.4 m. w. N., *ASCOPA*.

<sup>147</sup> Vgl. BVGer, B-141/2012 vom 12.12.2022, E. 4.7, *ASCOPA*; RPW 2021/1, 117 Rz 165, *Dauer-ARGE Graubünden*; DIKE KG-BANGERTER/ZIRLICK (Fn 98), Art. 4 Abs. 1 N 129 m. w. N.

<sup>148</sup> Vgl. dazu etwa RPW 2019/2, 283 VI., *AMAG Vertriebsnetz* sowie auch Rn 99 f. Vertikal-Leitlinien (Mitteilung der Kommission, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABI. C 248 vom 30.6.2022, 1; nachfolgend: *Vertikal-Leitlinien*). Nach Rn 100 Bst. b Vertikal-Leitlinien dürfen im dualen Vertrieb in der Regel keine Informationen über identifizierbare Endverbraucherinnen und -verbraucher ausgetauscht werden.

um den zeit- und aufwandsparenden Direktversand zu ermöglichen (vgl. auch Rz 36).<sup>149</sup> Darüber hinaus sind auch an dieser Stelle die Marktstellung der Vorabklärungsadressatinnen (vgl. oben Rz 18, 22, 80, 91) sowie die zahlreichen alternativen Bezugsmöglichkeiten der Nachfragerinnen nach Zerspanungsprodukten und -lösungen zu berücksichtigen (vgl. Rz 20 f., 80, 91).

95. Mit Blick auf die genannten Umstände ist daher anzunehmen, dass die bilateralen Vereinbarungen oder abgestimmten Verhaltensweisen zwischen [A] und je einer der fünf Händlerinnen betreffend den laufenden Informationsaustausch über die Kundenkreise der [Handelspartnerinnen] und die von ihren Kundinnen bezogenen Produkte und Mengen keine negativen Auswirkungen auf den Wettbewerb haben konnten oder sogar prokompetitiv wirkten, weil sie der Ermöglichung des Direktversands dienen. Damit bestehen keine Anhaltspunkte, dass die bilateralen Vereinbarungen oder abgestimmten Verhaltensweisen über den laufenden Informationsaustausch betreffend die Kundenkreise der [Handelspartnerinnen] und die von ihren Kundinnen bezogenen Produkte und Mengen eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckten oder bewirkten.

#### C.4.2 Zwischenfazit

96. Im Hinblick auf die bilateralen Vereinbarungen oder abgestimmten Verhaltensweisen zwischen [A] und je einer der fünf Händlerinnen über den laufenden Austausch der [...]Bruttopreisliste und ihre Verwendung sowie betreffend den laufenden Informationsaustausch über die Kundenkreise der [Handelspartnerinnen] und die von ihren Kundinnen bezogenen Produkte und Mengen liegen folglich keine Anhaltspunkte für Wettbewerbsabreden im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG vor. Diese bilateralen Vereinbarungen oder abgestimmten Verhaltensweisen sind mithin zulässig.

#### D Ergebnis

97. Die Ermittlungen im Rahmen der Vorabklärung ergaben mithin keine Anhaltspunkte für Wettbewerbsabreden im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG. Das geprüfte Verhalten der Vorabklärungsadressatinnen ist damit zulässig.

#### E Kosten

98. Gemäss Art. 3 Abs. 2 Bst. b GebV-KG<sup>150</sup> haben Beteiligte des geprüften, mutmasslichen Wettbewerbsverstosses keine Gebühren zu bezahlen, wenn die Vorabklärung keine Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung ergibt. Vorliegend haben die Ermittlungen keine Anhaltspunkte für unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen ergeben (vgl. Rz 57–82, 83–96, 97). Den Vorabklärungsadressatinnen sind damit keine Gebühren aufzuerlegen. Die Kosten des Verfahrens gehen damit zu Lasten der Bundeskasse.

#### F Schlussfolgerungen

Das Sekretariat der Wettbewerbskommission, gestützt auf den bekannten Sachverhalt und die vorangehenden Erwägungen,

1. stellt fest, dass keine Anhaltspunkte für Wettbewerbsabreden im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG beste-

hen und das geprüfte Zusammenwirken von [A] sowie [...], [...], [...], [...] und [...] zulässig ist;

2. beschliesst demzufolge, die Vorabklärung einzustellen und auf eine Untersuchungseröffnung zu verzichten;
3. stellt fest, dass die Kosten des Verfahrens zu Lasten der Bundeskasse gehen;
4. beschliesst, diesen Schlussbericht zu publizieren.

<sup>149</sup> Vgl. dazu die Angaben von [A] in Act. 28 f., 41. Hätten die Vorabklärungsadressatinnen eine bedeutsamere Marktstellung, so wäre allenfalls zu prüfen, ob beim [...]Konzern Massnahmen zu ergreifen wären, um zu verhindern, dass innerhalb des [...]Konzerns [...] [A] [...] Kenntnis erlangt von der Identität der Kundinnen der [Handelspartnerinnen] und den von diesen bezogenen Produkten und Mengen. Vgl. dazu auch Rn 99 ff. Vertikal-Leitlinien. Gemäss Art. 103 Vertikal-Leitlinien sollte sichergestellt werden, dass diejenigen Personen, welche beim Unternehmen, das ein duales Vertriebssystem betreibt, für die Direktvertriebstätigkeit verantwortlich sind, keine Informationen zugänglich sind, die das Unternehmen durch seine Lieferantentätigkeit auf der vorgelagerten Marktstufe erhalten hat.

<sup>150</sup> Verordnung vom 25.2.1998 über die Gebühren zum Kartellgesetz (Gebührenverordnung KG, GebV-KG; SR 251.2).

B 1	<b>4. Beratungen Conseils Consulenze</b>
B 1.4	<b>1. Vergabe mediale Übertragungsrechte Swiss Football League</b>

*Diese Beratung erfolgt im Rahmen einer Beratung nach Art. 23 Abs. 2 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251).*

## **A Sachverhalt**

1. Gemäss Beratungsanfrage stehe seitens der Swiss Football League (SFL) die nächste Ausschreibung für die Vergabe der medialen Übertragungsrechte an den Spielen der Super League und der Challenge League ab der Saison 2025/26 an. Die Ausschreibung solle im Februar 2024 erfolgen. Bei der letzten Ausschreibung für die Saisons 2021/22 bis 2024/25 habe die Vergabedauer für die medialen Übertragungsrechte vier Jahre betragen. Die Gesamtrechte seien damals von Blue Entertainment AG (Blue) erworben worden.

2. Die SFL sei für die neue Ausschreibung ab der Saison 2025/26 an einer längeren Vergabedauer interessiert. Die übrigen Eckpunkte der Ausschreibung sollten analog zur letzten Ausschreibung erfolgen. Konkret sei insbesondere geplant, die Vergabe der medialen Rechte in verschiedenen Paketen anhand transparenter, objektiver Vergabekriterien in einem fairen Verfahren durchzuführen. Die SFL werde, wie in der letzten Rechtevergabe, weder exklusive Erstverhandlungsrechte noch Vorkaufrechte gewähren. Sollte sich zeigen, dass seitens der Rechteerwerber lediglich ein Interesse am Gesamterwerb der Rechte bestehe, sei denkbar, dass ein Erwerber die Gesamtrechte erwerben und eine Sublizenz für die 38 Free-TV-Spiele der Super League und der Challenge League (jeweils ein Spiel pro Runde) ausstellen werde.

## **B Fragestellung**

3. Die SFL ersucht das Sekretariats um eine Einschätzung, ob bei der geschilderten Ausgangslage eine Vergabedauer von fünf Jahren als kartellrechtlich zulässig erachtet werde.

## **C Beurteilung**

### **C.1 Vorbemerkung**

4. Wie in der Beratungsanfrage ausgeführt, ist die sogenannte Zentralvermarktung der Übertragungsrechte nach Auffassung des Sekretariats potenziell als horizontale Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 3 KG anzusehen. Das Sekretariat hält an dieser Ansicht grundsätzlich fest, wobei dies nicht Gegenstand der vorliegenden Beratung ist. Vorliegende Beratungsantwort beschränkt sich auf die Beurteilung der Vergabedauer von fünf Jahren. Dabei wird vorausgesetzt, dass es sich, wie in der Beratungsanfrage erwähnt, um eine

Vergabe von Exklusivrechten geht, mithin die Frage nach einer «no single buyer rule» vorliegend ebenfalls nicht zu thematisieren ist.

### **C.2 Argumente SFL**

5. Das Sekretariat habe sich im Jahr 2015 im Rahmen der Marktbeobachtung 21-0428 Zentralvermarktung Spitzensport zur zulässigen Länge der Rechtevergabe geäussert. Darin scheine das Sekretariat die Meinung vertreten zu haben, eine Vergabedauer von fünf Jahren sei zu lange, auch wenn die Schweizer Ligen nicht mit den europäischen Spitzenligen verglichen werden könnten (kleinerer Markt, Mehrsprachigkeit in der Schweiz, etc.).

6. Seit dem Jahr 2015 habe es jedoch insbesondere die folgenden zwei Entwicklungen gegeben, die für den vorliegenden Fall relevant seien:

- Die Ausgangslage in der Schweiz sei nicht mehr dieselbe wie im Jahr 2015. Im Eishockey seien die Übertragungsrechte der Saison 2022/23 anstandslos für eine Dauer von fünf Jahren vergeben worden. Es sei nicht ersichtlich, weshalb die Vergabe im Fussball anders beurteilt werden müsste. Weiter sei es zum Zusammenschluss UPC/Sunrise und im Jahr 2020 zu einer Verhandlungslösung zwischen Swisscom und UPC gekommen, bei der sich die beiden Unternehmen gegenseitig Zugang zu den Sportinhalten eingeräumt hätten. Es sei mit anderen Worten nicht damit zu rechnen, dass einzelne TV-Plattformen ihren Zuschauern keinen Zugang zu den Spielen der SFL gewähren könnten. Andere Rechteerwerber, beispielsweise solche, die neu in den Markt eintreten würden, hätten ohnehin ein Interesse daran, das entsprechende Pay TV-Format allen Einwohnern der Schweiz zugänglich zu machen, allenfalls über Internetstreaming-Angebote.
- Im Ausland hätten sich in Ligen, welche mit der Schweizer Super League vergleichbar oder attraktiver seien, längere Vergabedauern etabliert und es sei davon auszugehen, dass entsprechend der internationalen Entwicklungen auch in der Schweiz eine Vergabeperiode von fünf Jahren gerechtfertigt sein müsse. Im Entscheid B 6-28/19 des deutschen Bundeskartellamts sei ein Rechteerwerb für die Spiele der Deutschen Bundesliga und 2. Bundesliga für vier Jahre ab der Spielzeit 2021/2022 vorgesehen gewesen. Dies habe im Vergleich zur letzten Rechtevergabe eine Verlängerung um ein Jahr dargestellt. Die längere Dauer sei mit der erforderlichen Refinanzierung des Rechteerwerbers begründet worden. Dazu sei anzumerken, dass die nationalen Fussball-



ligawettbewerbe in Frankreich, England, Deutschland und Italien eine viel grössere Anziehungskraft und ein viel grösseres Publikum als die Schweizer Super League geniessen würden. Eine Refinanzierung der Investitionen sei bei diesen Ligen in kürzerer Zeit möglich als bei der Schweizer Super League und der Schweizer Challenge League, wo der Aufbau der Infrastruktur und die Konzipierung der Sendungen im Vergleich zur Lizenzgebühr und zur Vermarktungsmöglichkeit viel stärker ins Gewicht falle. In zahlreichen europäischen Ländern werde eine Rechtevergabe für eine Dauer von fünf Jahren an einen Single Buyer als zulässig erachtet. Konkret sei eine Rechtevergabe während fünf Jahren in Belgien, Frankreich, Italien, Österreich, Rumänien, Schottland, Schweden, Slowakei und Tschechien möglich.

7. Kürzere Vergabedauern fänden sich vor allem in jenen Ländern, in denen die medialen Übertragungsrechte einen sehr hohen Erlös erzielen und die Rechteerwerber in der Folge mehr Geld mit den Übertragungsrechten einnehmen könnten. Wie viel ein Rechteerwerber bereit sei, für die Übertragungsrechte auszugeben, hänge auch von der Zahlungsbereitschaft der Konsumenten und von Kosten für die Produktion der Spiele ab. Je höher die Zahlungsbereitschaft der Konsumenten sei, desto besser sei die Refinanzierungsmöglichkeit des Rechteerwerbers. Schweizer Konsumenten seien sich gewohnt, vergleichsweise günstig alle Spiele der Super League und der Challenge League zu sehen. Sie dürften kaum bereit sein, höhere Preise zu bezahlen. Dies mache den Erwerb der Übertragungsrechte für einen Rechteerwerber unattraktiv.

8. Ein Rechteerwerber könne seine Investitionen also nicht mit hohen Abonnementspreisen gegenüber Schweizer Endkonsumenten amortisieren. Die Investitionen eines Rechteerwerbers seien jedoch gross, vor allem wenn er neu in den Markt eintreten wolle. Ein neuer Rechteerwerber müsse beispielsweise eine Sportredaktion sowie die notwendige Infrastruktur aufbauen. Die Mehrsprachigkeit (Deutsch, Französisch und Italienisch) führe bei der Produktion der Sendungen zu hohen Kosten. Zudem müsse ein Vertriebskanal aufgesetzt und eine Kundenbasis gewonnen werden. Die Schweiz sei aufgrund ihrer geringen Marktgrösse, der vergleichsweise tiefen Zahlungsbereitschaft der Endkunden und der Mehrsprachigkeit ein schwieriger Markt für die Rechteerwerber.

9. Eine kurze Vergabedauer von drei bis vier Jahren halte nach Einschätzung der SFL zahlreiche Interessenten davon ab, an der Ausschreibung für die Übertragungsrechte an der Super League und Challenge League teilzunehmen, da diese Vergabedauer nicht ausreiche, um die notwendigen Anfangsinvestitionen zu refinanzieren. Eine Vergabedauer von fünf Jahren könne demgegenüber zu einer Intensivierung des Wettbewerbs führen und auch Anbieter anziehen, welche sich bislang nicht für die Rechte beworben hätten. Ein neuer Rechteerwerber habe bei einer längeren Vergabedauer die Möglichkeit, seine Investitionen zu refinanzieren. Eine längere Vergabedauer von fünf Jahren sei daher besonders geeignet, den Markt für potentielle Wettbewerber zu öffnen. Schliesslich stünde eine längere Rechtevergabe auch im Einklang mit der Entwicklung

auf europäischer Ebene und der jüngsten Praxis des Sekretariats.

### C.3 Analyse

10. Im Rahmen der Marktbeobachtung 21-0428: Zentralvermarktung Spitzensport hat das Sekretariat im Jahr 2015 losgelöst von der grundsätzlichen Beurteilung der Zentralvermarktung als Wettbewerbsabrede drei Problembereiche identifiziert: Erstens die Vergabedauer; zweitens die Modalitäten des Ausschreibungswettbewerbs (etwa hinsichtlich bestehender Erstverhandlungs- oder Vorkaufsrechte); drittens das Risiko des Missbrauchs auf nachgelagerten Marktstufen durch die exklusive Rechtevergabe an eine vertikal integrierte Infrastrukturbetreiberin.

11. Betreffend Vergabeverfahren bestehen heute grundsätzlich keine Bedenken, soweit die Vergabe der medialen Rechte, wie in der Beratungsanfrage beschrieben, in verschiedenen Paketen anhand transparenter, objektiver Vergabekriterien in einem fairen Verfahren ohne Erstverhandlungsrechte der Vorkaufsrechte erfolgt.

12. Auch das Risiko des Missbrauchs auf nachgelagerten Marktstufen erscheint heute als weniger hoch. Einerseits hat die Wettbewerbskommission (WEKO) in zwei Verfahren Verstösse auf nachgelagerten Stufen sanktioniert.<sup>1</sup> Diese Entscheide wurden vom Bundesverwaltungsgericht im Wesentlichen bestätigt.<sup>2</sup> Zwar sind die bundesverwaltungsgerichtlichen Urteile derzeit noch nicht rechtskräftig. Vorbehältlich einer gänzlich anderen Beurteilung durch das Bundesgericht erscheint die Rechtslage für die nachgelagerten Marktstufen jedoch ausreichend klar zu sein, was entsprechende Verhaltensweisen als weniger wahrscheinlich erscheinen lässt. Andererseits haben sich inzwischen mit Swisscom und Sunrise (vormals UPC) die beiden grössten relevanten Infrastrukturbetreiberinnen über den gegenseitigen Zugang zu den relevanten Sportinhalten geeinigt.<sup>3</sup>

13. Insofern hat sich die Problematik hinsichtlich der Vergabedauer ebenfalls etwas relativiert, auch wenn das Bundesverwaltungsgericht unlängst festgehalten hat, dass nach der europäischen Praxis, welche die Limite bei drei Jahren festgesetzt habe, bei einer Vergabedauer von fünf Jahren nicht mehr von einer fairen Bedingung für ein Ausschreibungsverfahren gesprochen werden könne.<sup>4</sup> Dabei ging es indes nicht um die Beurteilung der kartellrechtlichen Zulässigkeit des Ausschreibungsverfahrens an sich, sondern um die Frage des Vorliegens von sogenannten «legitimate business reasons» auf nachgelagerter Stufe.

<sup>1</sup> Vgl. RPW 2016/4, 920 ff., *Sport im Pay-TV*; RPW 2021/1, 160 ff., *Eishockey im Pay-TV*.

<sup>2</sup> Vgl. BVGer, B-4003/2016 vom 10.5.2022, *Sport im Pay-TV*; BVGer, B-5819/2020 vom 31.10.2023, *Eishockey im Pay-TV*.

<sup>3</sup> Vgl. RPW 2021/1, 173 Rz 151, *Eishockey im Pay-TV*.

<sup>4</sup> Vgl. BVGer, B-5819/2020 vom 31.10.2023, E. 9.6.3, *Eishockey im Pay-TV*.

14. Demgegenüber ist die Vergabedauer vorliegend einerseits im Zusammenhang zu beurteilen, ob die Zentralvermarktung, soweit sie zu keiner Beseitigung, jedoch zu einer erheblichen Beschränkung des Wettbewerbs führt, gegebenenfalls durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz im Sinne von Art. 5 Abs. 2 KG gerechtfertigt werden kann. Im Rahmen der Effizienzprüfung beschlägt die Frage nach der Dauer der Vergabe das Kriterium der Notwendigkeit. Es ist zu prüfen, ob kein gleich geeignetes, aber milderes Mittel für das Erreichen der Effizienzziele gemäss Art. 5 Abs. 2 Bst. a KG (Senkung der Herstellungs- oder Vertriebskosten; Verbesserung der Produkte oder Produktionsverfahren; Förderung der Forschung oder der Verbreitung von technischem oder beruflichem Wissen; rationellere Nutzung von Ressourcen) zur Verfügung stehen.<sup>5</sup> Das Erfordernis der Notwendigkeit wird vom Bundesgericht im Sinne der Verhältnismässigkeit ausgelegt.<sup>6</sup>

15. Andererseits geht es um die Frage, ob sich die exklusive Rechtevergabe und damit eine Verweigerung von Geschäftsbeziehungen<sup>7</sup> gegenüber denjenigen Nachfragern, welche den Zuschlag nicht erhalten, auf legitime Gründe im Sinne von Art. 7 KG stützen kann. Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts können Effizienzgründe grundsätzlich auch im Rahmen von Art. 7 KG geltend gemacht und berücksichtigt werden, sofern sie der Verwirklichung des Leistungswettbewerbs dienen.<sup>8</sup>

16. In der Beratungsanfrage beruft sich die SFL auf die Refinanzierung der Investitionen, wobei der Aufbau der Infrastruktur und die Konzipierung der Sendungen im Vergleich zur Lizenzgebühr und zur Vermarktungsmöglichkeit viel stärker ins Gewicht falle. Es scheint dabei um Investitionskosten der Rechteerwerber zu gehen. Diese kommen grundsätzlich als Effizienzgrund in Frage.<sup>9</sup> Dies betrifft allerdings in erster Linie Verhaltensweisen der Rechteerwerber. Investitionen der Rechteerwerber sind auf Stufe des Rechteveräusserers demgegenüber nur mittelbar relevant: Wenn ein Rechteerwerber seine Investitionskosten innerhalb der Vergabedauer nicht refinanzieren kann, wird er kein Gebot für den Rechteerwerb abgeben. Bei Lichte besehen handelt es sich dabei aber nicht um einen Effizienzgrund. Vielmehr geht es um die Frage, welchen Preis die Rechtenachfrager zu zahlen bereit sind. Eine Vergabedauer von vier Jahren wäre unter diesen Umständen etwa dann unhaltbar, wenn die Rechteerwerber auch bei minimalsten Kosten für die Rechte keine Refinanzierungsmöglichkeit hätten, da der Aufbau der TV-Infrastruktur und die Konzipierung der Sendungen dermassen hohe Kosten verursacht.

17. Selbstverständlich erhöht sich die Zahlungsbereitschaft der Rechteerwerber mit der Dauer der Vergabe. Ebenfalls dürfte es zutreffen, dass eine längere Vergabedauer auch Nachfrager anziehen könnte, welche sich bislang nicht für die Rechte beworben haben. Insofern von einer gewissen «Intensivierung des Wettbewerbs» auf Seiten der Nachfrager gesprochen werden kann. Anbieterseitig wird damit der Wettbewerb jedoch mitnichten intensiviert. Art. 5 Abs. 2 KG dient denn auch nicht dazu, die Einnahmen des Rechteveräusserers zu maximieren.

18. Denkbar wäre es allenfalls, dass ein höherer Erlös der Rechteverwertung zu einem besseren Produkt «Fussball» im Sinne von Art. 5 Abs. 2 Bst. a KG führen könnte.<sup>10</sup> Wie es sich damit verhält, kann aufgrund der vorliegenden Informationen nicht beurteilt werden. Entsprechend kann auch nicht beurteilt werden, ob eine Verlängerung der Vergabedauer von vier auf fünf Jahre zur Erreichung dieses Effizienzziels notwendig ist.

19. Aufgrund der veränderten Situation auf den nachgelagerten Marktstufen (vgl. Rz 12) dürfte eine Verlängerung der Vergabedauer von vier auf fünf Jahre die Wettbewerbssituation allerdings auch nicht wesentlich verschlechtern. Sofern die Zentralvermarktung und die exklusive Rechtevergabe für einen Zeitraum von vier Jahren gerechtfertigt sind, dürfte dies prima facie auch für einen Zeitraum von fünf Jahren der Fall sein.

#### C.4 Fazit

20. Ob eine Vergabedauer von fünf Jahren als kartellrechtlich zulässig zu erachten ist, lässt sich vorliegend nicht beurteilen. Immerhin bestehen aber keine Anhaltspunkte dafür, dass eine Verlängerung der Vergabedauer von vier auf fünf Jahre die Wettbewerbssituation wesentlich beeinträchtigen würde.

<sup>5</sup> Vgl. zum Ganzen PATRICK L. KRAUSKOPF/OLIVIER SCHALLER, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2. Aufl. 2021, Art. 5 N 332 ff. m.w.H.; BEAT ZIRLICK/SIMON BANGERTER, in: DIKE-Kommentar, Kartellgesetz, Zäch/Arnet/Baldi/Kiener/Schaller/Schraner/Spühler (Hrsg.), 2018, Art. 5 N 319 ff. m.w.H.

<sup>6</sup> Vgl. BGE 147 II 72, E. 7.2, *Pfizer*; BGE 143 II 297, E. 7.1, *Gaba*.

<sup>7</sup> Die Marktbeherrschung bzw. relative Marktmacht des Rechteveräusserers vorausgesetzt.

<sup>8</sup> Vgl. BVGer, B-5819/2020 vom 31.10.2023, E. 8.1.2, *Eishockey im Pay-TV*.

<sup>9</sup> Vgl. BVGer, B-5819/2020 vom 31.10.2023, E. 9.6, *Eishockey im Pay-TV*.

<sup>10</sup> Vgl. RPW 2017/3, 418 Rz 78, *Eishockey im Pay-TV (Vorsorgliche Massnahmen)*.

*Diese Beratung erfolgt im Rahmen einer Beratung nach Art. 23 Abs. 2 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251).*

## A Sachverhalt

1. Gemäss Beratungsanfrage sollen mit der angestrebten MaaS-Lösung (App und Plattform) neben dem schweizweiten ÖV<sup>1</sup>-Angebot auch Dienstleistungen weiterer Mobilitätsanbieter (Bike bzw. Car Sharing, Roller/E-Scooter, Taxi etc.) erschlossen werden. Ziel sei eine vollintegrierte Informations-, Buchungs- und Bezahl-App für Dienstleistungen des öffentlichen Verkehrs sowie weiterer MSP<sup>2</sup>.

2. Eine Besonderheit des Projekts liege in der physischen Ergänzung in Form sogenannter Mobilitätshubs. Mobilitätshubs seien Ausleih-Standorte für Sharing-Fahrzeuge und würden die physische Komponente der MaaS-Lösung darstellen. Auf geeigneten Flächen würden Mobilitätshubs die verschiedenen Shared Mobility Angebote bündeln und diese auf privaten Flächen oder im öffentlichen Raum besser sichtbar machen. Sie bildeten die Schnittstelle zum öffentlichen Verkehr und zum motorisierten Individualverkehr (MIV) und unterstützten damit einen möglichst einfachen Umstieg auf nachhaltige Verkehrsmittel. In diesen Mobilitätshubs sollen Sharing-Anbieter via Konzessionierung bzw. Bewilligung für die Inanspruchnahme des öffentlichen Raums (Ausleihstationen) in die Plattform eingebunden werden können. Die Hoheit über die betreffenden Standorte verbleibe beim jeweiligen Gemeinwesen. Namentlich sollen die Standorte auch später nicht zu den Assets im Vermögen der künftigen Betriebsträgerschaft werden.<sup>3</sup>

### A.1 Vorgesehene Kooperation und Organisation

3. Gemäss Beratungsanfrage sei für die Entwicklungsphase und voraussichtlich auch den Start der Betriebsphase eine Kooperation auf vertraglicher Basis geplant. Der entsprechende Kooperationsvertrag wurde von den erwähnten Partnern zwischen Juni und August 2023 unterzeichnet.<sup>4</sup>

4. Entscheide würden nach Massgabe der Projektorganisation in den zuständigen Gremien gefällt. Für die strategisch wichtigsten Entscheide sowie im höchsten Eskalationsfall seien die Vertretungen der Exekutiven der beteiligten Gemeinwesen verantwortlich und würden insofern die Kontrolle ausüben.<sup>5</sup>

5. Die eigentliche Arbeit werde vorderhand nicht in einem spezifischen Gefäss (z.B. Betriebsstätte) und ohne projektspezifisches Management und Personal geleistet. Vielmehr würde sich das Personal der beteiligten Partner im Rahmen der Projektorganisation und namentlich in Teilprojekten der Aufbauarbeit widmen. Dabei würden vorhandene Ressourcen eingesetzt und es komme bestehendes organisatorisches Know-how zum Tragen. Die technologische Entwicklungsarbeit werde hauptsächlich von einem externen Auftragnehmer erbracht.

Der betreffende Auftrag werde öffentlich ausgeschrieben. Im besten Fall mit Inbetriebnahme der MaaS-App, wahrscheinlich aber erst danach solle eine auf Dauer angelegte Betriebsträgerschaft mit eigener Rechtspersönlichkeit gegründet werden.<sup>6</sup>

6. Sowohl die Rechtsform als auch die Binnenorganisation der künftigen Betriebsträgerschaft seien zurzeit offen. Eines der möglichen Szenarien sei die Gründung eines Vereins, allenfalls einer AG. Vor der Entstehung der Trägerschaft wären gemäss der Beratungsanfrage Fragen zur Kooperation, welche im Kooperationsvertrag nicht geregelt sind, situativ wohl nach den Bestimmungen über die einfache Gesellschaft zu beurteilen.<sup>7</sup>

7. Mit der Zeit würden Geschäftstätigkeiten einzelner Partner in das Gemeinschaftsunternehmen einfließen. Dies gelte etwa für Know-how, insbesondere hinsichtlich der jeweiligen Markträume, Marketing und Distribution. Das heutige Pilotprojekt Zürimobil ende plangemäss im Sommer 2023. Funktional werde Zürimobil dereinst in der angestrebten MaaS-App aufgehen.<sup>8</sup>

### A.2 Geschäftstätigkeiten

8. Gemäss Beratungsanfrage gehe es sachlich um einen Angebotsmarkt für Mobility-as-a-Service-Lösungen. Überschneidungen mit sachverwandten Märkten seien wahrscheinlich. Aus Nutzer-/Kundensicht sei die Substituierbarkeit durch Nutzung etablierter oder möglicher neuer alternativer Informations- und Distributionskanäle gegeben, insbesondere wenn aus Gewohnheit, Unwissenheit oder aufgrund eines bewussten Entscheids weiterhin spezifische Teilleistungen nachgefragt würden.

9. Räumlich seien zunächst Teile des deutschsprachigen Mittellands sowie die Region Basel betroffen, und zwar in den (nicht unmittelbar zusammenhängenden) Markträumen der jeweiligen Transportunternehmen Bernmobil, VBZ und BVB.

### A.3 Nebenabreden

10. Horizontal (unter den Partnern) sei nichts vorgesehen, was nicht auch im Kooperationsvertrag verankert sei. Und vertikal (namentlich im Verhältnis zu den MSP) seien keine Exklusivitäten geplant: beispielsweise werde ein integrierter Bike-Sharing-Anbieter weiterhin mit seinen eigenen Distributionskanälen auftreten können. Eine Expansion im Sinn der Aufnahme weiterer mitspracheberechtigter Partner werde für die Aufbauphase bewusst ausgeschlossen, während sie nachfrage- bzw. nutzerseitig erwünscht sei. Unter den Kooperationspartnern gelte kein rigides Konkurrenzverbot.

<sup>1</sup> Öffentlicher Verkehr.

<sup>2</sup> Mobility Service Provider.

<sup>3</sup> Vgl. Beratungsanfrage, S. 2 und ausführlicher Beilage 3.

<sup>4</sup> Vgl. Beratungsanfrage, Beilage 3.

<sup>5</sup> Vgl. Beratungsanfrage, S. 3.

<sup>6</sup> Vgl. Beratungsanfrage, S. 3.

<sup>7</sup> Vgl. Beratungsanfrage, S. 3.

<sup>8</sup> Vgl. Beratungsanfrage, S. 3.

## B Fragestellung

11. Gemäss Beratungsanfrage stehe die Frage nach der kartellrechtlichen Pflicht zur Meldung eines Zusammenschlussvorhabens in der Konstellation Neugründung eines Gemeinschaftsunternehmens sowie nach den Modalitäten einer allfälligen Meldung im Vordergrund. Die Aufgreifkriterien (Umsatzschwellen nach Art. 9 Abs. 1 Bst. b KG) für eine Meldung seien klar erfüllt. Weniger eindeutig beantworten lasse sich die Frage, ob und ab wann das Vorliegen eines meldepflichtigen Unternehmenszusammenschlusses im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG angenommen werden könne.

## C Beurteilung

### C.1 Meldepflicht

12. Vorhaben über Zusammenschlüsse von Unternehmen sind gemäss Art. 9 Abs. 1 KG vor ihrem Vollzug der Wettbewerbskommission (WEKO) zu melden, sofern im letzten Geschäftsjahr vor dem Zusammenschluss: a. die beteiligten Unternehmen einen Umsatz von insgesamt mindestens 2 Milliarden Franken oder einen auf die Schweiz entfallenden Umsatz von insgesamt mindestens 500 Millionen Franken erzielten; und b. mindestens zwei der beteiligten Unternehmen einen Umsatz in der Schweiz von je mindestens 100 Millionen Franken erzielten.

13. Für das Vorliegen einer Meldepflicht nach Art. 9 Abs. 1 KG müssen die Umsatzschwellen von Bst. a und Bst. b kumulativ gegeben sein. Die Beratungsanfrage äussert sich nur zur Umsatzschwelle gemäss Art. 9 Abs. 1 Bst. b KG. Indes ist zum Zwecke der vorliegenden Beratungsanfrage davon auszugehen, dass auch der Gesamtumsatz aller beteiligten Unternehmen die Schwelle Art. 9 Abs. 1 Bst. a KG übersteigt.

14. Nach Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG gilt als Unternehmenszusammenschluss jeder Vorgang, wie namentlich der Erwerb einer Beteiligung oder der Abschluss eines Vertrages, durch den ein oder mehrere Unternehmen unmittelbar oder mittelbar die Kontrolle über ein oder mehrere bisher unabhängige Unternehmen oder Teile von solchen erlangen.

### C.1.1 Neugründung eines Gemeinschaftsunternehmens

15. Ein Vorgang, durch den zwei oder mehr Unternehmen gemeinsam die Kontrolle über ein Unternehmen erlangen, das sie bisher nicht gemeinsam kontrollierten, stellt einen Unternehmenszusammenschluss im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG dar, wenn das Gemeinschaftsunternehmen auf Dauer alle Funktionen einer selbständigen wirtschaftlichen Einheit erfüllt (Art. 2 Abs. 1 VKU<sup>9</sup>).

16. Gründen zwei oder mehr Unternehmen ein Unternehmen, das sie gemeinsam kontrollieren wollen, so liegt ein Unternehmenszusammenschluss vor, wenn das Gemeinschaftsunternehmen die Funktionen nach Art. 2 Abs. 1 VKU erfüllt und in es Geschäftstätigkeiten von mindestens einem der kontrollierenden Unternehmen einfließen (Art. 2 Abs. 2 VKU).

17. Aus den soeben genannten Bestimmungen ergibt sich, dass bei der Neugründung eines Gemeinschaftsunternehmens folgende Elemente zu prüfen sind:<sup>10</sup>

- a) das Gemeinschaftsunternehmen wird von den Gründerunternehmen gemeinsam kontrolliert;
- b) das Gemeinschaftsunternehmen ist ein Vollfunktionsunternehmen;
- c) es fließen Geschäftstätigkeiten von mindestens einem der kontrollierenden Unternehmen in das Gemeinschaftsunternehmen ein.

### C.1.1.1 Gemeinsame Kontrolle

18. Gemeinsame Kontrolle besteht, wenn zwei oder mehr Unternehmen gemeinsam die Möglichkeit haben, einen bestimmenden Einfluss auf die Tätigkeit des Gemeinschaftsunternehmens auszuüben. Gemeinsame Kontrolle liegt somit vor, wenn die kontrollierenden Unternehmen strategische geschäftspolitische Entscheidungen, d.h. Entscheidungen über Budget, Geschäftsplan, grössere Investitionen und die Besetzung der Unternehmensleitung, gemeinsam treffen, wobei nicht unbedingt eine einstimmige Beschlussfassung für alle diese Rechte gleichzeitig bestehen muss.<sup>11</sup>

19. Eine gemeinsame Kontrolle liegt vor, wenn die Muttergesellschaften bei allen wichtigen Entscheidungen, die das Gemeinschaftsunternehmen betreffen, Übereinstimmung erzielen müssen. Dort, wo bei zwei vorhandenen Muttergesellschaften ungleiche Beteiligungsverhältnisse gegeben sind oder es mehr als zwei Muttergesellschaften gibt, kann dies unter anderem dann vorliegen, wenn die Minderheitsgesellschafter zusätzliche Rechte haben, die es ihnen ermöglichen, gegen Entscheidungen, die für das strategische Wirtschaftsverhalten des Gemeinschaftsunternehmens wesentlich sind, ein Veto einzulegen. Diese Vetorechte müssen sich allerdings auf strategische geschäftspolitische Entscheidungen in dem Gemeinschaftsunternehmen beziehen. Sie müssen über das hinausgehen, was in der Regel Minderheitsgesellschaftern an Vetorechten eingeräumt wird, um ihre finanziellen Interessen als Kapitalgeber des Gemeinschaftsunternehmens zu schützen.<sup>12</sup>

20. Entscheidend für das Vorliegen von gemeinsamer Kontrolle ist, dass keine wechselnden Koalitionen unter den Muttergesellschaften möglich sind. Wenn es in den Entscheidungsverfahren keine feste Mehrheit gibt und die Mehrheit von Fall zu Fall unter den Muttergesellschaften verschieden ausfallen kann, ist nicht davon auszugehen, dass die Muttergesellschaften das Zielunternehmen gemeinsam kontrollieren.<sup>13</sup>

<sup>9</sup> Verordnung vom 17.6.1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU: SR 251.4).

<sup>10</sup> Vgl. RPW 2020/2, 672 Rz 142, SBB/Hupac/Rethmann/GBN.

<sup>11</sup> Vgl. RPW 2020/2, 672 Rz 144, SBB/Hupac/Rethmann/GBN.

<sup>12</sup> Vgl. RPW 2020/2, 673 Rz 145, SBB/Hupac/Rethmann/GBN.

<sup>13</sup> Vgl. RPW 2006/3, 480 Rz 37, *Atel - EOSH-Aktiven*; Konsolidierte Mitteilung der Kommission zu Zuständigkeitsfragen gemäss der Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, *SBB/Hupac/Rethmann/GBN*, ABI. C 43 vom 21.02.2009, Rz 80, welche auch für die Schweizer Praxis herangezogen werden kann (vgl. Botschaft zum KG 1995, BBl 1995 I 471, 481 und 531).

21. Der Beratungsanfrage sind keine konkreten Informationen über Vetorechte der einzelnen Kooperationspartner zu entnehmen. Gemäss Ziff. II.2.2 des Kooperationsvertrags übt die Behördendelegation die strategische Oberaufsicht über die Gremien und die laufenden Arbeiten aus. Die Behördendelegation entscheidet letztlich auch, soweit in den untergeordneten Gremien keine Einstimmigkeit erzielt werden kann (Ziff. II.3.5 und II.4.4 i.V.m. II.3.5).

22. Gemäss Ziff. II.2.4 des Kooperationsvertrags ist die Behördendelegation nur beschlussfähig, wenn alle Mitglieder anwesend bzw. vertreten sind. «Die Beschlüsse der Behördendelegation werden von denjenigen Mitgliedern, die die Städte vertreten, einstimmig gefasst (massgebend sind die abgegebenen Stimmen; Stimmenthaltung hindert Einstimmigkeit nicht). Jede Stadt hat eine Stimme. Die TU haben beratende Stimme.»

23. Aus der soeben zitierten Ziff. II.2.4 des Kooperationsvertrags ist zu schliessen, dass vorliegend die Gemeinwesen Stadt Zürich, Stadt Bern und Kanton Basel-Stadt als gemeinsam kontrollierend anzusehen sind. Entscheidend wird sein, dass dies nicht nur für die Projekt-, sondern auch für die Betriebsphase gilt.

24. Nicht als kontrollierend sind demgegenüber die Transportunternehmen zu sehen, da diese bloss beratende Stimme haben. Insofern ist zunächst nicht weiter auf die Frage einzugehen, ob es sich bei den fraglichen Transportunternehmen überhaupt um von den jeweiligen Gemeinwesen wirtschaftlich unabhängige Unternehmen im Sinne von Art. 2 Abs. 1<sup>bis</sup> KG handelt.

25. Allerdings stellt sich die Frage, ob es sich bei den als gemeinsam kontrollierend anzusehenden Gemeinwesen um Unternehmen im Sinne von Art. 2 Abs. 1<sup>bis</sup> KG handelt. Denn beteiligt an einem Zusammenschluss können nach Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG von vornherein nur Unternehmen im Sinne von Art. 2 Abs. 1<sup>bis</sup> KG sein. Daher kann Kontrolle im vorgenannten Sinn auch nur durch Unternehmen im Sinne von Art. 2 Abs. 1<sup>bis</sup> KG ausgeübt werden. Entsprechend trifft auch die Meldepflicht nach Art. 9 KG ausschliesslich Unternehmen.

26. Als Unternehmen gelten nach Art. 2 Abs. 1<sup>bis</sup> KG sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform.

27. Entscheidend ist die wirtschaftliche und nicht die rechtliche Selbständigkeit eines Unternehmens.<sup>14</sup> Hingegen kommt es für die Vorliegen des Geltungsbereichs nicht darauf an, ob das Handeln eines Unternehmens privat- oder öffentlich-rechtlichen Charakter hat.<sup>15</sup> Insofern ist das Kartellgesetz auch auf unselbstständige öffentlich-rechtliche Verwaltungseinheiten anwendbar, sofern diese unternehmerisch und nicht hoheitlich tätig sind. Mit anderen Worten erfasst das Kartellgesetz auch staatliches Handeln, sofern es sich dabei um «unternehmerische Tätigkeiten» handelt.<sup>16</sup>

28. Hoheitliche Handlungen sind demgegenüber grundsätzlich nicht dem Kartellrecht unterstellt. Zur Abgrenzung von unternehmerischem und hoheitlichem Handeln enthält das Kartellgesetz indes keine Regelung. Eine wirtschaftlich selbständige Teilnahme am Wirtschaftsprozess durch die staatliche Stelle ist grundsätzlich dann

zu bejahen, wenn diese über einen Handlungsspielraum verfügt um auf Marktveränderungen seitens der Nachfrager oder Konkurrenten zu reagieren.<sup>17</sup>

29. Als hoheitlich gelten staatliche Handlungen, die durch die Erzwingbarkeit der anwendbaren öffentlich-rechtlichen Regeln und ein daraus resultierendes Subordinationsverhältnis geprägt sind. Hoheitliches Handeln bedeutet demnach einseitiges und (i. d. R.) erzwingbares Handeln staatlicher Aufgabenträger gegenüber Privaten, welche sich in Unterordnung (Subordination) zum Staat befinden. Hoheitliches Handeln umfasst entsprechend die Befugnis, einseitig (von Amtes wegen oder auf Gesuch hin) öffentlich-rechtliche Rechte und Pflichten von Privaten festzulegen – d. h. zu verfügen. Entsprechend werden Verfügungen auch als «Hoheitsakte» bezeichnet. Demgegenüber handeln staatliche Akteure in der Regel nicht hoheitlich, wenn sie Leistungen der Grundversorgung erbringen. Zwar handelt es sich bei der Grundversorgung stets um eine öffentliche Aufgabe, deren Erfüllung vom Staat zu gewährleisten ist. Zwischen Leistungserbringer und Leistungsempfängern besteht indessen kein Subordinationsverhältnis. Vielmehr erbringen Grundversorger Wirtschaftsleistungen, deren Inanspruchnahme freiwillig ist. Die Grundversorgung umfasst Angebote bzw. Dienstleistungen, die wie privatwirtschaftliche Leistungen Bedürfnisse von Konsumentinnen und Konsumenten abdecken.<sup>18</sup> Allerdings besteht hier keine scharfe Trennlinie. So können etwa gemäss Literatur staatliche Angebote des Bildungs- und Gesundheitswesens, der Energieversorgung oder der Telekommunikation vom Geltungsbereich des Kartellgesetzes erfasst werden, nicht jedoch der Bau von Nationalstrassen oder die Landesverteidigung.<sup>19</sup>

30. Selbst wenn das jeweilige Gemeinwesen selber unmittelbar keine unternehmerischen Leistungen erbringt, stellt sich diesem Zusammenhang die Frage, ob das Gemeinwesen zusammen mit den diesem nahestehenden Unternehmen (bspw. Transportunternehmen, Versorgungsunternehmen und dergleichen) eine wirtschaftliche Einheit bildet. Die Rolle eines Gemeinwesens als Eigentümer alleine genügt dabei nicht, um vom Gemeinwesen als beteiligtes Unternehmen auszugehen.<sup>20</sup> Entscheidend ist, ob das Gemeinwesen bestimmenden

<sup>14</sup> Vgl. PETER HÄNNI/ANDREAS STÖCKLI, *Wirtschaftsverwaltungsrecht*, 2013, 53.

<sup>15</sup> Vgl. MARKUS SCHOTT, *Staat und Wettbewerb, Der Schutz des institutionellen und des wirtschaftlichen Wettbewerbs vor staatlichen Beeinträchtigungen in der Schweiz und in der Europäischen Union*, 2010, 51.

<sup>16</sup> Vgl. RETO HEIZMANN/MICHAEL MAYER, in: DIKE-Kommentar, *Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen*, Zäch et al. (Hrsg.), 2018, Art. 2 N 28.

<sup>17</sup> Vgl. DIKE-KG-HEIZMANN/MAYER (Fn 18), Art. 2 N 28.

<sup>18</sup> Vgl. NICOLAS DIEBOLD/BERNHARD RÜTSCHKE, *Verhältnis zwischen Personenbeförderungs- und Wettbewerbsrecht mit Blick auf den Ticketvertrieb im öffentlichen Verkehr*, Rechtsgutachten für das Bundesamt für Verkehr, Luzern, 15. April 2020, Rz 7 f.

<sup>19</sup> Vgl. DIKE-KG-HEIZMANN/MAYER (Fn 18), Art. 2 N 28.

<sup>20</sup> Vgl. RPW 2018/4, 1011 Rz 5 ff., *Stellungnahme zum Zusammenschlussvorhaben Universitätsspital Basel/Kantonsspital Baselland*.

Einfluss auf die Geschäftstätigkeit ausüben kann bzw. die Möglichkeit dazu hat. Kann dies nicht ausgeschlossen werden bzw. existiert keine Grundlage, die dies verhindert, ist tendenziell davon auszugehen, dass das Gemeinwesen als kontrollierendes Unternehmen zu berücksichtigen ist.<sup>21</sup>

31. Der Beratungsanfrage lassen sich keine Informationen entnehmen, welche die Beantwortung der Frage der Unternehmenseigenschaft der Gemeinwesen Stadt Zürich, Stadt Bern und Kanton Basel-Stadt zulassen würde. Im Folgenden wird als Prämisse davon ausgegangen, dass es sich dabei um Unternehmen im Sinne von Art. 2 Abs. 1<sup>bis</sup> KG handelt.

32. Insofern kann das erste Kriterium des Vorliegens gemeinsamer Kontrolle durch die Städte Zürich und Bern sowie des Kantons Basel-Stadt als gegeben betrachtet werden.

### **C.1.1.2 Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmen**

33. Ein Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmen im Sinne von Art. 2 Abs.1 VKU liegt unter folgenden Voraussetzungen vor:<sup>22</sup>

- Das Gemeinschaftsunternehmen hat eine eigene Marktpräsenz, d.h. es tritt als Anbieter oder Nachfrager auf dem Markt auf, wobei es dabei mehr als eine spezifische Funktion in der Geschäftstätigkeit der Muttergesellschaften übernehmen muss.
- Das Gemeinschaftsunternehmen tritt als selbständige wirtschaftliche Einheit auf. Es muss somit in der Lage sein, eine eigene Geschäftspolitik verfolgen zu können.
- Das Gemeinschaftsunternehmen ist auf Dauer angelegt, d.h. es ist dazu bestimmt und in der Lage, seine Tätigkeiten zeitlich unbegrenzt, zumindest aber langfristig auszuüben.

#### **C.1.1.2.1 Autonome Marktpräsenz**

34. Soweit ein Gemeinschaftsunternehmen als Anbieter auf dem Markt auftritt, ist nach der Praxis der WEKO das entsprechende Vollfunktionsmerkmal regelmässig zu bejahen. Tritt es hingegen nur als Nachfrager auf, ist zu prüfen, ob es mehr als eine spezifische Funktion in der Geschäftstätigkeit der Muttergesellschaften übernimmt. Übt das Gemeinschaftsunternehmen nur eine Hilfsfunktion in der Geschäftstätigkeit der Mutterunternehmen aus und hat somit keinen eigenen Marktzugang bzw. keine eigene Marktpräsenz, handelt es sich nicht um ein Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmen.<sup>23</sup>

35. Aufgrund der Angaben in der Beratungsanfrage ist davon auszugehen, dass die angestrebte MaaS-Lösung einen eigenen Marktzugang bzw. eine eigene Marktpräsenz haben wird.

#### **C.1.1.2.2 Wirtschaftliche Selbständigkeit**

36. Das Kriterium der wirtschaftlichen Selbständigkeit äussert sich in der Regel durch das Vorhandensein eines sich dem Tagesgeschäft widmenden Managements sowie ausreichender Ressourcen wie finanzielle Mittel, Personal, materielle und immaterielle Vermögenswerte.<sup>24</sup>

37. Gemäss Angaben in der Beratungsanfrage dürfte dieses Kriterium zumindest in der Projektphase nicht erfüllt sein. Dies dürfte frühestens mit Gründung der Betriebsträgerschaft der Fall sein, wobei sich aufgrund der vorhandenen Informationen nicht abschliessend beurteilen lässt, ob die zu gründende Betriebsträgerschaft das Kriterium der wirtschaftlichen Selbständigkeit erfüllen wird.

#### **C.1.1.2.3 Dauerhaftigkeit**

38. Wann ein Zusammenschluss und die damit einhergehende Veränderung der Marktstruktur von Dauer ist, kann nicht verallgemeinert werden. Die Dauerhaftigkeit kann sich gemäss der Praxis der WEKO aus dem Umstand ergeben, dass das Gemeinschaftsunternehmen gemäss Statuten oder Gründungsverträgen auf unbestimmte Dauer angelegt ist. Auch kann in der Regel die Tatsache, dass die kontrollierenden Unternehmen dem Gemeinschaftsunternehmen Ressourcen übertragen, als Nachweis für die Dauerhaftigkeit gelten.<sup>25</sup>

39. Hierzu kann auf das soeben in Randziffer 37 Ausgeführte verwiesen werden. Das Kriterium der Dauerhaftigkeit dürfte frühestens mit Gründung einer auf Dauer angelegten Betriebsträgerschaft gegeben sein.

#### **C.1.1.2.4 Zwischenergebnis betreffend Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmen**

40. Im Rahmen der Projektphase kann die geplante MaaS-Lösung nicht als Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmen qualifiziert werden. Dies wird frühestens mit der Gründung einer wirtschaftlich selbständigen, d.h. einer mit einem sich dem Tagesgeschäft widmenden Management sowie ausreichenden Ressourcen ausgestattet, auf Dauer angelegten Betriebsträgerschaft der Fall sein.

#### **C.1.1.3 Einfließen von Geschäftstätigkeiten von mindestens einem der kontrollierenden Unternehmen**

41. Nach der Praxis der WEKO ist das Tatbestandsmerkmal des Einbringens von Geschäftstätigkeiten von mindestens einem der kontrollierenden Unternehmen gemäss Art. 2 Abs. 2 VKU üblicherweise weit auszulegen. Danach genügt zu dessen Erfüllung bereits die Einbringung von Vertriebsorganisation, Produktionsanlagen oder wesentlichem Know-how.<sup>26</sup>

<sup>21</sup> Vgl. RPW 2023/1, 132 Rz 9, *BMF/Uniper/SE*.

<sup>22</sup> Vgl. RPW 2020/2, 673 Rz 149, *SBB/Hupac/Rethmann/GBN*.

<sup>23</sup> Vgl. RPW 2020/2, 673 Rz 151, *SBB/Hupac/Rethmann/GBN*.

<sup>24</sup> Vgl. RPW 2020/2, 673 Fn 25, *SBB/Hupac/Rethmann/GBN*.

<sup>25</sup> Vgl. RPW 2020/2, 673 f. Rz 155, *SBB/Hupac/Rethmann/GBN*.

<sup>26</sup> Vgl. RPW 2020/2, 674 Rz 158, *SBB/Hupac/Rethmann/GBN*.

42. Gemäss Beratungsanfrage werden vorhandene Ressourcen eingesetzt und es kommt bestehendes organisatorisches Know-how zum Tragen. Insofern dürfte das Kriterium des Einflusses von Geschäftstätigkeiten grundsätzlich erfüllt sein. Es stellt sich allerdings die Frage, ob diese Geschäftstätigkeiten von einem der kontrollierenden Gemeinwesen Stadt Zürich, Stadt Bern oder Kanton Basel-Stadt stammen. Dies dürfte insbesondere dann der Fall sein, wenn die beteiligten Transportunternehmen dem jeweiligen Gemeinwesen im Sinne einer wirtschaftlichen Einheit zuzurechnen sind (vgl. Rz 30).

#### **C.1.1.4 Fazit Neugründung eines Gemeinschaftsunternehmens**

43. Im Rahmen der Projektphase kann die geplante MaaS-Lösung nicht als Neugründung eines Gemeinschaftsunternehmens qualifiziert werden. Ob dies im Rahmen der Betriebsphase der Fall sein wird, lässt sich zum heutigen Zeitpunkt aufgrund der vorhandenen Informationen nicht beurteilen.

44. Damit liegt frühestens mit der Gründung einer wirtschaftlich selbständigen, d.h. einer mit einem sich dem Tagesgeschäft widmenden Management sowie ausreichenden Ressourcen ausgestatteten, auf Dauer angelegten Betriebsträgerschaft ein Zusammenschlussvorhaben im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG vor.

45. Dies bedeutet, dass die Kooperation im Rahmen der Projektphase gegebenenfalls unter den Tatbestand der Abrede gemäss Art. 5 KG fallen kann, soweit damit eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt oder bewirkt wird (Art. 4 Abs. 1 KG). Diese Frage sprengt jedoch den Rahmen der vorliegenden Beratung.

### **C.2 Zeitpunkt der Meldung**

46. Die Meldung muss gemäss Art. 9 KG vor dem Vollzug des Zusammenschlusses erfolgen. Voraussetzung für die Meldung ist grundsätzlich der Abschluss des Verpflichtungsgeschäfts. Ist das Verpflichtungsgeschäft noch nicht abgeschlossen und der Zusammenschluss lediglich beabsichtigt, ist eine Meldung möglich, wenn dem Sekretariat glaubhaft dargelegt wird, dass die beteiligten Unternehmen gewillt sind, das entsprechende Verpflichtungsgeschäft abzuschliessen.<sup>27</sup>

47. In vorliegendem Fall dürfte eine Meldung frühestens im Zeitpunkt möglich sein, in welchem die meldenden Unternehmen die konkreten Verpflichtungsgeschäfte (oder zumindest entsprechend konkrete und bindende Absichtserklärungen) zur Gründung der Betriebsträgerschaft gemäss vorangehender Randziffer 44 abgeschlossen haben.

### **C.3 Inhalt der Meldung**

48. Die Meldung muss die in Art. 11 VKU aufgeführten Angaben und Unterlagen enthalten. Insbesondere die Angabe aller sachlichen und räumlichen Märkte, die von dem Zusammenschluss betroffen sind und in denen der gemeinsame Marktanteil in der Schweiz von zwei oder mehr der beteiligten Unternehmen 20 Prozent oder mehr beträgt oder der Marktanteil in der Schweiz von einem der beteiligten Unternehmen 30 Prozent oder mehr beträgt (Art. 11 VKU).

49. Die beteiligten Unternehmen und das Sekretariat können vor der Meldung eines Zusammenschlusses Einzelheiten des Inhalts der Meldung einvernehmlich festlegen. Das Sekretariat kann dabei von der Pflicht zur Vorlage von einzelnen Angaben oder Unterlagen nach Art. 11 VKU befreien, wenn es der Ansicht ist, dass diese für die Prüfung des Falles nicht notwendig sind (Art. 12 VKU).

50. Praxisgemäss befreit das Sekretariat die meldenden Unternehmen auf Antrag von der Pflicht, alle Märkte anzugeben, in welchen die kontrollierenden Unternehmen tätig sind. In der Regel kann sich die Meldung auf die Märkte konzentrieren, in welchen das zu kontrollierende Unternehmen tätig ist. Grundsätzlich ist aber festzuhalten, dass sich eine erleichterte Meldung nicht automatisch nur auf diejenigen Bereiche beschränken kann, in denen Marktanteilsadditionen erfolgen oder denkbar sind. Unter Umständen prüft das Sekretariat auch Bereiche, in denen nicht alle am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen tätig sind. Möglicherweise stellen bei einem Zusammenschlussvorhaben die Beteiligten potenzielle Konkurrenz dar. In diesem Fall käme es zu keinen Marktanteilsadditionen. Allerdings hätte der Zusammenschluss einen Einfluss auf die Wettbewerbssituation in den betroffenen Bereichen. Deshalb prüft das Sekretariat je nachdem auch Bereiche, in denen keine Marktanteilsadditionen zu erwarten sind.

### **C.3.1 Marktabgrenzung**

51. Der sachliche Markt umfasst alle Waren oder Leistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar angesehen werden (Art. 11 Abs. 3 Bst. a VKU). Der räumliche Markt umfasst das Gebiet, in welchem die Marktgegenseite die den sachlichen Markt umfassenden Waren oder Leistungen nachfragt oder anbietet (Art. 11 Abs. 3 Bst. b VKU).

52. Grundsätzlich ist dabei darauf hinzuweisen, dass sich die Marktabgrenzung somit gemäss Art. 11 Abs. 3 VKU stets an der Marktgegenseite orientiert. Die Marktabgrenzung hat den konkreten Gegebenheiten des gemeldeten Zusammenschlussvorhabens Rechnung zu tragen. Daher ist die Marktabgrenzung grundsätzlich in jedem Einzelfall von Neuem vorzunehmen. Hierbei kann zwar auf Marktabgrenzungen in ähnlich gelagerten Zusammenschlussvorhaben zurückgegriffen werden, dennoch sind übernommene Marktabgrenzungen im Hinblick auf die jeweils geltenden tatsächlichen Umstände zu prüfen und bei abweichenden Umständen den tatsächlichen Gegebenheiten anzupassen, um systematische Fehlentscheide zu vermeiden. Dies bestätigt auch das Bundesgericht in seiner Rechtsprechung, indem es ausführt, dass die Bestimmung des relevanten Marktes an die Sicht der Marktgegenseite anknüpft und somit auf einen strittigen Einzelfall fokussiert.<sup>28</sup>

<sup>27</sup> Vgl. Merkblatt und Formular der Wettbewerbskommission: Meldung eines Zusammenschlussvorhabens, vom 21. Oktober 2014 (BBI 2014 8321–8334), Rz 20; vgl. zum Ganzen auch JAN RITSCHARD/ADRIAN SPÜHLER, in: DIKE-Kommentar, Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, Zäch et al. (Hrsg.), 2018, Art. 32 N 15 ff.

<sup>28</sup> Vgl. bspw. RPW 2023/2, 288 Rz 41, *TX/Clear Channel*.

53. Die vorliegenden Informationen lassen kaum Aussagen über eine in einer allfälligen Meldung vorzunehmende konkrete Marktabgrenzung zu. Ausgangspunkt für die Marktabgrenzung ist aber in jedem Fall die konkrete Geschäftstätigkeit der meldenden Unternehmen bzw. des Gemeinschaftsunternehmens. Immerhin dürften so zwei Bereiche im Vordergrund stehen: Der Betrieb einer vollintegrierten Informations-, Buchungs- und Bezahl-App für Dienstleistungen des öffentlichen Verkehrs und weiterer Partner sowie die Bereitstellung sog. Mobilitätshubs. Soweit ersichtlich hat die WEKO in diesen Bereichen bislang noch keine konkreten Märkte abgegrenzt.

54. Prima facie dürfte es sich bei den fraglichen Märkten in erster Linie um Plattformmärkte handeln. D. h. die meldenden Unternehmen stellen in erster Linie Plattformen zur Verfügung, auf welchen sich verschiedene Marktgegenseiten treffen. Denkbar wäre es an sich, diese Plattformmärkte jeweils als ein einziger Markt anzusehen. Üblicherweise unterscheidet die Praxis der WEKO jedoch bei Plattformmärkten zwischen der Angebotsseite (Supply-Side) und der Nachfrageseite (Demand-Side).<sup>29</sup> Insofern denkbar wäre beispielsweise aus Sicht der Marktgegenseite der Dienstleistungsanbieter ein angebotsseitiger Markt für eine Informations-, Buchungs- und Bezahl-App für Anbieter von Dienstleistungen des öffentlichen Verkehrs und weiterer Mobility Service Provider. Ob ein solcher Markt allenfalls weiter zu unterteilen wäre (bspw. nach konkreter Dienstleistung) kann an dieser Stelle nicht beurteilt werden. Bei der Nachfrageseite geht es demgegenüber um die Sicht der Nachfrager dieser Dienstleistungen, wobei es sich in der Regel wohl um die Endkunden handeln dürfte.

### C.3.2 Nebenabreden

55. Bezüglich Nebenabreden in Zusammenhang mit Unternehmenszusammenschlüssen hat die WEKO ihre Praxis weitgehend nach der EU-Bekanntmachung<sup>30</sup> gerichtet. Dies gilt sowohl für Bezugs- und Lieferpflichten als auch für Konkurrenzverbote.<sup>31</sup>

56. Wettbewerbsabreden können nur dann als «mit der Durchführung des Zusammenschlusses unmittelbar verbunden» angesehen werden, wenn sie mit dem Zusammenschluss selbst eng verbunden sind. Es reicht nicht aus, dass eine Vereinbarung im gleichen Zusammenhang oder zum gleichen Zeitpunkt wie der Zusammenschluss zustande gekommen ist. Einschränkungen, die mit der Durchführung des Zusammenschlusses unmittelbar verbunden sind, sollen einen reibungslosen Übergang zur neuen Unternehmensstruktur nach dem Zusammenschluss gewährleisten.<sup>32</sup>

57. Das Kriterium der Notwendigkeit bedeutet, dass ohne die fragliche Abrede der Zusammenschluss entweder überhaupt nicht oder nur unter deutlich ungünstigeren Voraussetzungen, zu wesentlich höheren Kosten, über einen spürbar längeren Zeitraum oder mit erheblich geringeren Erfolgsaussichten durchgeführt werden könnte. Bei der Klärung der Frage, ob eine Einschränkung notwendig ist, muss nicht nur die Art der Einschränkung berücksichtigt werden, sondern zugleich sichergestellt werden, dass die Einschränkung hinsichtlich ihrer Geltungsdauer sowie ihres sachlichen und räumlichen Geltungsbereichs nicht über das hinausgeht, was für die Durchführung des Zusammenschlusses wirklich erforder-

lich ist. Gibt es Alternativen, mit denen sich das legitime Ziel genauso wirksam erreichen lässt, so sind die Unternehmen gehalten, sich für die Lösung zu entscheiden, die den Wettbewerb objektiv gesehen am wenigsten einschränkt.<sup>33</sup>

58. Abreden, welche die genannten Bedingungen nicht erfüllen und somit keine Nebenabreden in diesem Sinne darstellen, erfahren keine Legalisierung durch den fusionskontrollrechtlichen Entscheid der WEKO. Sie unterliegen gegebenenfalls einer separaten Prüfung gemäss Art. 5 KG im Rahmen eines entsprechenden kartellgesetzlichen Verfahrens.<sup>34</sup>

59. Die Wettbewerbsbehörden prüfen im Rahmen der Zusammenschlusskontrolle Nebenabreden nicht von Amtes wegen. Einzelne und explizit in der Meldung ausgewiesene Nebenabreden werden hingegen auf Begehren geprüft. Dabei müssen diese von den meldenden Unternehmen präzise beschrieben werden. Zudem muss für jede zu prüfende Nebenabrede von den meldenden Unternehmen begründet werden, weshalb diese eine mit dem Zusammenschluss unmittelbar verbundene und notwendige Vereinbarung darstellt.<sup>35</sup>

60. In der Beratungsanfrage werden keine konkreten Nebenabreden umschrieben. Gemäss Ziff. XIII des Kooperationsvertrags informieren sich die Parteien frühzeitig gegenseitig über Tätigkeiten im selben oder in ähnlichen Geschäftsfeldern mit Dritten und holen vorgängig das Einverständnis des Lenkungsausschusses ein. Diese Klausel könnte eine Wettbewerbsabrede darstellen, insbesondere im Sinne eines Informationsaustauschs.<sup>36</sup> Ob die Voraussetzungen einer mit der Durchführung des Zusammenschlusses unmittelbar verbundenen Nebenabrede erfüllt sind, lässt sich aufgrund der vorliegenden Informationen hingegen nicht beurteilen.

<sup>29</sup> Vgl. bspw. RPW 2022/4, 920 Rz 54, *TX Group/AdUnit*.

<sup>30</sup> Bekanntmachung der Kommission über Einschränkungen des Wettbewerbs, die mit der Durchführung von Unternehmenszusammenschlüssen unmittelbar verbunden sind und für diese notwendig sind, ABI. C 56 vom 05.03.2005 S. 24 ff. (nachfolgend: EU-Bekanntmachung).

<sup>31</sup> Vgl. RPW 2022/3, 594 Rz 12, *Beratung Unternehmenszusammenschluss und Nebenabreden*.

<sup>32</sup> Vgl. EU-Bekanntmachung, Rz 12.

<sup>33</sup> Vgl. EU-Bekanntmachung, Rz 13.

<sup>34</sup> Vgl. RPW 2019/4, 1187 Rz 17, *Spital STS AG/Medbase AG*.

<sup>35</sup> Vgl. RPW 2019/4, 1187 Rz 18, *Spital STS AG/Medbase AG*.

<sup>36</sup> Vgl. dazu BVGer, B-141/2012 vom 12.12.2022 E. 4.4, *ASCOPA*.



B 1.4

### 3. Relevante Umsätze von Gemeinwesen bei Unternehmenszusammenschlüssen

*Diese Beratung erfolgt im Rahmen einer Beratung nach Art. 23 Abs. 2 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251).*

#### A Sachverhalt

1. Gemäss Beratungsanfrage prüfe X zusammen mit einer Schweizer Gemeinde (nachfolgend: Gemeinde) die Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens, das im Bereich der Ver-/Entsorgung tätig sein solle (nachfolgend: GU).

2. Das GU mit Sitz in der Schweiz werde unter der gemeinsamen Kontrolle von X und der Gemeinde stehen. Beim GU werde es sich um ein Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmen im Sinne von Art. 4 Abs. 3 KG i. V. m. Art. 2 Abs. 2 VKU handeln, in das gewisse Geschäftstätigkeiten von X bzw. der Gemeinde eingebracht würden.

3. Für die vorliegende Beratungsanfrage sei somit davon auszugehen, dass die Transaktion einen Zusammenschluss im Sinne von Art. 4 Abs. 3 KG darstelle.

4. Die Umsätze von X erreichten die Schwellenwerte von Art. 9 Abs. 1 Bst. a KG und Art. 9 Abs. 1 Bst. b KG. Damit hänge die Meldepflicht der Transaktion davon ab, ob die Gemeinde als zweites beteiligtes Unternehmen den Schwellenwert von Art. 9 Abs. 1 Bst. b KG ebenfalls erreiche.

5. Einerseits erziele die Gemeinde Erträge mit verschiedenen Leistungen (z.B. Wasserversorgung, Abfallentsorgung, Eintritte ins Hallenbad etc.), die typischerweise in der Form von Gebühren / Kausalabgaben erhoben würden. Diese Erträge seien wohl als Umsätze im Sinne von Art. 9 KG zu betrachten, da sie aus «marktnahen» Tätigkeiten stammen würden. Insgesamt erziele die Gemeinde damit Erträge, die deutlich unter CHF 100 Mio. lägen.

6. Andererseits verfüge die Gemeinde über Steuereinnahmen (insb. Einkommens- und Gewinnsteuern). Würde man die Steuereinnahmen ebenfalls als Umsätze qualifizieren, so wäre der Schwellenwert von CHF 100 Mio. erreicht, und die Transaktion wäre meldepflichtig.

7. Die Meldepflicht hänge somit im vorliegenden Fall davon ab, ob man die Steuereinnahmen der Gemeinde als Umsätze im Sinne von Art. 9 Abs. 1 KG qualifiziere.

#### B Fragestellung

8. Teilt das Sekretariat die Auffassung, dass die Steuereinnahmen einer Gemeinde nicht zum Umsatz gemäss Art. 9 Abs. 1 KG hinzuzurechnen sind?

#### C Beurteilung

##### C.1 Argumente Beratungsanfrage

9. Nach in der Beratungsanfrage vertretener Ansicht stellten Steuereinnahmen einer Gemeinde aus mehreren Gründen keine Umsätze im Sinne von Art. 9 Abs. 1 KG dar. Die Steuereinnahmen der Gemeinde resultierten nicht aus einer unternehmerischen oder «marktnahen» Tätigkeit, sondern aus der Steuerhoheit. Steuern würden nicht auf einem Markt generiert.

10. Zudem seien Umsätze gemäss Art. 9 Abs. 1 KG bzw. Art. 4 Abs. 1 VKU «Geld- und sonstige Gegenleistungen für einschlägige Leistungen des Beteiligten». Demgegenüber würden Steuern ohne Gegenleistung erhoben.

11. Gegen den Einbezug von Steuern spreche schliesslich auch Art. 4 Abs. 1 VKU, wonach Mehrwert- und Verbrauchssteuern nicht zu berücksichtigen seien. Wenn selbst jene Steuern, die unmittelbar mit dem Verkauf von Waren oder Leistungen zusammenhängten, nicht berücksichtigt würden, sollte dies erst recht für jene Steuern gelten, denen keine Markttransaktionen zugrunde lägen (insb. Einkommens- und Gewinnsteuern).

##### C.2 Analyse

12. Zur Beantwortung der Frage ist zunächst darzulegen, inwiefern ein Gemeinwesen (Bund, Kanton oder Gemeinde) überhaupt in den persönlichen Geltungsbereich des Kartellgesetzes fällt.

13. Als Unternehmen gelten nach Art. 2 Abs. 1<sup>bis</sup> KG sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform. Das Kartellgesetz folgt damit einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise: Es sollen wirtschaftliche Tatsachen aus funktionaler und wirtschaftlicher Sicht und unabhängig von ihrer rechtlichen Struktur erfasst werden.<sup>1</sup> Entscheidend ist m.a.W. die wirtschaftliche und nicht die rechtliche Selbständigkeit eines Unternehmens.<sup>2</sup> Hingegen kommt es für die Vorliegen des Geltungsbereichs nicht darauf an, ob das Handeln eines Unternehmens privat- oder öffentlich-rechtlichen Charakter hat.<sup>3</sup> Insofern ist das Kartellgesetz

<sup>1</sup> Vgl. BVGer, B-2977/2007 vom 27.4.2010 E. 4.1, *Publigroupe*; vgl. auch RETO HEIZMANN/MICHAEL MAYER, in: DIKE-Kommentar, Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, Zäch et al. (Hrsg.), 2018, Art. 2 N 7 m.w.H.

<sup>2</sup> Vgl. PETER HÄNNI/ANDREAS STÖCKLI, *Wirtschaftsverwaltungsrecht*, 2013, 53.

<sup>3</sup> Vgl. MARKUS SCHOTT, *Staat und Wettbewerb, Der Schutz des institutionellen und des wirtschaftlichen Wettbewerbs vor staatlichen Beeinträchtigungen in der Schweiz und in der Europäischen Union*, 2010, 51.

auch auf unselbstständige öffentlich-rechtliche Verwaltungseinheiten anwendbar, sofern diese unternehmerisch und nicht hoheitlich tätig sind. Mit anderen Worten erfasst das Kartellgesetz auch staatliches Handeln, sofern es sich dabei um «unternehmerische Tätigkeiten» handelt.<sup>4</sup>

14. Hoheitliche Handlungen sind demgegenüber grundsätzlich nicht dem Kartellrecht unterstellt. Zur Abgrenzung von unternehmerischem und hoheitlichem Handeln enthält das Kartellgesetz indes keine Regelung. Eine wirtschaftlich selbstständige Teilnahme am Wirtschaftsprozess durch die staatliche Stelle ist grundsätzlich dann zu bejahen, wenn diese über einen Handlungsspielraum verfügt, um auf Marktveränderungen seitens der Nachfrager oder Konkurrenten zu reagieren.<sup>5</sup>

15. Als hoheitlich gelten staatliche Handlungen, die durch die Erzwingbarkeit der anwendbaren öffentlich-rechtlichen Regeln und ein daraus resultierendes Subordinationsverhältnis geprägt sind. Hoheitliches Handeln bedeutet demnach einseitiges und (i. d. R.) erzwingbares Handeln staatlicher Aufgabenträger gegenüber Privaten, welche sich in Unterordnung (Subordination) zum Staat befinden. Hoheitliches Handeln umfasst entsprechend die Befugnis, einseitig (von Amtes wegen oder auf Gesuch hin) öffentlich-rechtliche Rechte und Pflichten von Privaten festzulegen – d. h. zu verfügen. Entsprechend werden Verfügungen auch als «Hoheitsakte» bezeichnet. Demgegenüber handeln staatliche Akteure in der Regel nicht hoheitlich, wenn sie Leistungen der Grundversorgung erbringen. Zwar handelt es sich bei der Grundversorgung stets um eine öffentliche Aufgabe, deren Erfüllung vom Staat zu gewährleisten ist. Zwischen Leistungserbringer und Leistungsempfängern besteht indessen kein Subordinationsverhältnis. Vielmehr erbringen Grundversorger Wirtschaftsleistungen, deren Inanspruchnahme freiwillig ist. Die Grundversorgung umfasst Angebote bzw. Dienstleistungen, die wie privatwirtschaftliche Leistungen Bedürfnisse von Konsumentinnen und Konsumenten abdecken.<sup>6</sup> Allerdings besteht hier keine scharfe Trennlinie. So können etwa gemäss Literatur staatliche Angebote des Bildungs- und Gesundheitswesens, der Energieversorgung oder der Telekommunikation vom Geltungsbereich des Kartellgesetzes erfasst werden, nicht jedoch der Bau von Nationalstrassen oder die Landesverteidigung.<sup>7</sup>

16. Hinsichtlich der Steuerpflicht besteht zweifellos ein Subordinationsverhältnis.<sup>8</sup> Das Erheben von Steuern erfolgt hoheitlich und kann damit nicht als unternehmerisches Handeln qualifiziert werden. Eine Gemeinde, welche einzig Steuern erheben und ansonsten keine Tätigkeit ausüben würde, wäre demzufolge nicht als Unternehmen im Sinne von Art. 2 Abs. 1<sup>bis</sup> KG zu qualifizieren.

17. Die Meldepflicht nach Art. 9 Abs. 1 KG hängt davon ab, ob die beteiligten Unternehmen die in dieser Bestimmung definierten Umsatzschwellen erreichen. Damit sollen diejenigen Unternehmen erfasst werden, «die von ihrem Umsatz her in der Lage sind, den Wettbewerb spürbar zu beeinflussen. [...] Die Höhe des Umsatzes deutet in diesem Grössenbereich schon für sich alleine darauf hin, dass die beteiligten Unternehmen – auch

aufgrund ihrer Finanzkraft - ein gewisses Marktbeherrschungspotential in sich bergen».<sup>9</sup>

18. Dies spricht grundsätzlich noch nicht dagegen, bei Gemeinwesen auch die Steuereinnahmen bei der Prüfung der Umsatzschwellen heranzuziehen. Allerdings gilt es zu berücksichtigen, dass ein Gemeinwesen ungleich stärker als ein privates Unternehmen gesetzlich eingeschränkt ist, wie es seine Einnahmen verwendet. Insofern kann bei einem Gemeinwesen nicht bereits aufgrund der Höhe der (Steuer-) Einnahmen darauf geschlossen werden, ob es in der Lage ist, den Wettbewerb spürbar zu beeinflussen. Ein möglicher Ansatz wäre hier zu prüfen, ob die Einkünfte in das Finanz- oder das Verwaltungsvermögen der Gemeinde fliessen.<sup>10</sup>

19. Gegen die Berücksichtigung von Steuereinnahmen sprechen die Art. 4 und 5 VKU, wonach für Art. 9 Abs. 1 KG der Umsatz «mit Waren und Leistungen in ihrem normalen geschäftlichen Tätigkeitsbereich» (Art. 4 Abs. 1 VKU) bzw. der Umsatz «aus eigener Geschäftstätigkeit» (Art. 5 Abs. 1 VKU) zu berücksichtigen ist. «Geschäftstätigkeit» ist dabei mit «unternehmerischer Tätigkeit» i.S. des zuvor zum Unternehmensbegriff ausgeführten gleichzusetzen. Konsequenterweise sind, wie in der Beratungsanfrage zu Recht vorgebracht wird, gemäss Art. 4 Abs. 1 VKU Mehrwertsteuern und andere Verbrauchssteuern sowie weitere unmittelbar auf den Umsatz bezogene Steuern bei der Berechnung des relevanten Umsatzes abzuziehen.

20. Insgesamt überwiegen damit die Argumente, welche gegen die Qualifizierung von Steuereinnahmen als Umsatz i.S. von Art. 9 Abs. 1 KG sprechen.

### C.3 Fazit

21. Das Sekretariat teilt die Auffassung, dass die Steuereinnahmen einer Gemeinde nicht zum Umsatz gemäss Art. 9 Abs. 1 KG hinzuzurechnen sind.

<sup>4</sup> Vgl. DIKE-KG-HEIZMANN/MAYER (Fn 1), Art. 2 N 28.

<sup>5</sup> Vgl. DIKE-KG-HEIZMANN/MAYER (Fn 1), Art. 2 N 28.

<sup>6</sup> Vgl. NICOLAS DIEBOLD/BERNHARD RÜTSCHKE, Verhältnis zwischen Personenbeförderungs- und Wettbewerbsrecht mit Blick auf den Ticketvertrieb im öffentlichen Verkehr, Rechtsgutachten für das Bundesamt für Verkehr, Luzern, 15. April 2020, Rz 7 f.

<sup>7</sup> Vgl. DIKE-KG-HEIZMANN/MAYER (Fn §), Art. 2 N 28.

<sup>8</sup> Vgl. bspw. Art. 3 des Bundesgesetzes vom 14.12.1990 über die direkte Bundessteuer (DBG; SR 642.11).

<sup>9</sup> Vgl. Botschaft vom 23.11.1994 zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG), BBl 1995 I 468, 578 Ziff. 234.1, wobei in der Botschaft noch von einer Genehmigungspflicht ausgegangen wurde.

<sup>10</sup> Vgl. für den Bund Art. 3 des Bundesgesetzes vom 7.10.2005 über den eidgenössischen Finanzhaushalt (Finanzhaushaltsgesetz, FHG; SR 611.0), wonach das Verwaltungsvermögen die Vermögenswerte umfasst, die unmittelbar der Erfüllung öffentlicher Aufgaben dienen und das Finanzvermögen alle übrigen Vermögenswerte umfasst.

Diese Beurteilung erfolgt im Rahmen einer Beratung nach Art. 23 Abs. 2 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251).

## 1 Ausgangslage und Fragestellung

1. Die SwissZinc AG plant den Bau einer Aufbereitungsanlage zur Rückgewinnung von Zink und anderen Metallen aus Hydroxidschlamm aus Kehrichtverbrennungsanlagen (nachfolgend: KVA).<sup>1</sup> Hydroxidschlamm entsteht bei der sauren Wäsche von Flugasche. Die revidierte Verordnung über die Vermeidung und die Entsorgung von Abfällen<sup>2</sup> verpflichtet die KVA, ab 1. Januar 2026<sup>3</sup> Metalle aus dieser Flugasche, welche bei der Verbrennung von Abfällen entsteht, zurückzugewinnen (Art. 32 Abs. 2 Bst. g VVEA i.V.m. Art. 54 Abs. 3 VVEA). Die Hydroxidschlämme werden derzeit von Unternehmen, die auf die Entsorgung von Sonderabfall spezialisiert sind (Chiresa AG, Spaltag AG, Air Mercury AG und Sova Veolia), an Verwertungsanlagen im Ausland exportiert, welche die Metalle aus den Hydroxidschlämmen zurückgewinnen.<sup>4</sup>

2. Die SwissZinc AG reichte im Frühjahr 2019 beim Sekretariat eine Meldung für ein Widerspruchsverfahren im Sinne von Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG ein. Das Sekretariat eröffnete innerhalb der fünfmonatigen Frist am 8. Oktober 2019 eine Vorabklärung (Art. 26 KG).<sup>5</sup> Im Rahmen der Vorabklärung kam das Sekretariat zum Schluss, dass Anhaltspunkte für potentiell unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen vorliegen und formulierte entsprechend Anregungen. Zudem unterbreitete das Sekretariat der SwissZinc AG Empfehlungen, falls die SwissZinc AG eine marktbeherrschende Stellung erreichen sollte.<sup>6</sup>

3. In der vorliegenden Beratungsanfrage bringt die SwissZinc AG vor, dass die SwissZinc AG als Unternehmen zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben mit besonderen Rechten ausgestattet werde. Damit liege eine vorbehaltene Vorschrift nach Art. 3 Abs. 1 Bst. b KG vor und das Kartellgesetz komme auf die Tätigkeiten der SwissZinc AG nicht zur Anwendung.

4. Die SwissZinc AG ersucht das Sekretariat im Rahmen der Beratung, unter Berücksichtigung ihrer rechtlichen Ausführungen (vgl. Rz 6 f.) nochmals zu prüfen, ob das Kartellgesetz auf die Tätigkeiten der SwissZinc AG anwendbar ist oder ob eine vorbehaltene Vorschrift i.S.v. Art. 3 Abs. 1 Bst. b KG vorliegt.

## 2 Vorabklärung und Vorbringen der SwissZinc AG in der Beratungsanfrage

5. Im Rahmen der Vorabklärung 22-0498: SwissZinc AG kam das Sekretariat zum Schluss, dass Hydroxidschlamm Sonderabfall ist und zur Kategorie der übrigen Abfälle gehört. Entsprechend seien die Inhaberinnen und Inhaber von Hydroxidschlamm zur Entsorgung verpflichtet und es bestehe kein gesetzlich vorgesehenes Monopol des Staates. Das Sekretariat stützte sich dabei

auf die umweltrechtliche Literatur.<sup>7</sup> Im Rahmen der Vorabklärung ging auch die SwissZinc AG in ihren Eingaben davon aus, dass es sich bei Hydroxidschlamm um übrigen Abfall handelt, machte sie doch geltend, der Bundesrat erkläre gestützt auf Art. 31c Abs. 3 USG<sup>8</sup> die ganze Schweiz zum Einzugsgebiet der SwissZinc-Anlage.<sup>9</sup>

6. In der Beratungsanfrage wird nunmehr vorgebracht, das Sekretariat habe in der Vorabklärung fälschlicherweise angenommen, dass die von der SwissZinc AG zu verarbeitenden Hydroxidschlämme der Kategorie der übrigen Abfälle nach Art. 31c USG zuzurechnen seien.<sup>10</sup> Die SwissZinc AG stellt sich auf den Standpunkt, dass es sich bei Hydroxidschlamm aus KVA um Siedlungsabfall handle. Begründet wird dies damit, dass sämtliche Stufen der Siedlungsabfallentsorgung, mithin auch die Verwertung von Hydroxidschlamm aus KVA, dem kantonalen Entsorgungsmonopol nach Art. 31b USG unterstehen würden. Die SwissZinc AG verweist diesbezüglich einerseits auf einen Bundesgerichtsentscheid aus dem Jahr 1999 und andererseits auf die Verwaltungspraxis des Bundesamts für Umwelt (nachfolgend: BAFU), konkret auf zwei Schreiben sowie die Vollzugshilfe zur VVEA betreffend Rückgewinnung von Metallen aus den Flugaschen von KVA.<sup>11</sup>

7. Die Qualifikation von Hydroxidschlamm aus KVA als Siedlungsabfall hat gemäss der SwissZinc AG zur Folge, dass die Kantone zur Entsorgung verpflichtet sind und Einzugsgebiete festlegen müssen.<sup>12</sup> Zudem bringt die SwissZinc AG vor, dass mit dem Bau der SwissZinc-Anlage eine Entsorgungsmöglichkeit für Hydroxidschlamm aus KVA im Inland geschaffen werde, die eine Entsorgung im Ausland grundsätzlich ausschliesse (Art. 30 Abs. 3 USG). Das Exportverbot für Siedlungsabfall nach Art. 17 Bst. c Ziff. 1 VeVA<sup>13</sup> müsse auch auf Hydroxidschlamm angewendet werden.<sup>14</sup> Gemäss den

<sup>1</sup> Beratungsanfrage, Rz 1.

<sup>2</sup> Verordnung vom 4. Dezember 2015 über die Vermeidung und die Entsorgung von Abfällen (Abfallverordnung, VVEA; SR 814.600).

<sup>3</sup> Ursprünglich war geplant, die Pflicht zur Metallrückgewinnung aus der Flugasche bereits ab dem 1. Januar 2021 einzuführen. Der Bundesrat hat am 11. Dezember 2020 entschieden, die Übergangsfrist in Art. 54 Abs. 3 VVEA bis zum 1. Januar 2026 zu verlängern (vgl. Beilage 1 der Beratungsanfrage).

<sup>4</sup> RPW 2020/4a, 1542 Rz 11, SwissZinc AG.

<sup>5</sup> RPW 2020/4a, 1542 Rz 6 f., SwissZinc AG.

<sup>6</sup> RPW 2020/4a, 1573 Rz 247, SwissZinc AG.

<sup>7</sup> RPW 2020/4a, 1555 Rz 110, SwissZinc AG.

<sup>8</sup> Bundesgesetz vom 7. Oktober 1983 über den Umweltschutz (Umweltschutzgesetz, USG; SR 814.01).

<sup>9</sup> RPW 2020/4a, 1555 Rz 107, SwissZinc AG.

<sup>10</sup> Beratungsanfrage, Rz 3.

<sup>11</sup> Beratungsanfrage, Rz 21 ff.

<sup>12</sup> Beratungsanfrage, Rz 27 ff., insb. Rz 30.

<sup>13</sup> Verordnung vom 22. Juni 2005 über den Verkehr mit Abfällen (VeVA; SR 814.610).

<sup>14</sup> Beratungsanfrage, Rz 31 ff.

Ausführungen der SwissZinc AG führen die Festlegung von Einzugsgebieten und das Exportverbot dazu, dass die Kantone – unter Vorbehalt des Baus einer zusätzlichen Anlage – verpflichtet sind, den Hydroxidschlamm aus KVA der SwissZinc-Anlage zuzuweisen.<sup>15</sup> Damit werde ein rechtliches Monopol der SwissZinc AG geschaffen, das andere Anbieterinnen von der Entsorgungstätigkeit ausschliesse.<sup>16</sup>

8. Nachfolgend sind diese Vorbringen der SwissZinc AG zu prüfen. In Kapitel 3 werden die rechtlichen Grundlagen zu den vorbehaltenen Vorschriften nach Art. 3 Abs. 1 KG und zur Entsorgungspflicht bei Abfällen gemäss Art. 31b USG (Entsorgung der Siedlungsabfälle) und Art. 31c USG (Entsorgung der übrigen Abfälle) dargelegt. Anschliessend wird in Kapitel 4 geprüft, ob Hydroxidschlamm als Siedlungsabfall oder als übriger Abfall qualifiziert wird. Das Sekretariat kommt dabei wie bis anhin zum Schluss, dass es sich bei Hydroxidschlamm aus KVA um übrigen Abfall handelt. Schliesslich wird in Kapitel 5 aufgezeigt, dass auf dem Markt für die Entsorgung von Hydroxidschlamm auch nach dem Bau der SwissZinc-Anlage Wettbewerb herrscht, da Hydroxidschlamm weiterhin ins Ausland exportiert werden darf und die Kantone nicht verpflichtet sind, Einzugsgebiete festzulegen.

### 3 Rechtliche Grundlagen

#### 3.1 Vorbehaltene Vorschriften nach Art. 3 Abs. 1 KG

9. Dem KG sind gemäss Art. 3 Abs. 1 KG Vorschriften vorbehalten, die auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen Wettbewerb nicht zulassen, insbesondere Vorschriften, die eine staatliche Markt- oder Preisordnung begründen oder die einzelne Unternehmen zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben mit besonderen Rechten ausstatten.

10. Mit Art. 3 Abs. 1 KG sieht der Gesetzgeber vor, dass wegen Marktversagens oder sozial unerwünschten Verteilungen der Markt als Regelsystem der Wirtschaftsbeziehungen durch die «sichtbare Hand des Rechts» ersetzt wird, allerdings nur so weit, als die staatlichen Vorschriften auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen Wettbewerb nicht zulassen. Das Prüfprogramm umfasst demnach zwei Punkte: Es ist erstens zu prüfen, ob staatliche Marktregulierungen den Wettbewerb in einem bestimmten Bereich ausschliessen, und gegebenenfalls zweitens, inwieweit sie dies tun.<sup>17</sup>

11. Dem Wortlaut, dem gesetzgeberischen Willen und dem Zweck entsprechend sowie in verfassungskonformer Auslegung ist dem Vorbehalt von Art. 3 Abs. 1 KG nur in restriktiver Weise Geltung zu verschaffen. Ein Ausschluss ist deshalb einzig gestützt auf eine klare gesetzliche Grundlage möglich, die ein wettbewerbsbehinderndes Verhalten verordnet oder zulässt. Sofern und soweit die vorbehaltenen Vorschriften Raum für Wettbewerb lassen, bleibt das KG anwendbar.<sup>18</sup> Der Vorbehalt von Art. 3 Abs. 1 KG nimmt die Tätigkeiten von Unternehmen, die mit besonderen Rechten ausgestattet sind, nicht zum vornherein integral vom Kartellgesetz aus. Vielmehr sind nur die Monopolbereiche ausgeschlossen, für die der Wettbewerb gesetzlich ausgeschlossen ist. Auf Tätigkeiten, die ausserhalb des mo-

nopolistisch regulierten Bereiches liegen, sind die Bestimmungen des Kartellgesetzes anwendbar.<sup>19</sup>

12. Die SwissZinc AG stützt sich bei der Begründung für eine vorbehaltene Vorschrift i.S.v. Art. 3 Abs. 1 Bst. b KG auf Art. 31b USG sowie auf Art. 30 Abs. 3 USG resp. Art. 17 Bst. c Ziff. 1 VeVA (vgl. Rz 6 f.). Es ist daher zu prüfen, ob die vorgenannten umweltrechtlichen Vorschriften den Wettbewerb auf dem Markt für die Entsorgung von Hydroxidschlamm ausschliessen. Ergänzungshalber ist anzumerken, dass Art. 3 Abs. 1 KG nur bei echter Normenkollision einschlägig ist, also dann, wenn die andere Norm den gleichen Sachverhalt unter gleichen Gesichtspunkten unterschiedlich beurteilt. Umweltrecht verfolgt in der Regel andere Ziele als das Kartellrecht, so dass es zu Normenkumulation kommt. Bei Spannungen ist im Einzelfall zu prüfen, auf welche Weise beide Rechtsnormen verwirklicht werden können.<sup>20</sup>

### 3.2 Entsorgungspflicht bei Abfällen

#### 3.2.1 Art. 31b USG: Entsorgung der Siedlungsabfälle

13. Gemäss Art. 31b Abs. 1 USG obliegt die Entsorgung von Siedlungsabfällen, Abfällen aus dem öffentlichen Strassenunterhalt und der öffentlichen Abwasserreinigung sowie Abfällen, deren Inhaberin resp. Inhaber nicht ermittelt werden kann oder zahlungsunfähig ist, grundsätzlich den Kantonen. Die Kantone können die Entsorgung den Gemeinden oder anderen öffentlich-rechtlichen Körperschaften übertragen oder Private mit der Ausführung betrauen.<sup>21</sup> Für Abfälle, die nach besonderen Vorschriften des Bundes von der Inhaberin resp. dem Inhaber verwertet oder von Dritten zurückgenommen werden müssen, richtet sich die Entsorgungspflicht nach Art. 31c USG (Art. 31b Abs. 1 Satz 2 USG).

14. Art. 31b Abs. 2 USG hält weiter fest, dass die Kantone für diese Abfälle Einzugsgebiete festlegen und für einen wirtschaftlichen Betrieb der Abfallanlagen sorgen. Die Kantone sind bei Siedlungsabfällen in jedem Fall verpflichtet, Einzugsgebiete festzulegen, welche das gesamte Kantonsgebiet lückenlos abdecken.<sup>22</sup> Einzugsgebiete ordnen bestimmte Abfälle aus bestimmten Gebieten einer bestimmten Abfallanlage zu. Die Einzugsgebiete für Siedlungsabfälle sichern einerseits die Versorgungsbasis der belieferten Entsorgungsanlage und schaffen andererseits Entsorgungssicherheit zugunsten der Abfallinhaberinnen und Abfallinhaber im betreffenden Gebiet.<sup>23</sup>

<sup>15</sup> Beratungsanfrage, Rz 38.

<sup>16</sup> Beratungsanfrage, Rz 40.

<sup>17</sup> BGE 141 II 66 E. 2.2.1.

<sup>18</sup> BGE 141 II 66 E. 2.2.3.

<sup>19</sup> MARKUS SCHOTT, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2. Aufl. 2021, Art. 3 Abs. 1 KG N 23, vgl. auch BGE 138 I 378 E. 9.4.

<sup>20</sup> ANDREAS HEINEMANN, Nachhaltigkeitsvereinbarungen, sic! 2021, 213-227, 220 f., vgl. auch BGE 141 II 66 E. 2.2.4.

<sup>21</sup> Botschaft vom 7. Juni 1993 zu einer Änderung des Bundesgesetzes über den Umweltschutz; BBl 1993 II 1445, 1494.

<sup>22</sup> PIERRE TSCHANNEN, in: Kommentar zum Umweltschutzgesetz, Vereinigung für Umweltrecht (VUR)/Helen Keller (Hrsg.), 2. Aufl. 2004, Art. 31b USG N. 21 f.; HANS-PETER FAHRNI, Abfallplanung und Entsorgungspflicht, UR 1999, 16-34, 21.

<sup>23</sup> TSCHANNEN (Fn 22), Art. 31b USG N. 20; in gleichem Sinne FAHRNI (Fn 22), 22 f.

15. Schliesslich sind die Inhaberinnen und Inhaber von Siedlungsabfällen dazu verpflichtet, ihre Abfälle den von den Kantonen vorgesehenen Sammlungen und Sammelstellen zu übergeben (Art. 31b Abs. 3 USG).

16. Für die vorgenannten Abfälle besteht folglich ein kantonales Entsorgungsmonopol, da die Kantone für diese Abfälle Einzugsgebiete festlegen müssen (Art. 31b Abs. 2 USG) und für die Inhaberinnen und Inhaber dieser Abfälle eine Abgabepflicht besteht (Art. 31b Abs. 3 USG). Der Kanton als Träger des Monopols ist dazu verpflichtet, die Siedlungsabfälle zu entsorgen, dabei können auch Marktelemente eingeführt werden. Sowohl im Bereich der Sammlung als auch bei der Behandlung der Abfälle ist es möglich, dass Private ausgelagerte Vollzugsaufgaben übernehmen. Mittels geeigneter Auflagen kann den spezifischen öffentlichen Interessen (insbesondere was die flächendeckende Entsorgung betrifft) Rechnung getragen werden.<sup>24</sup>

17. Gemäss Bundesgericht ist das kantonale Entsorgungsmonopol für Siedlungsabfall mit der Wirtschaftsfreiheit vereinbar.<sup>25</sup> Es erscheint überwiegend als Polizeimonopol und rechtfertigt sich aus umweltschützerischen, organisatorischen und teils auch finanziellen Gründen. Aus Gründen des Umweltschutzes drängt sich eine Monopolisierung auf, weil ein obligatorisch zu benutzender öffentlicher Entsorgungsdienst am ehesten Gewähr bietet, dass Siedlungsabfälle nicht in polizeiwidriger Weise beseitigt werden.<sup>26</sup>

18. Die Entsorgungspflicht des Kantons gemäss Art. 31b USG erfasst Siedlungsabfälle, Abfälle aus dem öffentlichen Strassenunterhalt und der öffentlichen Abwasserreinigung sowie Abfälle, deren Inhaberin resp. Inhaber nicht ermittelt werden kann oder zahlungsunfähig ist. Als Siedlungsabfälle gelten gemäss Art. 3 Bst. a VVEA Abfälle aus Haushalten sowie Abfälle aus Unternehmen mit weniger als 250 Vollzeitstellen und der öffentlichen Verwaltung, deren Zusammensetzung betreffend Inhaltstoffe und Mengenverhältnisse mit Abfällen aus Haushalten vergleichbar sind (unspezifische Betriebsabfälle).

### 3.2.2 Art. 31c USG: Entsorgung der übrigen Abfälle

19. Gemäss Art. 31c Abs. 1 USG müssen übrige Abfälle von den Inhaberinnen und Inhabern entsorgt werden, wobei diese auch Dritte mit der Entsorgung der Abfälle beauftragen können. Die Errichtung eines staatlichen Entsorgungsmonopols im Sinne eines Service public ist bei übrigen Abfällen weder erforderlich noch sinnvoll.<sup>27</sup>

20. Soweit nötig, erleichtern die Kantone gemäss Art. 31c Abs. 2 USG die Entsorgung von übrigen Abfällen mit geeigneten Massnahmen. Insbesondere können die Kantone Einzugsgebiete festlegen. Die Kantone haben hinsichtlich der übrigen Abfälle nur eine beschränkte Verantwortung. Sie sind nicht gehalten, im Rahmen einer Planung Standorte für Abfallanlagen verbindlich vorzugeben. Es sind die Abfallinhaberinnen und Abfallinhaber, denen die Entscheide über Bau, Finanzierung und Betrieb der erforderlichen Abfallanlagen obliegen. Die Aufgabe der Kantone besteht nur darin, dafür zu sorgen, dass solche Entsorgungsanlagen den einschlägigen gesetzlichen Bestimmungen, namentlich im Bereich des Umweltschutzes, genügen. Das Festlegen von Einzugsgebieten für übrige Abfälle ist eine subsidiä-

re Aufgabe der Kantone, die nach Bedarf wahrzunehmen ist; namentlich wenn andernfalls eine umweltverträgliche Entsorgung nicht gesichert erscheint.<sup>28</sup>

21. Schliesslich statuiert Art. 31c Abs. 3 USG, dass der Bundesrat Einzugsgebiete festlegen kann, falls die Entsorgung von übrigen Abfällen gesamtschweizerisch nur wenige Einzugsgebiete erfordert.

22. Unter die Entsorgung von übrigen Abfällen nach Art. 31c USG fallen sämtliche Abfälle, die nicht nach Art. 31b USG (vgl. Rz 18) entsorgt werden. Darunter fallen insbesondere unspezifische Betriebsabfälle, sofern diese aus Unternehmen mit 250 oder mehr Vollzeitstellen stammen, sowie alle spezifischen Betriebsabfälle.

23. Spezifische Betriebsabfälle sind Abfälle aus Industrie-, Gewerbe-, Dienstleistungs-, Verwaltungs-, Land- und Forstwirtschaftsbetrieben, die der spezifischen Geschäftstätigkeit eines Betriebs entstammen. Darunter fallen beispielsweise Produktionsrückstände aus der Kunststoff- und Metallverarbeitung und Bauabfälle, aber auch Verbrennungsrückstände aus KVA<sup>29</sup>. Solche Abfälle fallen regelmässig in grossen Mengen an und weisen ein relativ hohes Verwertungspotenzial auf, weshalb das Entsorgungsmonopol zur Durchsetzung der Entsorgungspflicht nicht erforderlich ist.<sup>30</sup>

## 4 Entsorgung von Hydroxidschlamm

### 4.1 Auffassung des Sekretariats

24. Für die Auslegung des Begriffs «Siedlungsabfall» ist vom Wortlaut auszugehen. Siedlungsabfall umfasst gemäss dem Wortsinn Abfall, der aus Haushalten stammt (vgl. auch Art. 3 Bst. a VVEA). Ob Siedlungsabfall vorliegt oder nicht, entscheidet sich primär anhand der Herkunft und/oder der Zusammensetzung der Abfälle.<sup>31</sup>

25. Siedlungsabfälle fallen fortwährend bei einer unübersehbaren Vielzahl von Inhaberinnen und Inhabern (z.B. in Haushalten) in kleinen Mengeneinheiten an und sie sind in der Zusammensetzung uneinheitlich und heterogen. Mit Art. 31b USG soll sichergestellt werden, dass diese Abfälle vom Gemeinwesen im Rahmen eines Service public flächendeckend sowie umweltgerecht, zuverlässig und wirtschaftlich entsorgt werden.<sup>32</sup>

<sup>24</sup> FAHRNI (Fn 22), 23; vgl. auch Urteil des BVGer B-5194/2020 vom 10. November 2023 E. 9.4.2.

<sup>25</sup> BGE 125 II 508 E. 5b; BGE 123 II 359 E. 5b.

<sup>26</sup> Urteil des BVGer B-5194/2020 vom 10. November 2023 E. 9.4.1.

<sup>27</sup> TSCHANNEN (Fn 22), Art. 31c USG N 10.

<sup>28</sup> Urteil des BGer 1C\_139/2017 vom 6. Februar 2018 E. 4.5, BGE 126 II 26 E. 3c.

<sup>29</sup> Vgl. auch TSCHANNEN (Fn 22), Art. 31c USG N 8.

<sup>30</sup> JOHANNES REICH, Abgrenzung von rechtllichem Monopol und Wettbewerb im Abfallmarkt, URP 2014, 321-350, 348.

<sup>31</sup> CHRISTOPH JÄGER/ANDREAS BÜHLER, Schweizerisches Umweltrecht, 2016, Rz 532, mit Verweis auf BGE 138 II 111 E. 4.2.

<sup>32</sup> TSCHANNEN (Fn 22), Art. 31b USG N 2, FAHRNI (Fn 22), 22.

26. Hydroxidschlamm hingegen stammt aus einer überschaubaren Anzahl von Anlagen, welche Flugasche aus der Verbrennung von Siedlungsabfällen und übrigen Abfällen sauer waschen. Hydroxidschlamm weist ein relativ hohes Verwertungspotenzial auf, fällt in grösseren Mengen an, ist homogen und unterscheidet sich von der Qualität und der Zusammensetzung her erheblich von Siedlungsabfall. Es handelt sich beim Hydroxidschlamm um spezifischen Betriebsabfall aus den genannten Anlagen (vgl. Rz 22 f.). Die Herkunft und die Zusammensetzung von Hydroxidschlamm sprechen somit gegen die Auffassung der SwissZinc AG, dass Hydroxidschlamm Siedlungsabfall ist. Nach dem Wortlaut gehört Hydroxidschlamm deshalb in die Kategorie des übrigen Abfalls. Zudem handelt es sich bei Hydroxidschlamm um Sonderabfall gemäss Art. 30f Abs. 1 USG i.V.m. Art. 3 Bst. c VVEA und Art. 2 VeVA.

27. Auch der Zweck von Art. 31b USG führt zum Schluss, dass Hydroxidschlamm nicht Siedlungsabfall ist, sondern übriger Abfall nach Art. 31c USG sein muss. Das kantonale Entsorgungsmonopol gemäss Art. 31b USG ist überwiegend polizeilich motiviert und bezweckt, dass Siedlungsabfälle durch einen flächendeckenden und umweltverträglichen Entsorgungsdienst beseitigt werden (vgl. Rz 17 und 25).

28. Für die Entsorgung von Hydroxidschlamm sind keine Gründe ersichtlich, die eine Monopolisierung rechtfertigen würden. Wie bereits ausgeführt, stammt Hydroxidschlamm aus den Anlagen, welche die Flugaschenwäsche durchführen. Ein flächendeckendes Entsorgungssystem, wie es die Kantone für Abfall aus Haushalten sowie unspezifischen Betriebsabfall aus Unternehmen mit weniger als 250 Vollzeitstellen und der Verwaltung aufbauen mussten, ist für Hydroxidschlamm weder erforderlich noch sinnvoll. Mit den Verwertungsanlagen im Ausland sowie den auf Sonderabfall spezialisierten Unternehmen sind genügend Entsorgungsmöglichkeiten für Hydroxidschlamm vorhanden, die dem Stand der Technik entsprechen.<sup>33</sup> Diese bestehenden Entsorgungssysteme sind umweltverträglich und bieten ausreichende Entsorgungssicherheit. Sie stehen den Inhaberinnen und Inhabern von Hydroxidschlämmen auch nach der Inbetriebnahme der SwissZinc-Anlage offen (vgl. Kapitel 5.2). Der durchschnittliche Preis für die Entsorgung einer Tonne Flugasche liegt beim Export des Hydroxidschlammes ins Ausland etwas tiefer als bei der Entsorgung des Hydroxidschlammes bei der SwissZinc AG.<sup>34</sup> Nach dem Gesagten drängt sich ein staatlich organisierter Entsorgungsdienst für Hydroxidschlamm weder aus umweltschützerischen, finanziellen noch aus organisatorischen Gründen auf. Insgesamt sind daher keine Gründe für die Schaffung eines kantonalen Entsorgungsmonopols für Hydroxidschlamm ersichtlich.

29. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die Entsorgung von Hydroxidschlamm nach Art. 31c USG zu erfolgen hat. Die Entsorgungspflicht von Hydroxidschlamm obliegt folglich den Inhaberinnen und Inhabern. Die Kantone tragen nur eine subsidiäre Verantwortung für die Entsorgung.

#### 4.2 Literatur und Rechtsprechung

30. Die Auffassung des Sekretariats, dass Hydroxidschlamm übriger Abfall nach Art. 31c USG darstellt,

entspricht der geltenden umweltrechtlichen Literatur und der bundesgerichtlichen Rechtsprechung.

31. TSCHANNEN ordnet die Rückstände aus KVA explizit als übrige Abfälle ein.<sup>35</sup> Das Sekretariat stützte sich bereits in der Vorabklärung auf die Aussage von Tschannen. Inwiefern die zitierte Literatur – wie von der SwissZinc AG in der Beratungsanfrage vorgebracht<sup>36</sup> – überholt sein soll, ist nicht ersichtlich und führt die SwissZinc AG in der Beratungsanfrage auch nicht näher aus. REICH hält mit Verweis auf Tschannen ebenfalls fest, dass Verbrennungsrückstände aus KVA spezifische Betriebsabfälle seien und folgert, dass der Einbezug solcher Abfälle in das Entsorgungsmonopol verfassungswidrig wäre.<sup>37</sup> Abweichende Meinungen in der Literatur konnte das Sekretariat nicht ausfindig machen.

32. Die SwissZinc AG stützt sich in der Beratungsanfrage auf einen Bundesgerichtsentscheid aus dem Jahr 1999 (BGE 126 II 26 E. 3d), welcher festhalte, dass die Verfestigung von Filterstäuben aus der Rauchgasreinigung und Schlämmen aus der Abgaswäsche von KVA zwecks späterer Ablagerung auf einer Deponie als Entsorgung von Siedlungsabfällen zu qualifizieren sei.<sup>38</sup> In zwei neueren Entscheiden hält das Bundesgericht demgegenüber explizit fest, dass für die Entsorgung von Sonderabfällen, worunter auch die Flugasche falle, Art. 31c USG einen Freiraum für privatwirtschaftliche Tätigkeiten lasse.<sup>39</sup> In BGE 131 II 271 konnte sich die Beschwerdeführerin, welche auf den Export von Flugasche aus Rückständen der Kehrichtverbrennung spezialisiert ist, auf die Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV) stützen. Das Bundesgericht bejahte für die Flugasche die Konkurrenzsituation zwischen der Endlagerung in Reststoffdeponien in der Schweiz und in Untertagedeponien im Ausland.<sup>40</sup> Was für Flugasche gilt, muss erst recht für Hydroxidschlamm gelten. Wenn unbehandelte Flugasche, welche aus der Verbrennung von Siedlungsabfall und übrigem Abfall entsteht, nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung der privatwirtschaftlichen Entsorgung unterliegt, muss dies auch für Hydroxidschlamm gelten, der aus der sauren Wäsche von Flugasche resultiert.

#### 4.3 Verwaltungspraxis des BAFU

33. Die SwissZinc AG stützt ihr Hauptargument, wonach Hydroxidschlamm aus KVA als Siedlungsabfall zu qualifizieren sei, auf einen Bundesgerichtsentscheid aus dem Jahr 1999 (vgl. Rz 32) und auf die Verwaltungspraxis des BAFU.

<sup>33</sup> RPW 2020/4a, 1555 Rz 108 und 1567 Rz 201, *SwissZinc AG*.

<sup>34</sup> RPW 2020/4a, 1554 Rz 95 ff., *SwissZinc AG*.

<sup>35</sup> TSCHANNEN (Fn 22), Art. 31c USG N 8.

<sup>36</sup> Beratungsanfrage, Rz 17.

<sup>37</sup> REICH (Rz 30), 348.

<sup>38</sup> Beratungsanfrage, Rz 22.

<sup>39</sup> BGE 131 II 271 E. 9.2.1, bestätigt in BGE 148 II 387 E.3.2.4.

<sup>40</sup> BGE 131 II 271 E. 9.2.1.

34. Das BAFU hielt im Schreiben vom 3. Juni 2021 an die Abfallfachstellenleiterinnen und -leiter<sup>41</sup> und in der Vollzugshilfe zur VVEA<sup>42</sup> fest, dass die Rückstände aus der thermischen Behandlung von Siedlungsabfällen – sowohl die entstehenden Schlacken als auch behandelte und unbehandelte Rückstände der Rauchgasreinigungsstufen einer KVA – als Siedlungsabfälle gälten. Die Kantone seien mit dem Entsorgungsmonopol (Art. 31b Abs. 1 Satz 1 USG) befugt und verpflichtet, die Siedlungsabfälle zu entsorgen. Die Entsorgungspflicht des Gemeinwesens umfasse die Pflicht, die Siedlungsabfälle der Verwertung oder Ablagerung zuzuführen oder zuführen zu lassen und auch die hierzu erforderlichen Sammlungen, Transporte, Zwischenlagerungen und Behandlungen vorzunehmen oder vornehmen zu lassen (Art. 7 Abs. 6<sup>bis</sup> USG). Die thermische Behandlung des Kehrichts in der KVA sei die Vorstufe der Entsorgung, sie müsse anschliessend der Verwertung oder der Ablagerung (Endstufen der Entsorgung) zugeführt werden. Alle diese Tätigkeiten seien bei Siedlungsabfällen den Kantonen vorbehalten.

35. Im Schreiben vom 2. August 2023<sup>43</sup> informierte das BAFU die SwissZinc AG, dass es das von der SwissZinc AG beantragte Exportverbot für Hydroxidschlamm nicht unterstütze. Das BAFU hielt jedoch fest, dass die Kantone die Möglichkeit hätten, gestützt auf Art. 31b Abs. 2 USG Einzugsgebiete zu definieren. Die SwissZinc AG folgert aus der genannten rechtlichen Grundlage, dass das BAFU Hydroxidschlamm aus KVA als Siedlungsabfall qualifiziert.<sup>44</sup>

36. Unter Berücksichtigung der beiden Schreiben und der Vollzugshilfe scheint das BAFU entgegen der Meinung des Sekretariats davon auszugehen, dass der gesamte Hydroxidschlamm aus KVA oder zumindest der Teil, bei dem am Anfang der Entsorgungskette Siedlungsabfall steht, begrifflich Siedlungsabfall ist. Aus den folgenden Gründen kann das Sekretariat der Argumentation des BAFU betreffend Begrifflichkeit nicht folgen:

37. Das BAFU geht von der Prämisse aus, dass Siedlungsabfall über den gesamten Entsorgungsweg Siedlungsabfall bleibt und der Kanton die Entsorgungspflicht trägt. Bei 73,8 % der Abfälle, welche im Jahr 2022 in Schweizer KVA verbrannt wurden, handelte es sich um Siedlungsabfälle aus der Schweiz und Liechtenstein. Entsprechend wurden in den Schweizer KVA auch übrige Abfälle, z.B. Bauabfälle, Industrie- und Gewerbeabfälle und Klärschlämme, verbrannt.<sup>45</sup> Wenn das BAFU davon ausgeht, dass Siedlungsabfälle über den gesamten Entsorgungsweg Siedlungsabfälle bleiben, müssten die Rückstände aus der Verbrennung von übrigen Abfällen über den gesamten Entsorgungsweg übrige Abfälle bleiben. Falls das BAFU demgegenüber bei *allen* Rückständen aus der thermischen Verbrennung in KVA, unabhängig davon, ob Siedlungsabfall oder übriger Abfall verbrannt wurde, von einer umfassenden Entsorgungspflicht der Kantone ausgeht (dies geht aus den Schreiben und der Vollzugshilfe nicht eindeutig hervor), widerspricht dies seiner eigenen Logik, dass die Entsorgungspflicht über alle Stufen am Anfang des Entsorgungswegs bestimmt wird.

38. Das Sekretariat stimmt dem BAFU zu, dass die Entsorgung von Abfällen alle Stufen der Entsorgung bis zur

Verwertung oder Ablagerung umfasst (Art. 7 Abs. 6<sup>bis</sup> USG). Aus der Systematik des Gesetzes folgt, dass in Art. 31b und Art. 31c USG die Entsorgungspflicht bei Abfällen geregelt wird. Entgegen der Ansicht des BAFU kann aus Art. 7 Abs. 6<sup>bis</sup> USG jedoch nicht geschlossen werden, dass die Entsorgungspflicht für Abfälle über alle Stufen der Entsorgung beim gleichen Subjekt verbleibt. Die Entsorgungspflicht muss auf dem Entsorgungsweg bei jeder Stufe neu beurteilt werden; insbesondere die thermische Behandlung von Abfällen in der KVA führt zu einer chemischen Veränderung des Abfalls (vgl. Art. 7 Abs. 6<sup>bis</sup> Satz 2 USG). Art. 31c Abs. 1 USG verdeutlicht, dass die Entsorgungspflicht nicht bei der Inhaberin resp. beim Inhaber verbleibt, welche resp. welcher die Entsorgungskette in Gang setzte. Vielmehr können auf jeder Entsorgungsstufe neue Abfälle entstehen, welche die jeweilige Inhaberin resp. den jeweiligen Inhaber entsorgungspflichtig werden lassen.<sup>46</sup> Es steht ausser Frage, dass die Inhaberin resp. der Inhaber von übrigem Abfall der Entsorgungspflicht mit der Abgabe der Abfälle bei einer KVA nachkommt und für die Flugaschenwäsche und die Ablagerung der Rückstände aus der Verbrennung nicht mehr zuständig ist. Übertragen auf Siedlungsabfall bedeutet dies, dass die Entsorgungspflicht nach der thermischen Behandlung von Siedlungsabfall nicht zwangsläufig beim Kanton verbleiben muss, sondern auf die Inhaberinnen und Inhaber der Abfälle übergehen kann und für den Fall von Hydroxidschlamm auch übergeht (Art. 31c USG).

39. Schliesslich ist festzuhalten, dass Art. 32 Abs. 2 Bst. g VVEA die Inhaberinnen und Inhaber von KVA zur Metallrückgewinnung aus Flugasche verpflichtet. Die Metallrückgewinnung umfasst die Flugaschenwäsche und die stoffliche Verwertung.<sup>47</sup> Es besteht somit eine gesetzliche Verwertungspflicht für Flugasche und Hydroxidschlamm. Das heisst, selbst wenn man davon ausgehen würde, dass Hydroxidschlamm als Siedlungsabfall zu qualifizieren wäre, läge die Entsorgungspflicht also nicht beim Kanton, sondern bei den Inhaberinnen und Inhabern der Abfälle. Für Siedlungsabfälle, die nach besonderen Vorschriften des Bundes von der Inhaberin resp. vom Inhaber *verwertet* werden müssen, gilt nämlich eine Ausnahme vom kantonalen Entsorgungsmonopol. Für solche Abfälle richtet sich die Entsorgungspflicht nach Art. 31c USG (Art. 31b Abs. 1 Satz 2 USG).

<sup>41</sup> Beratungsanfrage, Beilage 1.

<sup>42</sup> Beratungsanfrage, Beilage 2.

<sup>43</sup> Beratungsanfrage, Beilage 3.

<sup>44</sup> Beratungsanfrage, Rz 25.

<sup>45</sup> Die Schweizer KVA verbrannten im Jahr 2022 insgesamt 3,853 Mio. Tonnen Abfälle, wovon 2,843 Mio. Tonnen Siedlungsabfälle aus der Schweiz und aus Liechtenstein waren (Vgl. BAFU, Abfallmengen und Recycling 2022 im Überblick, <<https://www.bafu.admin.ch/bafu/de/home/themen/abfall/zustand/daten.html>> (25.1.2024)).

<sup>46</sup> TSCHANNEN (Fn 22), Art. 31c USG N 13.

<sup>47</sup> Beratungsanfrage, Beilage 2, S. 14.

#### 4.4 Zwischenfazit

40. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass sowohl der Wortlaut als auch der Zweck der umweltrechtlichen Normen zeigen, dass Hydroxidschlamm als übriger Abfall nach Art. 31c USG zu qualifizieren ist, dahingehend kein kantonales Entsorgungsmonopol besteht, die Kantone subsidiäre Verantwortung tragen und die Entsorgung des Hydroxidschlammes deren Inhaberinnen und Inhabern obliegt. Dies wird in der Lehre und vom Bundesgericht bestätigt. Die gegenteilige Auffassung des BAFU überzeugt nicht. Im nachfolgenden Kapitel wird aufgezeigt, dass zwischen dem Sekretariat und dem BAFU – trotz der begrifflichen Differenz – Konsens besteht, dass auf dem Markt für die Entsorgung von Hydroxidschlamm Wettbewerb möglich ist.

#### 5 Wettbewerb auf dem Markt für die Entsorgung von Hydroxidschlamm

41. Wie bereits festgehalten, bringt die SwissZinc AG vor, dass Hydroxidschlamm in die Kategorie des Siedlungsabfalls falle und der Kanton folglich verpflichtet sei, Einzugsgebiete festzulegen. Da der Export für Siedlungsabfall und damit auch für Hydroxidschlamm aus KVA eingeschränkt sei, seien die Kantone unter dem Vorbehalt des Baus einer zusätzlichen Anlage in der Schweiz verpflichtet, die Hydroxidschlämme der geplanten SwissZinc-Anlage zuzuweisen (vgl. Rz 6 f.). Nachfolgend ist auf die beiden geltend gemachten Einschränkungen des Wettbewerbs auf dem Markt für die Entsorgung von Hydroxidschlamm (Einzugsgebiete und Exportverbot) einzugehen.

##### 5.1 Einzugsgebiete

42. Das Sekretariat ist der Ansicht, dass sich die Entsorgung von Hydroxidschlamm aus KVA nach Art. 31c USG richtet. Die Entsorgungspflicht obliegt somit den Inhaberinnen und Inhabern des Hydroxidschlammes. Soweit nötig, erleichtern die Kantone gemäss Art. 31c Abs. 2 USG die Entsorgung von Hydroxidschlamm mit geeigneten Massnahmen, beispielsweise können die Kantone Einzugsgebiete festlegen. Das Festlegen von Einzugsgebieten ist bei Hydroxidschlamm somit keine zwingende, sondern eine subsidiäre Aufgabe der Kantone, die nach Bedarf wahrzunehmen ist, beispielsweise wenn die Inhaberinnen und Inhaber von Hydroxidschlamm keine umweltverträgliche Entsorgung sicherstellen können (vgl. Rz 20). Vorliegend sind keine sachlichen Gründe für ein Einschreiten der Kantone ersichtlich. Die bestehenden Entsorgungssysteme für Hydroxidschlamm sind umweltverträglich und bieten ausreichende Entsorgungssicherheit für deren Inhaberinnen und Inhaber (vgl. Rz 28).

43. Das BAFU geht anders als das Sekretariat davon aus, dass der gesamte oder zumindest ein Teil des Hydroxidschlammes aus KVA Siedlungsabfall ist (vgl. Rz 36). Gemäss Art. 31b Abs. 2 USG sind die Kantone für Siedlungsabfälle in jedem Fall verpflichtet, Einzugsgebiete festzulegen, die das gesamte Kantonsgebiet lückenlos abdecken (vgl. Rz 14).<sup>48</sup> Obwohl das BAFU davon ausgeht, dass Hydroxidschlamm Siedlungsabfall ist, geht es nicht so weit und spricht im Schreiben vom 2. August 2023 an die SwissZinc AG bloss von der «Möglichkeit»<sup>49</sup> der Kantone, Einzugsgebiete festzulegen. Dies scheint

auch mit der aktuellen Praxis zu korrespondieren, zumindest ist nicht ersichtlich, dass die Kantone derzeit zwingend und flächendeckend Einzugsgebiete für Rückstände aus der thermischen Behandlung von Siedlungsabfällen festlegen. Sofern die Kantone nicht zwingend Einzugsgebiete festlegen müssen und die Kantone von dieser «Möglichkeit» keinen Gebrauch machen, bleibt auch gemäss der Auslegung des BAFU Raum für Wettbewerb bestehen.

44. Das Sekretariat und das BAFU sind sich einig, dass die Kantone nicht zwingend Einzugsgebiete für Hydroxidschlamm aus KVA festlegen müssen, was Raum für Wettbewerb schafft. Überdies sind nach Ansicht des Sekretariats keine sachlichen Gründe ersichtlich, welche es rechtfertigen würden, dass die Kantone ohne Berücksichtigung der Interessen der Abfallinhaberinnen und Abfallinhaber Einzugsgebiete festlegen.

##### 5.2 Export von Hydroxidschlamm

45. In der Beratungsanfrage wird vorgebracht, der Bau der Swiss-Zinc-Anlage schaffe eine Entsorgungsmöglichkeit für Hydroxidschlamm aus KVA im Inland, die eine Entsorgung im Ausland grundsätzlich ausschliesse (Art. 30 Abs. 3 USG). Die SwissZinc AG stützt ihre Ausführungen darauf, dass das Exportverbot für Siedlungsabfall nach Art. 17 Bst. c Ziff. 1 VeVA auch auf Hydroxidschlamm angewendet werden müsse (vgl. Rz 7).

46. Abfälle sollen gemäss Art. 30 Abs. 3 USG umweltverträglich und, soweit es möglich und sinnvoll ist, im Inland entsorgt werden. Mit der Inbetriebnahme der SwissZinc-Anlage ist eine umweltverträgliche Verwertung von Hydroxidschlamm im Inland möglich<sup>50</sup>; ob sie auch sinnvoll ist, bedarf einer näheren Prüfung (vgl. Rz 47 ff.). Gemäss dem Bundesgericht gilt der Grundsatz der Inlandentsorgung von Abfällen nicht absolut. Das Bundesgericht erachtete es in einem Vergabeverfahren für die Entsorgung von Rauchgasreinigungsrückständen als vertretbar, auch Angebote zur Submission zuzulassen, die den Export dieser Abfälle vorsehen.<sup>51</sup>

47. Der Begriff «sinnvoll» ist unbestimmt und wird auf Verordnungsstufe konkretisiert. Die Voraussetzungen für die Ausfuhr von Abfällen sind in Art. 17 VeVA festgehalten. Gemäss Art. 17 Bst. c Ziff. 1 VeVA wird die Ausfuhr von Siedlungsabfällen, Kehrtrichtschlacke, Abfällen aus dem öffentlichen Strassenunterhalt und der öffentlichen Abwasserreinigung ebenso wie die Ausfuhr von brennbaren, vermischten Bauabfällen ausser im Rahmen einer vertraglich vereinbarten regionalen grenzüberschreitenden Zusammenarbeit nur bewilligt, wenn der Nachweis erbracht wird, dass eine Entsorgung in der Schweiz nicht möglich ist.

<sup>48</sup> TSCHANNEN (Fn 22), Art. 31b USG N 21 f.

<sup>49</sup> Der Vollständigkeit halber ist darauf hinzuweisen, dass das BAFU im gleichen Satz auf Art. 31b Abs. 2 USG verweist, der die Kantone verpflichtet, für Siedlungsabfälle in jedem Fall Einzugsgebiete festzulegen (vgl. Rz 14). Dieser Verweis ist mit der Aussage, dass die Kantone bloss die «Möglichkeit» hätten, Einzugsgebiete festzulegen, nicht kongruent. Dies spricht wiederum dafür, dass Hydroxidschlamm nicht Siedlungsabfall sein kann (vgl. Kapitel 4.3).

<sup>50</sup> RPW 2020/4a, 1548 Rz 45 und 1567 Rz 201, *SwissZinc AG*.

<sup>51</sup> Urteil des BGer 2P.264/2004 vom 9. Februar 2005 E. 2.2.



48. Das Sekretariat geht davon aus, dass Hydroxidschlamm unter die Kategorie der übrigen Abfälle fällt (vgl. Rz 40). Entsprechend ist Art. 17 Bst. c Ziff. 1 VeVA auf Hydroxidschlamm aus KVA nicht anwendbar. M.a.W. ist der Export von Hydroxidschlamm auch nach dem Bau der SwissZinc-Anlage möglich.

49. Gemäss BAFU ist Hydroxidschlamm aus KVA grundsätzlich oder zumindest teilweise Siedlungsabfall (vgl. Rz 36). Nichtsdestotrotz kommt das BAFU im Schreiben vom 2. August 2023 zum Schluss, dass der Export von Hydroxidschlamm auch nach der Errichtung der SwissZinc-Anlage weiterhin möglich ist. So führte das BAFU aus, dass aus den Materialien zur VeVA, insbesondere des erläuternden Berichts von 2007, hervorgehe, dass sich die Ausfuhrbeschränkung in Art. 17 VeVA auf brennbare und vermischte Massenabfälle beschränke, weil deren Entsorgung aus Sicherheits- und Gesundheitsgründen unbedingt in der Schweiz sichergestellt werden müsste. Mit Art. 17 VeVA habe der Bundesrat auch verhindern wollen, dass die Schweiz bei der thermischen Verwertung der gesammelten Siedlungsabfälle von Drittländern abhängig werde. Wären diese Drittländer plötzlich nicht mehr dazu bereit, diese Abfälle zu verwerten, könnte dies schnell zu gravierenden Zuständen im Schweizer Abfallwesen führen.<sup>52</sup>

50. Aus dem Schreiben vom 2. August 2023 geht weiter hervor, dass die SwissZinc AG dem BAFU vorschlug, in Art. 17 VeVA ein Exportverbot für Hydroxidschlamm aus KVA vorzusehen. Dies zeigt, dass selbst die SwissZinc AG davon ausgeht, dass der Export von Hydroxidschlamm ohne Anpassung der VeVA weiterhin möglich sein wird. Das BAFU hat den Vorschlag der SwissZinc AG für ein Exportverbot für Hydroxidschlamm aus KVA geprüft. Abgesehen davon, dass die Materialien kein Exportverbot für Hydroxidschlamm vorsehen (vgl. Rz 49), hätte ein Exportverbot gemäss BAFU auch längerfristig unerwünschte Folgen, weshalb das BAFU weiterhin davon absehe, ein solches einzuführen. Bezüglich der negativen Folgen verweist das BAFU auf Wettbewerbs- und Innovationshemmnisse, die Behinderung des Recyclings bestimmter Arten getrennt gesammelter Siedlungsabfälle (z.B. gemischter Kunststoff) oder das Risiko eines Entsorgungsnotstandes bei einer Havarie.

51. Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass auch in der Schweiz neue Wettbewerber in den Markt für die Entsorgung von Hydroxidschlamm eintreten könnten. Diesem potenziellen Wettbewerb in der Schweiz würde die SwissZinc AG auch dann gegenüberstehen, wenn der Export von Hydroxidschlamm ausgeschlossen wäre. Käme das Kartellgesetz nicht zur Anwendung, würden Markteintritte potentieller Wettbewerber im Keim erstickt.

52. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass das Sekretariat und das BAFU übereinstimmend davon ausgehen, dass der Export von Hydroxidschlamm ins Ausland auch nach der Errichtung der SwissZinc-Anlage weiterhin möglich ist. Die SwissZinc AG tritt somit in Konkurrenz zu den bereits bestehenden Verwertungsanlagen im Ausland und potentiellen Wettbewerbern im In- und Ausland.

### 5.3 Zwischenfazit

53. Nach dem Gesagten ändert die Errichtung der SwissZinc-Anlage nichts daran, dass im Markt für die Entsorgung von Hydroxidschlamm Wettbewerb möglich ist. Das Sekretariat gelangt – in Übereinstimmung mit dem BAFU – zum Schluss, dass für Hydroxidschlamm kein Exportverbot gilt und die Kantone nicht zwingend Einzugsgebiete für Hydroxidschlamm aus KVA festlegen müssen, was Raum für Wettbewerb schafft. Damit tritt die SwissZinc AG in Konkurrenz zu den Verwertungsanlagen im Ausland, die dem Stand der Technik entsprechen.

### 6 Ergebnis: Keine vorbehaltenen Vorschriften

54. Die von der SwissZinc AG vorgebrachten umweltrechtlichen Vorschriften – Art. 31b USG sowie Art. 30 Abs. 3 USG und Art. 17 Bst. c Ziff. 1 VeVA – schliessen den Wettbewerb auf dem Markt für die Entsorgung von Hydroxidschlamm nicht aus. Hydroxidschlamm ist übriger Abfall. Die Verantwortung für die Entsorgung trägt der Inhaber oder die Inhaberin des Hydroxidschlammes. Es besteht kein Bedarf, für Hydroxidschlamm Einzugsgebiete festzulegen und der Export ins Ausland bleibt auch nach der Errichtung der SwissZinc-Anlage möglich. Auch ist nicht ausgeschlossen, dass in Zukunft neue Wettbewerber im In- oder Ausland in den Markt für die Entsorgung von Hydroxidschlamm eintreten. Damit werden der SwissZinc AG keine besonderen Rechte im Sinne von Art. 3 Abs. 1 Bst. b KG eingeräumt und das Kartellgesetz gelangt auf die Tätigkeiten der SwissZinc AG vollumfänglich zur Anwendung.

<sup>52</sup> Beratungsanfrage, Beilage 3.

<sup>53</sup> Beratungsanfrage, Beilage 3.

B 1.4

## 5. Ausstellung und Veröffentlichung von Typengenehmigungen und Datenblättern durch das ASTRA

Diese Beurteilung erfolgt im Rahmen einer Beratung nach Art. 23 Abs. 2 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251).

### 1. Sachverhalt

#### 1.1 Typengenehmigungen und Datenblätter des ASTRA

1. In der Schweiz unterliegen serienmässig hergestellte Motorfahrzeuge und Motorfahrzeuganhänger der Typengenehmigung.<sup>1</sup> Mit der Ausstellung einer Typengenehmigung wird bestätigt, dass die einschlägigen schweizerischen Vorschriften bei Fahrzeugen eingehalten sind.<sup>2</sup> Zuständig für die Ausstellung der Typengenehmigung ist das Bundesamt für Strassen (nachfolgend: ASTRA).<sup>3</sup> In Bezug auf Fahrzeuge, für die eine EU-Gesamtgenehmigung vorliegt, wird unter bestimmten Voraussetzungen an Stelle einer Typengenehmigung ein Datenblatt ausgestellt.<sup>4</sup> Ein Datenblatt präsentiert sich gleich wie eine Typengenehmigung, sei jedoch mit «Datenblatt» betitelt.<sup>5</sup>

2. Typengenehmigungen und Datenblätter würden die Gesamtfahrzeugdaten eines Fahrzeugtyps, einer Fahrzeugvariante oder einer Fahrzeugversion enthalten.<sup>6</sup> Auf der Grundlage von Typengenehmigungen könne eine beliebige Anzahl von Fahrzeugen des entsprechenden Typs, der entsprechenden Variante oder der entsprechenden Version zum Verkehr zugelassen werden.<sup>7</sup>

3. Es gebe Typengenehmigungen und Datenblätter für Generalimporteurrinnen und solche für Parallelimporteurrinnen.<sup>8</sup> Den Parallelimporteurrinnen sollen dieselben administrativen Abläufe zur Verfügung stehen wie den Generalimporteurrinnen.<sup>9</sup> Gemäss Weisungen des ASTRA könne eine Typengenehmigung bzw. ein Datenblatt für eine Parallelimporteurrin nur ausgestellt werden, wenn der Nachweis erbracht werde, dass derselbe Typ bzw. dieselbe Variante oder Version in der Schweiz bereits über eine sogenannte Basis-Typengenehmigung bzw. ein Basis-Datenblatt verfüge.<sup>10</sup> Die Typengenehmigungen bzw. Datenblätter für Parallelimporteurrinnen würden den Basis-Typengenehmigungen bzw. Basis-Datenblättern entsprechen und Kopien der Originale darstellen.<sup>11</sup>

4. Typengenehmigungen und Datenblätter von Parallelimporteurrinnen würden durch Verwendung des Buchstabens «X» in der sechsstelligen Genehmigungsnummer gekennzeichnet (z. B. 1XZ9 99). Typengenehmigungen und Datenblätter von Generalimporteurrinnen würden den Buchstaben «X» nicht enthalten (z. B. 3NA5 60). Aus der Genehmigungsnummer sei mithin ersichtlich, wenn es sich um einen Parallelimport handle. Hingegen sei die Identität der Parallelimporteurrin für Dritte allein aufgrund der Genehmigungsnummer nicht erkennbar, da die Nummerierung fortlaufend und aufsteigend erfolge, also keine Nummernkreise vordefiniert

seien, die bestimmten Parallelimporteurrinnen zugeordnet seien.<sup>12</sup>

5. Das ASTRA benötige den Buchstaben «X» in den Genehmigungsnummern, um die Importkanäle eruieren zu können, was beispielsweise für Rückrufe im Rahmen der Marktüberwachung entscheidend sei. Zudem müssten auch die Strassenverkehrsämter erkennen können, ob ein zu immatrikulierendes Fahrzeug auf einen Parallelimport zurückgehe, damit im Fahrzeugausweis ein Code mit dem Buchstaben «X» eingetragen werden könne. Markengaragen würden ihrer Kundschaft oft Servicepakete anbieten, von denen ein parallelimportiertes Fahrzeug nicht profitieren könne, weshalb es sowohl für Endkundinnen und Endkunden als auch für Garagen wichtig sei, zu erkennen, ob das Fahrzeug parallelimportiert worden sei. Auch sei es möglich, dass sich ein Parallelimport auf den Kaufpreis eines Fahrzeugs bei einem allfälligen Wiederverkauf auswirke. So könne ein parallelimportiertes Fahrzeug unter Umständen weniger wert sein als ein von einer Markengarage importiertes Fahrzeug. Die Kennzeichnung parallelimportierter Fahrzeuge durch die Verwendung des Buchstabens «X» in der Typengenehmigungsnummer werde seit dem Jahr 2009 praktiziert, erleichtere den Behörden verschiedene Prozesse und deren Nutzen sei erwiesen.<sup>13</sup>

<sup>1</sup> Art. 12 Abs. 1 Strassenverkehrsgesetz vom 19. Dezember 1958 (SVG; SR 741.01).

<sup>2</sup> Webseite des ASTRA, Homologation von Fahrzeugen, <<https://www.astra.admin.ch/astra/de/home/fachleute/fahrzeuge/homologation.html>> (30.1.2024); Art. 2 Bst. b Verordnung vom 19. Juni 1995 über die Typengenehmigung von Strassenfahrzeugen (TGV; SR 741.511).

<sup>3</sup> Art. 5 TGV.

<sup>4</sup> Art. 3a Bst. a TGV.

<sup>5</sup> ASTRA, E-Mail vom 12. Oktober 2023, Fassung gemäss E-Mail vom 20. Oktober 2023.

<sup>6</sup> ASTRA, E-Mail vom 12. Oktober 2023, Fassung gemäss E-Mail vom 20. Oktober 2023. Ersichtlich sind beispielsweise Daten zu den Themen Fahrgestell, Motor, Reifen, Emissionen, Ausrüstung, Gewicht und behördliche Auflagen (vgl. ASTRA, E-Mail vom 12. Oktober 2023).

<sup>7</sup> ASTRA, E-Mail vom 12. Oktober 2023, Fassung gemäss E-Mail vom 20. Oktober 2023.

<sup>8</sup> Generalimporteurrinnen erwerben Produkte im Ausland und führen sie innerhalb der von der Herstellerin vorgesehenen Vertriebskanäle in die Schweiz ein. Parallelimporteurrinnen erwerben Produkte im Ausland und führen sie ausserhalb der von der Herstellerin vorgesehenen Vertriebskanäle in die Schweiz ein (vgl. Erläuterungen der Wettbewerbskommission vom 12. Dezember 2022 zur Bekanntmachung über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden [VertBek-Erläuterungen], Rz 12 Fn 37).

<sup>9</sup> ASTRA, E-Mail vom 12. Oktober 2023, Fassung gemäss E-Mail vom 20. Oktober 2023.

<sup>10</sup> ASTRA, E-Mail vom 12. Oktober 2023, Fassung gemäss E-Mail vom 20. Oktober 2023; vgl. ASTRA, Weisungen für Parallelimporteure vom 27. Juli 2009.

<sup>11</sup> ASTRA, E-Mail vom 12. Oktober 2023, Fassung gemäss E-Mail vom 20. Oktober 2023.

<sup>12</sup> ASTRA, E-Mail vom 12. Oktober 2023, Fassung gemäss E-Mail vom 20. Oktober 2023.

<sup>13</sup> ASTRA, E-Mail vom 12. Oktober 2023, Fassung gemäss E-Mail vom 20. Oktober 2023.

## 1.2 Veröffentlichung der Typengenehmigungen und Datenblätter

6. Typengenehmigungen und Datenblätter würden nach deren Ausstellung auf einer Open-Data-Plattform des ASTRA gestützt auf Art. 89g Abs. 8 SVG in anonymisierter Form veröffentlicht (nachfolgend: anonymisierte Typengenehmigung bzw. anonymisiertes Datenblatt).<sup>14</sup> Mitveröffentlicht würden auch die Genehmigungsnummern, aus denen aufgrund der Verwendung des Buchstabens «X» ersichtlich sei, ob die entsprechenden Fahrzeuge parallelimportiert wurden. Von der Veröffentlichung ausgenommen seien hingegen die Angaben zur Inhaberin der Typengenehmigung bzw. des Datenblattes (Name, Adresse und Inhabercodex), so dass niemand eruieren könne, wer welche Fahrzeuge importiert habe. Einsehbar seien nur die technischen Fahrzeugdaten.<sup>15</sup>

7. In Zukunft werde das ASTRA die Plattform «IVI-Portal» (nachfolgend: IVI-Portal) betreiben.<sup>16</sup> Auf dieser Plattform würden Mitarbeitende des ASTRA Typengenehmigungen und Datenblätter erstellen. Auch werde auf der Plattform die Suche nach bereits erstellten Typengenehmigungen und Datenblättern möglich sein. So würden Nutzerinnen und Nutzer der Plattform beispielsweise mit dem Suchbegriff «1XW313» auf die entsprechende Typengenehmigung bzw. das entsprechende Datenblatt der betreffenden Parallelimporteurin gelangen. Die Inhaberin der Typengenehmigung bzw. des Datenblattes solle weiterhin nicht ersichtlich sein und auf den bisher erstellten Datenblättern von Parallelimporteurinnen sei auch die Inhaberin des Basis-Datenblattes nicht ersichtlich.<sup>17</sup>

## 2. Fragestellung

8. Das ASTRA ersucht das Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend: Sekretariat) im Wesentlichen um Klärung der drei nachfolgenden Fragen:

1. Ist die Kennzeichnung parallelimportierter Fahrzeuge durch die Verwendung des Buchstabens «X» in den Genehmigungsnummern von Typengenehmigungen und Datenblättern kartellrechtlich zulässig?
2. Ist die Veröffentlichung anonymisierter Typengenehmigungen und Datenblätter über eine Open-Data-Plattform des ASTRA bzw. über das IVI-Portal unter Verwendung des Buchstabens «X» in den Genehmigungsnummern parallelimportierter Fahrzeuge kartellrechtlich zulässig?
3. Ist die Veröffentlichung von Typengenehmigungen und Datenblättern über das IVI-Portal in den folgenden Konstellationen kartellrechtlich zulässig?
  - a. Kantonale Behörden (Strassenverkehrsämter und Polizei) erhalten Zugang zu nicht anonymisierten Typengenehmigungen und Datenblättern, um ihre Arbeit vollziehen zu können.
  - b. Externe Nutzerinnen und Nutzer (z. B. Geschwisterinnen und Geschwister von Typengenehmigungen oder Datenblättern sowie private Prüfstellen) erhalten Zugang zu den jeweils von ihnen selbst veranlassten Typengenehmigungen und Datenblättern in nicht anonymisierter Form.

c. Externe Nutzerinnen und Nutzer (z. B. Geschwisterinnen und Geschwister von Typengenehmigungen oder Datenblättern sowie private Prüfstellen) erhalten Zugang zu sämtlichen Typengenehmigungen und Datenblättern in anonymisierter Form.

## 3. Beurteilung

### 3.1 Anwendungsbereich des Kartellgesetzes

9. Das Kartellgesetz gilt für Unternehmen des privaten und des öffentlichen Rechts, die Kartell- oder andere Wettbewerbsabreden treffen, Marktmacht ausüben oder sich an Unternehmenszusammenschlüssen beteiligen (Art. 2 Abs. 1 KG). Als Unternehmen gelten sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform (Art. 2 Abs. 1<sup>bis</sup> KG).

10. Vorliegend geht es um die Ausstellung und Veröffentlichung von Typengenehmigungen und Datenblättern durch das ASTRA.

11. Das Kartellgesetz ist auf Einheiten der Bundesverwaltung anwendbar, soweit diese als Nachfragerinnen oder Anbieterinnen von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess auftreten.<sup>18</sup> Im hoheitlichen Bereich der staatlichen Tätigkeit findet das Kartellgesetz dahingegen keine Anwendung.<sup>19</sup> Bei der Ausstellung von Typengenehmigungen und Datenblättern durch das ASTRA, womit die Einhaltung der einschlägigen schweizerischen Vorschriften bei Fahrzeugen bescheinigt wird (Rz 1), dürfte es sich um eine hoheitliche Tätigkeit handeln. Ob es sich auch bei der Veröffentlichung der Typengenehmigungen und Datenblätter um eine hoheitliche Tätigkeit handelt, lässt sich auf der Grundlage der E-Mails vom 10. Oktober 2023, 12. Oktober 2023 und 20. Oktober 2023 (nachfolgend: Beratungsanfrage) nicht beantworten. Die Frage kann für die vorliegende Beurteilung offengelassen werden, weil sie deren Ergebnis (Rz 17) nicht beeinflusst.

12. In räumlicher Hinsicht ist das Kartellgesetz auf Sachverhalte anwendbar, die sich in der Schweiz auswirken, auch wenn sie im Ausland veranlasst werden (Art. 2 Abs. 2 KG). Der sachliche Anwendungsbereich des Kartellgesetzes wäre vorliegend eröffnet, zumal sich die relevante Tätigkeit des ASTRA (Rz 10) in der Schweiz auswirkt.<sup>20</sup>

<sup>14</sup> Open-Data-Plattform des ASTRA, <<https://ivz-opedata.ch/open-data>> (30.1.2024).

<sup>15</sup> ASTRA, E-Mail vom 12. Oktober 2023, Fassung gemäss E-Mail vom 20. Oktober 2023.

<sup>16</sup> Die Abkürzung «IVI» steht für «initial vehicle information» (initiale Fahrzeugdaten); vgl. Webseite des ASTRA, News: Neues Zulassungsregime Fahrzeuge, <<https://www.astra.admin.ch/astra/de/home/fachleute/fahrzeuge/homologation/news.html>> (30.1.2024). ASTRA, E-Mail vom 12. Oktober 2023, Fassung gemäss E-Mail vom 20. Oktober 2023.

<sup>17</sup> ASTRA, E-Mail vom 12. Oktober 2023, Fassung gemäss E-Mail vom 20. Oktober 2023.

<sup>18</sup> RPW 2021/3, 620 Rz 11, *Zurverfügungstellung von Daten über die Neuzulassung und die Standorte von Fahrzeugen durch das ASTRA*.

<sup>19</sup> BGE 129 II 497 E. 3.3.1, EEF; BVGer, 29.4.2008, A-7278/2007, E. 5.2.4, *SRG gegen BAKOM und Meteo-Schweiz*.

<sup>20</sup> Vgl. auch RPW 2021/3, 620 Rz 12, *Zurverfügungstellung von Daten über die Neuzulassung und die Standorte von Fahrzeugen durch das ASTRA*.

### 3.2 Vorbehaltene Vorschriften

13. Vorbehalten sind Vorschriften, soweit sie auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen Wettbewerb nicht zulassen, insbesondere Vorschriften, die eine staatliche Markt- oder Preisordnung begründen oder die einzelne Unternehmen zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben mit besonderen Rechten ausstatten (Art. 3 Abs. 1 KG).

14. Vorliegend sind keine solchen Vorschriften ersichtlich.<sup>21</sup>

### 3.3 Unzulässige Verhaltensweisen (Art. 5 und 7 KG)

#### 3.3.1 Allgemeines

15. Die Tätigkeit der Wettbewerbskommission und des Sekretariats (nachfolgend: Wettbewerbsbehörden) gründet auf dem Kartellgesetz. Die Wettbewerbsbehörden können insbesondere dann eingreifen, wenn Unternehmen unzulässige Wettbewerbsabreden treffen (Art. 4 Abs. 1 i. V. m. Art. 5 KG) oder eine marktbeherrschende Stellung haben bzw. relativ marktmächtig sind und diese Stellung missbrauchen (Art. 4 Abs. 2 und 2<sup>bis</sup> i. V. m. Art. 7 KG).

#### 3.3.2 Keine unzulässigen Verhaltensweisen

16. Das ASTRA kennzeichnet die Genehmigungsnummern von Typengenehmigungen und Datenblättern parallelimportierter Fahrzeuge mittels Verwendung des Buchstabens «X» (Rz 4). Es veröffentlicht diese Typengenehmigungen und Datenblätter auf einer Open-Data-Plattform des ASTRA und beabsichtigt, dies in Zukunft auch über das IVI-Portal zu tun (Rz 6–7).

17. Für das Sekretariat ist auf der Grundlage der Beratungsanfrage nicht ersichtlich, wie das ASTRA, falls es als Unternehmen zu qualifizieren wäre (Rz 11), durch die Kennzeichnung parallelimportierter Fahrzeuge mittels Verwendung des Buchstabens «X» in den Genehmigungsnummern gemäss Frage 1 (Rz 8), durch die Veröffentlichung anonymisierter Typengenehmigungen und Datenblätter über eine Open-Data-Plattform des ASTRA bzw. über das IVI-Portal unter Verwendung des Buchstabens «X» in den Genehmigungsnummern parallelimportierter Fahrzeuge gemäss Frage 2 (Rz 8) oder durch die Veröffentlichung von Typengenehmigungen und Datenblättern über das IVI-Portal gemäss Frage 3 (Rz 8) gegen Bestimmungen des Kartellgesetzes verstossen könnte.

18. Das Sekretariat sieht jedoch in zwei der vorgenannten Konstellationen ein Potenzial für indirekte wettbewerbsbeschränkende Wirkungen. So könnten die Veröffentlichung anonymisierter Typengenehmigungen und Datenblätter über eine Open-Data-Plattform des ASTRA bzw. über das IVI-Portal unter Verwendung des Buchstabens «X» in den Genehmigungsnummern parallelimportierter Fahrzeuge gemäss Frage 2 (Rz 8) und die (gemäss Verständnis des Sekretariats von Frage 2 bereits erfasste) Veröffentlichung anonymisierter Typengenehmigungen und Datenblätter für externe Nutzerinnen und Nutzer über das IVI-Portal gemäss Frage 3c (Rz 8) einerseits marktabschottendes Verhalten (Rz 19 ff.) und andererseits einen Informationsaustausch zwischen Konkurrentinnen (Rz 24 ff.) fördern.

### 3.3.3 Förderung marktabschottenden Verhaltens

19. Externe Nutzerinnen und Nutzer der Open-Data-Plattform des ASTRA bzw. des IVI-Portals haben Zugang zu anonymisierten Typengenehmigungen und Datenblättern bzw. sollen dies inskünftig haben (Rz 18), wobei aus diesen Dokumenten ersichtlich ist bzw. sein soll, ob die betreffenden Fahrzeuge auf einen Parallelimport zurückgehen (Rz 4 und 6).

20. Zu den vorrangigen Zielen der schweizerischen Wettbewerbspolitik gehört die Unterbindung von Versuchen zur Marktabschottung.<sup>22</sup> Gemäss Art. 4 Abs. 1 i. V. m. Art. 5 Abs. 1 und 4 i. V. m. Art. 49a Abs. 1 KG sind Abreden in Vertriebsverträgen über die Zuweisung von Gebieten unzulässig und sanktionierbar, soweit Verkäufe in diese durch gebietsfremde Vertriebspartner ausgeschlossen werden.

21. Die in den Fragen 2 und 3c (Rz 8) beschriebene Veröffentlichungspraxis (nachfolgend: beschriebene Veröffentlichungspraxis) könnte marktabschottende Abreden insofern fördern, als sich Stakeholder mit einem Interesse an einer Reduktion von Parallelimporten (Krafffahrzeugherstellerinnen, Generalimporteurrinnen, zugelassene Händlerinnen) über das Ausmass der stattfindenden Parallelimporte informieren können. Zwar sieht die beschriebene Veröffentlichungspraxis nicht die Offenlegung der an Parallelimporten beteiligten Unternehmen vor, zumal es sich um anonymisierte Typengenehmigungen und Datenblätter handelt bzw. handeln soll. Die Stakeholder dürften aufgrund der Vertrautheit mit dem von ihnen selbst geschaffenen und/oder genutzten Vertriebssystem jedoch regelmässig in der Lage sein, die an Parallelimporten beteiligten Unternehmen auszumachen und Gegenmassnahmen zu ergreifen. Während die beschriebene Veröffentlichungspraxis damit, soweit ersichtlich, nicht direkt gegen das Kartellrecht verstösst (Rz 17), wohnt ihr gleichwohl ein wettbewerbsbeschränkendes Potenzial inne, da sie Marktabschottungen fördern könnte (Rz 18).

22. Das ASTRA führt in der Beratungsanfrage aus, dass es den Buchstaben «X» in den Genehmigungsnummern benötige, um die Importkanäle (beispielsweise für Rückrufaktionen) eruieren zu können (Rz 5). Dieses Argument ist für das Sekretariat auf der Grundlage der Beratungsanfrage nicht verständlich, zumal gängige Datenverarbeitungsprogramme eine solche Aussortierung ohne Weiteres auch für Genehmigungsnummern ohne für Dritte erkennbare Kennzeichnungswirkung durchführen können. Das ASTRA führt weiter aus, dass auch die Strassenverkehrsämter erkennen können müssten, ob

<sup>21</sup> Vgl. auch RPW 2021/3, 620 Rz 13, *Zurverfügungstellung von Daten über die Neuzulassung und die Standorte von Fahrzeugen durch das ASTRA*.

<sup>22</sup> Vgl. BBI 2002 2022, 2032: «Die Unterbindung von Versuchen zur Marktabschottung muss ein vorrangiges Ziel der Wettbewerbspolitik bilden. Darauf ist bereits beim Erlass des Kartellgesetzes hingewiesen worden [...]. Die Forderung, dass namentlich eine allfällige Abschottung der Schweizer Märkte durch Vertikalabreden international tätiger Unternehmen nicht hinzunehmen ist, ist schon insofern berechtigt, als sonst die Wirkung der liberalen Handels- und Wirtschaftspolitik der Schweiz unterlaufen werden könnte»; LAURA MELUSINE BAUDENBACHER, «Mein Ziel ist es, den Kampf gegen die Kartelle zu schwächen»: Anmerkungen zur Schweizer Kartellrechtsrevision, WuW 11/2023, 581 f., 582.

ein zu immatrikulierendes Fahrzeug auf einen Parallelimport zurückgehe, damit im Fahrzeugausweis ein Code mit dem Buchstaben «X» eingetragen werden könne. Markengaragen würden ihrer Kundschaft nämlich Servicepakete anbieten, von denen parallelimportierte Fahrzeuge nicht profitieren könnten, was sowohl für Endkundinnen und Endkunden als auch für Garagen relevant sei (Rz 5). Auch dieses Argument ist für das Sekretariat auf der Grundlage der Beratungsanfrage nicht verständlich. Sichert eine Händlerin beim Fahrzeugverkauf zu, dass ein Fahrzeug von einem Servicepaket profitiere, obwohl dies nicht der Fall ist, können betroffene Personen (z. B. auf der Grundlage des Vertragsrechts) dagegen vorgehen. Beabsichtigt eine Endkundin, ihr Fahrzeug weiterzuverkaufen und von einem behaupteten höheren Wert nicht-parallelimportierter Fahrzeuge zu profitieren, muss sie beim Kauf entsprechende Vorkehrungen treffen (z. B. Zusicherungen einholen).

23. Soweit für die Verwendung des Buchstabens «X» in den Genehmigungsnummern der Typengenehmigungen und Datenblätter betreffend parallelimportierte Fahrzeuge kein sachlicher Grund besteht, sollte nach Möglichkeit darauf verzichtet werden.

### 3.4 Förderung eines Informationsaustauschs zwischen Konkurrentinnen

24. Externe Nutzerinnen und Nutzer der Open-Data-Plattform des ASTRA bzw. des IVI-Portals haben Zugang zu anonymisierten Typengenehmigungen und Datenblättern bzw. sollen dies inskünftig haben (Rz 18), auch zu solchen von Konkurrentinnen.

25. Ein Informationsaustausch zwischen Konkurrentinnen kann gemäss Art. 5 Abs. 1 KG unzulässig sein.<sup>23</sup> Er ist insbesondere dann problematisch, wenn die ausgetauschten Informationen Geschäftsgeheimnisse darstellen. Doch auch wenn die ausgetauschten Informationen nicht als geheim, aber doch als üblicherweise vertraulich einzustufen sind, ist von einem heiklen Austausch sensibler Informationen auszugehen. Als besonders problematisch gilt etwa der Austausch von Informationen zu Wettbewerbsparametern wie Preisen, Mengen, Geschäftsstrategien oder Umsätzen. Für die Beurteilung der wettbewerbsschädigenden Auswirkung zu berücksichtigen ist insbesondere das Aggregationsniveau der Daten. Je detaillierter die ausgetauschten Informationen sind, desto einfacher ist es, das Verhalten der anderen Unternehmen auf dem Markt zu antizipieren und das eigene Verhalten entsprechend anzupassen. Die Aktualität der Informationen ist insofern von Bedeutung, als der Austausch rein historischer Daten kaum zu einer Wettbewerbsbeschränkung führt. Das Risiko einer Wettbewerbsbeeinträchtigung ist umso geringer, je älter die ausgetauschten Daten sind. Aktuelle Daten bergen hingegen das Risiko, dass sich die Marktteilnehmer kollusiv verhalten. Schliesslich ist auch die Frequenz des Informationsaustausches zu berücksichtigen. Konkurrentinnen können ihre Geschäftsstrategien einfacher und schneller aneinander anpassen, je öfter der Austausch stattfindet.<sup>24</sup>

26. Auf der Grundlage der Beratungsanfrage ist für das Sekretariat nicht ersichtlich, dass das ASTRA durch die beschriebene Veröffentlichungspraxis einen kartellrechtlich problematischen Informationsaustausch fördern

würde (Rz 17). Das Sekretariat kann die Auswirkungen der beschriebenen Veröffentlichungspraxis – etwa im Zusammenhang mit spezialisierten Nutzerinnen und Nutzern der Plattformen – im vorliegenden Rahmen jedoch nicht abschliessend einschätzen. Auch stand die Ausgestaltung der künftigen IVI-Plattform zum Zeitpunkt der Beratungsanfrage nach dem Verständnis des Sekretariats noch nicht definitiv fest.<sup>25</sup>

27. Soweit die beschriebene Veröffentlichungspraxis zum Austausch wettbewerbssensibler Informationen zwischen Konkurrentinnen führt, könnte sie kartellrechtlich problematisch sein (Rz 18). Ein kartellrechtlich problematischer Informationsaustausch würde zunächst die Nutzerinnen und Nutzer der Open-Data-Plattform des ASTRA bzw. des IVI-Portals betreffen, die damit an einer unzulässigen Wettbewerbsabrede gemäss Art. 4 Abs. 1 i. V. m. Art. 5 Abs. 1 KG beteiligt sein könnten. Es wäre diesfalls zudem die vorstehend offen gelassene Frage (Rz 11) zu klären, ob das ASTRA in Bezug auf die beschriebene Veröffentlichungspraxis als Unternehmen gemäss Art. 2 KG zu betrachten ist, weil es gegebenenfalls als sog. *facilitator* eines kartellrechtlich unzulässigen Informationsaustauschs zu betrachten sein könnte.<sup>26</sup>

28. Soweit ein Risiko für einen kartellrechtlich problematischen Informationsaustausch besteht, empfiehlt es sich, Schutzmassnahmen zu ergreifen, vorliegend beispielsweise technische (z. B. Zugriffsbeschränkungen betreffend wettbewerbssensible Informationen von Konkurrentinnen), organisatorische (z. B. Zugriffsrechte gemäss dem «need to know»-Prinzip) und/oder vertragliche Massnahmen (z. B. Verbot der Weitergabe wettbewerbssensibler Informationen).

## 4. Fazit

29. Für das Sekretariat ist auf der Grundlage der Beratungsanfrage nicht ersichtlich, wie das ASTRA, falls es als Unternehmen zu qualifizieren wäre (Rz 11), durch die Kennzeichnung parallelimportierter Fahrzeuge mittels Verwendung des Buchstabens «X» in den Genehmigungsnummern gemäss Frage 1 (Rz 8), durch die Veröffentlichung anonymisierter Typengenehmigungen und Datenblätter über eine Open-Data-Plattform des ASTRA bzw. über das IVI-Portal unter Verwendung des

<sup>23</sup> BVGer, B-141/2012 vom 12.12.2022, E. 6.5.8, ASCOPA; RPW 2021/3, 620 Rz 15, *Zurverfügungstellung von Daten über die Neuzulassung und die Standorte von Fahrzeugen durch das ASTRA*.

<sup>24</sup> BVGer, B-141/2012 vom 12.12.2022, E. 6.4.1, ASCOPA; RPW 2023/1, 117 Rz 33, *Datenplattform in der Sportindustrie*; RPW 2021/3, 620 Rz 16, *Zurverfügungstellung von Daten über die Neuzulassung und die Standorte von Fahrzeugen durch das ASTRA*; RPW 2016/4, 916 II.1.1, *Zulässigkeit des Konzepts der Datenerhebung und -verteilung der cemsuisse*.

<sup>25</sup> Vgl. ASTRA, E-Mail vom 12. Oktober 2023, Fassung gemäss E-Mail vom 20. Oktober 2023 [...].

<sup>26</sup> Vgl. RPW 2019/3b, 944 Rz 2227 ff., 968 Rz 2348 ff., *Badezimmer* (2. Teil); RPW 2019/2, 443 Rz 585, 505 Rz 1100, *Verfügung Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin I*.

Buchstabens «X» in den Genehmigungsnummern parallelimportierter Fahrzeuge gemäss Frage 2 (Rz 8) oder durch die Veröffentlichung von Typengenehmigungen und Datenblättern über das IVI-Portal gemäss Frage 3 (Rz 8) gegen Bestimmungen des Kartellgesetzes verstossen könnte.

30. Die Veröffentlichung anonymisierter Typengenehmigungen und Datenblätter über eine Open-Data-Plattform des ASTRA bzw. über das IVI-Portal unter Verwendung des Buchstabens «X» in den Genehmigungsnummern parallelimportierter Fahrzeuge gemäss Frage 2 (Rz 8) und die (gemäss Verständnis des Sekretariats von Frage 2 bereits erfasste) Veröffentlichung anonymisierter Typengenehmigungen und Datenblätter für externe Nutzerinnen und Nutzer über das IVI-Portal gemäss Frage 3c (Rz 8) könnten jedoch einerseits marktabschottendes Verhalten (Art. 4 Abs. 1 i. V. m. Art. 5 Abs. 1 und 4 i. V. m. Art. 49a Abs. 1 KG; Rz 19 ff.) und andererseits einen Austausch wettbewerbssensibler Informationen zwi-

schen Konkurrentinnen (Art. 4 Abs. 1 i. V. m. Art. 5 Abs. 1 KG; Rz 24 ff.) fördern.

31. Soweit für die Verwendung des Buchstabens «X» in den Genehmigungsnummern der Typengenehmigungen und Datenblätter betreffend parallelimportierte Fahrzeuge kein sachlicher Grund besteht, sollte zur Vermeidung der Förderung marktabschottenden Verhaltens nach Möglichkeit darauf verzichtet werden (Rz 22).

32. Soweit die Veröffentlichung anonymisierter Typengenehmigungen und Datenblätter über eine Open-Data-Plattform des ASTRA bzw. über das IVI-Portal unter Verwendung des Buchstabens «X» in den Genehmigungsnummern parallelimportierter Fahrzeuge zum Austausch wettbewerbssensibler Informationen zwischen Konkurrentinnen führt, empfiehlt es sich, geeignete Massnahmen – beispielsweise solche technischer, organisatorischer und/oder vertraglicher Art – zu treffen (Rz 28).

## B 2 Wettbewerbskommission

### Commission de la concurrence

### Commissione della concorrenza

B 2	<b>2. Untersuchungen</b> Enquêtes Inchieste
B 2.2	<b>1. Deponie Höli</b>

*Verfügung der Wettbewerbskommission vom 3. Juli 2023 in Sachen Untersuchung 32-0276 gemäss Art. 27 KG betreffend Deponie Höli wegen missbräuchlicher Verhaltensweise marktbeherrschender Unternehmen gemäss Art. 7 KG gegen Deponie Höli Liestal AG, in Liestal, vertreten durch [...]*

#### Inhaltsverzeichnis

<b>A Verfahren</b>	<b>113</b>	B.1.2.7 Wiederverwertung als Alternative zur Deponierung	120
A.1 Gegenstand der Untersuchung	113	B.1.2.8 Anteil der wiederverwertbaren Abfälle Typ B	121
A.2 Verfahrenspartei: Deponie Höli Liestal AG	113	B.1.2.9 Beweisergebnis	124
A.3 Verfahrensgeschichte	113	B.1.3 Nachfrage	125
A.3.1 Untersuchungseröffnung gegen die Deponie Höli Liestal AG	113	B.1.3.1 Beweisthema	125
A.3.2 Selbstanzeige und weitere wesentliche Ermittlungshandlungen	114	B.1.3.2 Wer deponiert in der Deponie Höli?	125
A.3.3 Gewährung der Akteneinsicht	114	B.1.3.3 Wie wählen die Kundinnen der Deponie Höli eine Deponie aus?	128
A.3.4 Antrag des Sekretariats an die WEKO (Art. 30 Abs. 1 KG)	114	B.1.3.4 Beweisergebnis	128
A.3.5 Beweisanträge der Deponie Höli Liestal AG	114	B.1.4 Angebot	128
A.3.6 Stellungnahme der Deponie Höli Liestal AG (Art. 30 Abs. 2 KG)	114	B.1.4.1 Beweisthema	128
A.3.7 Anhörung der Deponie Höli Liestal AG und Entscheid der WEKO	114	B.1.4.2 Standorte der Deponien Typ B	128
<b>B Sachverhalt</b>	<b>114</b>	B.1.4.3 Deponie Höli	129
B.1 Marktverhältnisse	114	B.1.4.4 Beweisergebnis	130
B.1.1 Übersicht	114	B.1.5 Marktergebnisse	131
B.1.2 Deponiewesen	115	B.1.5.1 Beweisthema	131
B.1.2.1 Beweisthema	115	B.1.5.2 Einzugsgebiet der Deponie Höli	131
B.1.2.2 Deponietypen	115	B.1.5.3 Marktanteile der Deponie Höli	134
B.1.2.3 Für den Deponiebetrieb erforderliche Arbeiten	116	B.1.5.4 Preislicher Spielraum der Deponie Höli	141
B.1.2.4 Entsorgungsgenehmigung	117	B.1.5.5 Beweisergebnis	149
B.1.2.5 Transport	118	B.2 Vorzugskonditionen für Aktionärinnen	149
B.1.2.6 Grundsatz der Verwertungspflicht nach dem Stand der Technik	119	B.2.1 Beweisthema	149
		B.2.2 Grundsatz der Vorzugskonditionen für Aktionärinnen	149
		B.2.2.1 Beweisthema	149
		B.2.2.2 Beweismittel	149
		B.2.2.3 Beweismittel	149
		B.2.3 Ausmass und Dauer der Vorzugskonditionen für Aktionärinnen	149
		B.2.3.1 Beweisthema	149

B.2.3.2	Beweismittel	149	C.5.2.4	Zwischenergebnis	169
B.2.3.3	Beweiswürdigung	150	C.5.3	Potenzielle Konkurrenz	169
B.2.3.4	Beweisergebnis	152	C.5.4	Stellung der Marktgegenseite	170
B.2.4	Auswirkungen der Vorzugskonditionen für Aktionärinnen	153	C.5.5	Zwischenergebnis	170
B.2.4.1	Beweisthema	153	C.6	Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung der Deponie Höli Liestal AG	170
B.2.4.2	Beweismittel	153	C.6.1	Einleitung	170
B.2.4.3	Beweiswürdigung	154	C.6.2	Diskriminierung von Handelspartnern	171
B.2.4.4	Beweisergebnis	157	C.6.2.1	Einleitung	171
B.3	Annahmerestriktionen gegenüber Nichtaktionären im Herbst 2020	157	C.6.2.2	Ungleichbehandlung	171
B.3.1	Beweisthema	157	C.6.2.3	Handelspartner	172
B.3.2	Beweismittel	157	C.6.2.4	Wettbewerbsbehinderung	172
B.3.3	Beweiswürdigung	159	C.6.2.5	Keine sachlichen Gründe	175
B.3.3.1	Schliessung der Deponie Höli für Nichtaktionäre im Herbst 2020	159	C.6.3	Zwischenergebnis	176
B.3.3.2	Kontingentierung der Annahmemenge von Nichtaktionären ab Januar 2021	161	C.7	Beweisanträge der Deponie Höli76 Liestal AG	176
B.3.3.3	Beendigung der Annahmerestriktionen am 25. Januar 2021	161	<b>D</b>	<b>Massnahmen</b>	<b>177</b>
B.3.3.4	Auswirkungen der Annahmerestriktionen gegenüber Nichtaktionären	162	D.1	Einleitung	177
B.3.4	Beweisergebnis	162	D.2	Anordnung von Massnahmen	177
<b>C</b>	<b>Rechtliche Würdigung</b>	<b>162</b>	D.3	Sanktionierung	177
C.1	Geltungsbereich	162	D.3.1	Vorbemerkungen	177
C.2	Zuständigkeit der Gesamtkommission der WEKO	163	D.3.2	Voraussetzungen	177
C.3	Vorbehaltene Vorschriften	163	D.3.2.1	Tatbestand von Art. 49a Abs. 1 KG	177
C.4	Relevanter Markt	163	D.3.2.2	Vorwerfbarkeit	178
C.4.1	Einleitung	163	D.3.2.3	Sanktionierbarkeit in zeitlicher Hinsicht	178
C.4.2	Marktgegenseite	163	D.3.3	Zurechenbarkeit des Wettbewerbsverstosses	178
C.4.3	Sachlich relevanter Markt	163	D.3.4	Bemessung	179
C.4.4	Räumlich relevanter Markt	165	D.3.4.1	Einleitung	179
C.4.4.1	Nichtwiederverwertbare Abfälle Typ B	165	D.3.4.2	Basisbetrag	179
C.4.4.2	Wiederverwertbare Abfälle des Typs B	166	D.3.4.3	Dauer des Verstosses	180
C.4.4.3	Abfälle Typ A	167	D.3.4.4	Erschwerende und mildernde Umstände (Art. 5 und 6 SVKG)	180
C.4.5	Zeitliche Dimension	167	D.3.4.5	Maximalsanktion	181
C.4.6	Fazit	167	D.3.4.6	Vollständiger Erlass der Sanktion (Art. 8–14 SVKG)	181
C.5	Marktbeherrschende Stellung der Deponie Höli	167	D.3.4.7	Reduktion der Sanktion (Art. 12–14 SVKG)	181
C.5.1	Einleitung	167	D.3.4.8	Verhältnismässigkeitsprüfung	182
C.5.2	Aktuelle Konkurrenz	167	D.3.4.9	Ergebnis	182
C.5.2.1	Nichtwiederverwertbare Abfälle Typ B	167	<b>E</b>	<b>Kosten</b>	<b>183</b>
C.5.2.2	Wiederverwertbare Abfälle Typ B	169	E.1	Gebührenpflicht	183
C.5.2.3	Abfälle Typ A	169	E.2	Höhe der Verfahrenskosten	183
			<b>F</b>	<b>Ergebnis</b>	<b>183</b>



<b>G</b>	<b>Dispositiv</b>	<b>183</b>
<b>H</b>	<b>Appendix</b>	<b>183</b>

## **A Verfahren**

### **A.1 Gegenstand der Untersuchung**

1. Gegenstand der Untersuchung 32-0276: Deponie Höli bilden die folgenden beiden Verhaltensweisen der Deponie Höli Liestal AG:

- Die Gewährung von Vorzugskonditionen an die Aktionärinnen der Deponie Höli Liestal AG (Sachverhalt: Rz 227 ff.; Rechtliche Würdigung: Rz 377 ff.).
- Annahmerestriktionen gegenüber Nichtaktionären der Deponie Höli Liestal AG im Herbst 2020 (Sachverhalt: Rz 273 ff.; Rechtliche Würdigung: Rz 377 ff.).

### **A.2 Verfahrenspartei: Deponie Höli Liestal AG**

2. Die Deponie Höli Liestal AG wurde am 13. Mai 2008 gegründet und in das Handelsregister eingetragen. Zweck der Gesellschaft ist Planung, Bau und Betrieb der Deponie Höli,<sup>1</sup> welche sich in der Gemeinde Liestal im Kanton Basel-Landschaft befindet. Hauptaktionärin mit 52,5 % des Aktienkapitals<sup>2</sup> ist die Bürgergemeinde Liestal (nachfolgend: Bürgergemeinde). Das Land, auf welchem die Deponie Höli errichtet wurde, gehört der Bürgergemeinde. Diese hatte die Planung und Realisierung der Deponie zunächst selber vorangetrieben. Im Sommer 2007 entschied sich die Bürgergemeinde, die folgenden 3 Unternehmen mit Sitz in Liestal mit einem Anteil von [...] am Aktienkapital einzubinden:<sup>3</sup>

- [Aktionärin X]
- [Aktionärin Y]
- [Aktionärin Z]

3. Die mit [der Aktionärin Y] und [der Aktionärin Z] konzernmässig verbundenen Gesellschaften sind im Baugewerbe mit Schwerpunkt Tief- und Strassenbau tätig. Die [Aktionärin Z]-Gruppe wurde im Jahr 2015 umstrukturiert und anschliessend von [einer grosse vertikal integrierten Bauunternehmung] übernommen.<sup>4</sup> Letztere ist im Hoch- und Tiefbau einschliesslich Strassenbau tätig.<sup>5</sup> [Die Aktionärin X] ist Dienstleisterin des Baugewerbes, insbesondere in den Bereichen Transport, Aushub und Wiederverwertung.<sup>6</sup>

4. Die Bürgergemeinde als Hauptaktionärin stellt 4 von 7 Verwaltungsräten sowie den Verwaltungsratspräsidenten der Deponie Höli Liestal AG. Jede der 3 Mitaktionärinnen hat je einen Verwaltungsratssitz.<sup>7</sup>

5. Die Deponie Höli nahm ihren Betrieb am 25. Mai 2010 auf. Die Betriebsführung wurde an das Amt für Industrielle Betriebe des Kantons Basel-Landschaft (nachfolgend: AIB) übertragen. Dieses betreibt in unmittelbarer Nähe die Deponieanlage Elbisgraben. Dort werden andere Abfallarten als in der Deponie Höli entsorgt. Trotzdem gibt es gewisse Synergien, wie zum Beispiel in Bezug auf die Zufahrt oder die Wägung und Kontrolle der angelieferten Abfälle.<sup>8</sup> Administrative Aufgaben wie zum Beispiel das Rechnungswesen hat die Deponie Höli Liestal AG an die Tretor AG mit Sitz in Liestal ausgelagert.<sup>9</sup>

6. Im Mai 2021 wurde das vom Kanton Basel-Landschaft bewilligte Deponievolumen erreicht. Deshalb nahm die Deponie Höli ab dem 13. Mai 2021 keine Abfälle mehr entgegen.<sup>10</sup> Die Deponie Höli Liestal AG reichte beim Kanton Basel-Landschaft ein Gesuch zur Aufstockung des Deponievolumens um 1,2 Millionen Tonnen ein.<sup>11</sup> Dieses Gesuch wurde bewilligt. Seit dem 14. März 2022 ist die Deponie Höli wieder geöffnet.<sup>12</sup>

### **A.3 Verfahrensgeschichte**

#### **A.3.1 Untersuchungseröffnung gegen die Deponie Höli Liestal AG**

7. Die Bau- und Umweltschutzdirektion des Kantons Basel-Landschaft (nachfolgend: BUD) reichte beim Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend: Sekretariat) am 22. Dezember 2020 eine Anzeige mit dem folgenden Inhalt ein: Die Deponie Höli Liestal AG betreibt auf dem Gebiet der Gemeinde Liestal die Deponie Höli des Typs B (vgl. Rz 23 ff. zu den Deponietypen). Die Deponie dominiere mit gut 70 % der jährlich deponierten Menge den Markt für Abfälle des Typs B im Kanton Basel-Landschaft. Die Aktionärinnen der Deponie Höli Liestal AG seien neben der Bürgergemeinde Liestal die [Aktionärin X], die [Aktionärin Y] und die [Aktionärin Z]. Im Herbst 2020 habe die Deponie Höli Liestal AG angesichts der bevorstehenden Erschöpfung des verfügbaren Deponievolumens einen Annahmestopp für Dritte angeordnet. Zudem werde preislich schon seit langem zwischen Aktionärinnen und Nichtaktionären unterschieden.

8. Im März 2021 führte das Sekretariat Telefongespräche mit Vertretern des Kantons Basel-Landschaft und forderte zusätzliche Informationen an, welche der Kanton im März sowie im April 2021 einreichte.<sup>13</sup>

9. Gestützt auf die vom Kanton Basel-Landschaft eingereichten Beweismittel eröffnete das Sekretariat am 7. Juni 2021 im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums die Untersuchung 32-0276: Deponie Höli gegen die Deponie Höli Liestal AG und gab diese mittels amtlicher Publikation gemäss Art. 28 KG am 21. Juni 2021 im Schweizerischen Handelsamtsblatt bekannt.<sup>14</sup> Dritte hatten daraufhin 30 Tage, um ihre Beteiligung am Verfahren anzumelden. Entsprechende Meldungen blieben aus.

<sup>1</sup> <bl.chregister.ch/cr-portal/auszug/auszug.xhtml?uid=CHE-114.298.711> (25.7.2022).

<sup>2</sup> Präambel des Aktionärsbindungsvertrags (Act. IV.8, Beilage 5). Ursprünglich war vorgesehen, dass die Bürgergemeinde [ca. 51 %] des Aktienkapitals halten sollte (Act. IV.8, Rz 7 sowie Act. IV.8, Beilage 2).

<sup>3</sup> Act. IV.8, Rz 7.

<sup>4</sup> Act. IV.5, Zeilen 82–86; Act. III.4, Zeilen 141–143; [...] (15.9.2022).

<sup>5</sup> Act. IV.5, Zeilen 88–90.

<sup>6</sup> Act. IV.8, Beilage 2.

<sup>7</sup> Act. IV.8, Rz 8 und Beilage 5.

<sup>8</sup> Act. IV.8, Rz 10 und Beilage 6.

<sup>9</sup> Act. IV.8, Rz 11.

<sup>10</sup> Act. IV.8, Rz 27.

<sup>11</sup> Act. II.A.5; Act. III.3, Zeilen 285–293.

<sup>12</sup> <www.deponie-hoeli.ch> (6.1.2023).

<sup>13</sup> E-Mails vom 5.3.2021 (Act. II.A.1), vom 8.3.2021 (Act. II.A.2) und vom 15.4.2021 (Act. II.A.4.).

<sup>14</sup> SHAB vom 21. Juni 2021, Meldungsnummer: BB05-000000077; Eröffnungsschreiben an die Deponie Höli Liestal AG (Act. I.1).

### A.3.2 Selbstanzeige und weitere wesentliche Ermittlungshandlungen

10. Vom 8.–11. Juni 2021 führte das Sekretariat 3 Parteieinvernahmen mit Vertretern der Deponie Höli Liestal AG durch.<sup>15</sup> Am 14. Juni 2021 reichte die Deponie Höli Liestal AG einen Marker für eine Selbstanzeige ein.<sup>16</sup> Anschliessend fanden am 15. und 16. Juni 2021 2 mündliche Ergänzungen der Selbstanzeige statt.<sup>17</sup> Die schriftliche Selbstanzeige einschliesslich relevanter Beweismittel ging am 30. Juni 2021 ein.<sup>18</sup> Das Sekretariat teilte der Deponie Höli Liestal AG im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums mit Schreiben vom 5. Juli 2021 mit, dass die vorliegende Selbstanzeige zu einer Sanktionsreduktion von maximal 50 % führen könne.<sup>19</sup>

11. Zusätzlich holte das Sekretariat weitere Informationen ein mittels Auskunftsbegehren an die Deponie Höli Liestal AG sowie an Dritte. Durch Amtshilfegesuche an Behörden der Kantone Basel-Landschaft, Basel-Stadt und Solothurn sowie an das Bundesamt für Umwelt (nachfolgend: BAFU) erhob das Sekretariat weitere relevante Angaben, insbesondere zur Herkunft der in den Deponien der Region Basel<sup>20</sup> entsorgten Abfälle.<sup>21</sup> Ausserdem führte das Sekretariat 2 Zeugeneinvernahmen durch.<sup>22</sup>

### A.3.3 Gewährung der Akteneinsicht

12. Am 21. Juli 2021,<sup>23</sup> 10. Dezember 2021,<sup>24</sup> 20. April 2022<sup>25</sup> und am 15. Februar 2023<sup>26</sup> gewährte das Sekretariat der Deponie Höli Liestal AG in elektronischer Form Akteneinsicht.

### A.3.4 Antrag des Sekretariats an die WEKO (Art. 30 Abs. 1 KG)

13. Mit Schreiben vom 14. Februar 2023 stellte das Sekretariat der Deponie Höli Liestal AG seinen Antrag an die WEKO zur Stellungnahme nach Art. 30 Abs. 2 KG zu.<sup>27</sup> Darin beantragte es, die Deponie Höli Liestal AG wegen Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung gemäss Art. 7 Abs. 2 Bst. b i.V.m. Art. 7 Abs. 1 KG (Vorzugsbedingungen für Aktionärinnen und Annahmerestriktionen gegenüber Nichtaktionären) mit einer Sanktion nach Art. 49a Abs. 1 KG von [1–1,5 Millionen] Franken zu belasten. Zudem beantragte es, der Deponie Höli Liestal AG die Verfahrenskosten aufzuerlegen.

### A.3.5 Beweisanträge der Deponie Höli Liestal AG

14. Mit Schreiben vom 15. März 2023 beantragte die Deponie Höli Liestal AG die Durchführung zusätzlicher Einvernahmen.<sup>28</sup> Das Sekretariat informierte die Deponie Höli Liestal AG mit Schreiben vom 21. März 2023 über seine Absicht, der Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) die Ablehnung der genannten Beweisanträge zu beantragen. Gleichzeitig stellte das Sekretariat der Deponie Höli Liestal AG den entsprechenden Antragsentwurf zu.<sup>29</sup> Die Deponie Höli Liestal AG teilte daraufhin mit, dass sie an ihren Beweisanträgen festhalte.<sup>30</sup> Zur Beurteilung der Beweisanträge vgl. Rz 425 ff.

### A.3.6 Stellungnahme der Deponie Höli Liestal AG (Art. 30 Abs. 2 KG)

15. Mit Eingabe vom 1. Mai 2023 liess sich die Deponie Höli Liestal AG zum Antrag des Sekretariats vom

14. Februar 2023 vernehmen.<sup>31</sup> Darin stellte sie folgende Rechtsbegehren:

1. *Es sei die Untersuchung 32-0276 einzustellen.*
2. *Eventualiter sei gestützt auf Artikel 49a Abs. 3 Bst. b KG keine Sanktion auszufällen.*
3. *Sub-Eventualiter sei der Basisbetrag der Sanktion auf höchstens 3% festzusetzen.*
4. *Sub-Sub-Eventualiter sei das Ausmass der beherrschenden Stellung der Deponie Höli unter Berücksichtigung aller Umstände abzuklären und die behaupteten Wettbewerbsverfälschungen konkret herauszuarbeiten und nachzuweisen.*

*Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu lasten der Schweizerischen Eidgenossenschaft (inkl. MwSt).*

### A.3.7 Anhörung der Deponie Höli Liestal AG und Entscheid der WEKO

16. Die WEKO hörte die Deponie Höli Liestal AG zu deren Begehren am 19. Juni 2023 mündlich an.<sup>32</sup> Die Deponie Höli Liestal AG bestätigte anlässlich der Anhörung ihre in der schriftlichen Stellungnahme formulierten Rechtsbegehren.<sup>33</sup>

17. Nach Beratung fällte die WEKO am 3. Juli 2023 den vorliegenden Entscheid.

## B Sachverhalt

### B.1 Marktverhältnisse

#### B.1.1 Übersicht

18. In diesem Kapitel wird zunächst das Deponiewesen im Allgemeinen untersucht. Zu diesem Zweck wird dargestellt, welche Arten von Deponien es in der Schweiz gibt (Rz 23 ff.). Anschliessend werden die bei Errichtung, Betrieb und Nachsorge einer Deponie des Typs B anfallenden Arbeiten beschrieben (Rz 28 ff.). Schliesslich werden die für die Entsorgung der vorliegend relevanten Abfälle erforderlichen Entsorgungsgenehmigungen (Rz 42) sowie der Transport (Rz 50 ff.) und die Möglichkeiten der Wiederverwertung (Rz 58 ff.) untersucht.

<sup>15</sup> Act. III.1; Act. III.2; Act. III.3.

<sup>16</sup> Act. IV.3.

<sup>17</sup> Act. IV.5; Act. IV.6.

<sup>18</sup> Act. IV.8.

<sup>19</sup> Act. IV.11.

<sup>20</sup> Unter der «Region Basel» oder dem «Wirtschaftsraum Basel» wird nachfolgend das Gebiet der Kantone Basel-Landschaft und Basel-Stadt sowie das Fricktal (Kanton Aargau) und die solothurnischen Bezirke Thierstein und Dorneck verstanden (Vgl. Act. IV.8, Fn 6).

<sup>21</sup> Vgl. Rz 136 ff.

<sup>22</sup> Act. III.4; Act. III.5.

<sup>23</sup> Act. I.23.

<sup>24</sup> Act. I.45.

<sup>25</sup> Act. I.50.

<sup>26</sup> Act. V.4.

<sup>27</sup> Act. V.2.

<sup>28</sup> Act. V.23.

<sup>29</sup> Act. V.24.

<sup>30</sup> Act. V.25, Rz 19 ff.

<sup>31</sup> Act. V.25.

<sup>32</sup> Act. VI.4 (Protokoll der Anhörung).

<sup>33</sup> Act. VI.5 und Act. VI.6 (Plädoyer der Deponie Höli Liestal AG).

19. In einem zweiten Abschnitt geht es um die Nachfrageseite. Konkret wird zunächst dargelegt, wer Abfälle in der Deponie Höli entsorgt (Rz 103 ff.) und nach welchen Kriterien die Nachfrageseite eine geeignete Deponie auswählt (Rz 119 f.).

20. Anschliessend wird die Angebotsseite untersucht. Zu diesem Zweck werden die Standorte der Deponien des Typs B in der Nordwestschweiz aufgezeigt (Rz 123). Ferner werden relevante Eigenschaften der Deponie Höli sowie deren Entstehungsgeschichte dargelegt (Rz 124 ff.).

21. Schliesslich werden die Marktergebnisse dargestellt, die sich aus dem Zusammenspiel von Angebot und Nachfrage ergeben. Zunächst wird aufgezeigt, aus welchem Gebiet Abfälle in die Deponie Höli gebracht werden (Rz 134 ff.). Des Weiteren wird untersucht, welcher Anteil der im Kerneinzugsgebiet der Deponie Höli anfallenden Abfälle in der Deponie Höli entsorgt wird (Rz 152 ff.). Schliesslich wird analysiert, wie gross der preisliche Spielraum der Deponie Höli Liestal AG im Markt ausfällt (Rz 189 ff.).

## B.1.2 Deponiewesen

### B.1.2.1 Beweisthema

22. Zunächst wird untersucht, welche Deponietypen es in der Schweiz gibt und welche dieser Deponietypen für die Entsorgung der in der Deponie Höli entsorgten Abfallarten in Frage kommen (Rz 23 ff.). Anschliessend werden die für den Deponiebetrieb erforderlichen Arbeiten beschrieben. Dabei wird insbesondere geprüft, welche Hürden der Neueröffnung oder Erweiterung einer Deponie des Typs B in der Region Basel entgegenstehen (Rz 28 ff.). Als Nächstes wird dargelegt, welche Genehmigungen die Nachfragerinnen und Nachfrager von Deponievolumen einholen müssen, damit sie ihre Abfälle in einer Deponie des Typs B der Region Basel entsorgen dürfen (Rz 42 ff.). Anschliessend wird untersucht, wie Abfälle des Typs B von der Baustelle zur Deponie gebracht werden und wie hoch die entsprechenden Kosten im Verhältnis zu den Deponiegebühren ausfallen (Rz 50 ff.). Schliesslich wird geprüft, unter welchen Voraussetzungen die Wiederverwertung eine Alternative zur Deponierung von Abfällen des Typs B ist und wie bedeutend diese Alternative im Zeitraum 2010–2021 in der Region Basel war (Rz 58 ff.).

### B.1.2.2 Deponietypen

23. In der Schweiz gibt es 5 Deponietypen, welche mit den Buchstaben A bis E bezeichnet werden. Diese stehen in aufsteigender Folge für zunehmendes Gefährdungspotenzial der dort abgelagerten Abfälle. Die Abfallverordnung<sup>34</sup> regelt auf Bundesebene, welche Abfälle in welchem Deponietyp abzulagern sind.<sup>35</sup>

24. Bei der Deponie Höli handelt es sich um eine Deponie des Typs B. Im vorliegenden Fall sind daher insbesondere Deponien dieses Typs B relevant. Gemäss Anhang 5 der Abfallverordnung können in Deponien des Typs B schwach verschmutztes Boden- und Aushubmaterial, bestimmte Arten von Ausbausphal und Betonabbruch, Glas- und Keramikabfälle sowie weitere mineralische Abfälle abgelagert werden, sofern sie die in der Abfallverordnung angegebenen Grenzwerte nicht

überschreiten. Zusätzlich können in Deponien des Typs B Abfälle abgelagert werden, die für Deponien des Typs A zugelassen sind. Dabei handelt es sich im Wesentlichen um unverschmutztes Aushub- und Ausbruchmaterial.<sup>36</sup>

25. Die Deponiegebühren steigen in der Regel mit dem Gefährdungspotenzial der abgelagerten Abfälle, insbesondere weil der Aufwand der erforderlichen baulichen Schutzmassnahmen mit dem Gefährdungspotenzial zunimmt. So kostet zum Beispiel die Ablagerung einer Tonne Abfall in einer Deponie des Typs A weniger als die Ablagerung in einer Deponie des Typs B. Diese Preisunterschiede werden durch die unterschiedlich hohen sogenannten VASA-Abgaben noch vergrössert: Gemäss der Verordnung über die Abgabe zur Sanierung von Altlasten (VASA)<sup>37</sup> erhob der Bund bis zum 31. Dezember 2015 auf die Ablagerung in Deponien des Typs B eine Abgabe von 3 Franken pro Tonne.<sup>38</sup> Diese Abgabe wurde auf den 1. Januar 2016 auf 5 Franken pro Tonne erhöht.<sup>39</sup> Der Abgabesatz bei Deponien der Typen C, D und E ist mit 15–17 Franken pro Tonne im Zeitraum 2010–2021 wesentlich höher.<sup>40</sup> Bei Deponien des Typs A fiel im Zeitraum 2010–2021 keine VASA-Abgabe an.<sup>41</sup>

26. Insbesondere aufgrund der höheren Gebühren werden in Deponien des Typs B nur relativ geringe Mengen an Abfällen abgelagert, welche in einer Deponie des Typs A deponiert werden dürfen (vgl. Rz 131). Gleichermassen werden Abfälle, die in Deponien des Typs B entsorgt werden dürfen, in der Regel nicht in Deponien der Typen C, D oder E entsorgt.<sup>42</sup> Da Deponien der Typen A, C, D oder E aus den genannten Gründen keine gleichwertigen Alternativen zu Deponien des Typs B sind, beschränken sich die nachfolgenden Ausführungen weitgehend auf Deponien des Typs B und die dort entsorgten Abfälle.

27. Der überwiegende Anteil der in Deponien des Typs B entsorgten Abfälle darf nicht in Deponien des Typs A entsorgt werden (vgl. Rz 129 ff.). Diese Abfälle werden nachfolgend als «*Abfälle Typ B*» bezeichnet. Ein kleiner Teil der in Deponien des Typs B entsorgten Abfälle hätte hingegen auch in einer Deponie des Typs A entsorgt werden können. Diese Abfälle werden nachfolgend als «*Abfälle Typ A*» bezeichnet.

<sup>34</sup> Verordnung vom 4.12.2015 über die Vermeidung und die Entsorgung von Abfällen (Abfallverordnung, VVEA; SR 814.600).

<sup>35</sup> Art. 35 VVEA.

<sup>36</sup> Anhang 5 Ziffer 1 VVEA.

<sup>37</sup> Verordnung vom 26.9.2008 über die Abgabe zur Sanierung von Altlasten (VASA, SR 814.681).

<sup>38</sup> Art. 3 Abs. 1 VASA (Stand am 1.1.2009 und am 1.1.2012).

<sup>39</sup> Art. 3 Abs. 1 VASA (Stand am 1.1.2016).

<sup>40</sup> Art. 3 Abs. 1 VASA (Stand am 1.1.2009, am 1.1.2012 und am 1.1.2016).

<sup>41</sup> Art. 3 Abs. 1 VASA (Stand am 1.1.2009, am 1.1.2012 und am 1.1.2016).

<sup>42</sup> Vgl. die Aussage von [N1], wonach ihm kein Fall von Abfällen bekannt sei, die in einer Deponie des Typs B hätten entsorgt werden dürfen und die trotzdem in einer Deponie des Typs C, D oder E entsorgt worden wären (Act. III.2, Zeile 395).

### B.1.2.3 Für den Deponiebetrieb erforderliche Arbeiten

#### B.1.2.3.1 Einleitung

28. Wer eine Deponie des Typs B eröffnen will, benötigt verschiedene Bewilligungen und muss das für die Deponie vorgesehene Areal vorbereiten. Diese vor der Eröffnung einer Deponie des Typs B erforderlichen Arbeiten werden in Rz 29 ff. beschrieben. Anschliessend wird dargelegt, welche Arbeiten während des Betriebs einer Deponie anfallen (Rz 36 f.). Ist eine Deponie des Typs B vollständig gefüllt, müssen Arbeiten im Zusammenhang mit dem Abschluss, der Nachsorge und der allfälligen Sanierung der Deponie ausgeführt werden. Diese werden in Rz 38 f. beschrieben.

#### B.1.2.3.2 Vorarbeiten und Bewilligungen

29. Bevor eine Deponie des Typs B in Betrieb genommen werden kann, sind umfangreiche Planungs- und Vorbereitungsarbeiten erforderlich. Gemäss Angaben der Deponie Höli Liestal AG dauerte die Planungs- und Realisierungsphase bei der Deponie Höli rund 15 Jahre.<sup>43</sup> Ein wichtiger Grund für diese lange Dauer besteht darin, dass verschiedene Bewilligungen erforderlich sind. [N2] geht davon aus, dass es rund 8–10 Jahren dauert, bis alle für eine neue Deponie erforderlichen Bewilligungen vorliegen. Die genaue Dauer sei von den Behörden sowie von allfälligen Einsprachen abhängig.<sup>44</sup> [N2] ist [...] Mitglied des Verwaltungsrates der Deponie Höli Liestal AG. Ausserdem ist er Geschäftsführer der Aktionärin [...].<sup>45</sup>

30. Insbesondere sind eine Baubewilligung<sup>46</sup> sowie eine Betriebsbewilligung<sup>47</sup> erforderlich. Deponien dürfen nur in speziell zu diesem Zweck vorgesehenen Deponiezonnen errichtet werden.<sup>48</sup> Deshalb erfordert die Errichtung einer neuen Deponie in der Regel eine entsprechende Festsetzung im kantonalen Richtplan. Gemeinden und Bevölkerung können bei der Ausarbeitung der kantonalen Richtpläne mitwirken.<sup>49</sup> Unter anderem deshalb ist es nicht selbstverständlich, dass alle erforderlichen Bewilligungen erteilt werden.<sup>50</sup> Ausserdem wird die Baubewilligung jedenfalls im Kanton Basel-Landschaft nur erteilt, wenn in der Region ein Bedürfnis für die Anlage besteht.<sup>51</sup>

31. Vor diesem Hintergrund ist die folgende Einschätzung von [N3], Verwaltungsrat der Deponie Höli Liestal AG, zu verstehen, der die Schwierigkeiten, welche der Erstellung einer neuen Deponie entgegenstehen, als sehr hoch einschätzt:

[Der Kanton habe keine Chance, eine neue Deponie zu planen. Die Dörfer seien so eng, dass man durch die Dörfer fahren oder neue Strassen bauen müsste. Es gebe keinen zweiten Deponiestandort mit eigener Autobahnausfahrt, bei welchem man durch keine Dörfer fahren müsse. Ohne die Deponie Höli habe der Kanton ein Problem.]<sup>52</sup>

32. Tatsächlich verfügt die Deponie Höli über einen aussergewöhnlich geeigneten Standort. Sie ist direkt an die nahegelegene Autobahn angeschlossen und bei der Anfahrt werden keine Anwohner durch Lärm oder Staub beeinträchtigt.<sup>53</sup> Gemäss der Einschätzung von [N3] ist der Standort der Deponie Höli sogar geradezu ideal.<sup>54</sup>

Dadurch war es für die Deponie Höli Liestal AG einfacher, die erforderlichen Bewilligungen zu erhalten, während potenzielle Konkurrentinnen deswegen bei einem allfälligen Markteintritt auf grosse Hindernisse stossen würden.<sup>55</sup> Gemäss der Aussage von [N3] kamen von mehreren geplanten Deponien ausser der Deponie Höli keine weiteren zustande.<sup>56</sup>

33. Selbst die Erweiterung einer bereits existierenden Deponie ist nicht ohne weiteres möglich. Gemäss der Aussage von [N2] ist die Deponie Höli Liestal AG seit rund 8–9 Jahren damit beschäftigt, die Erweiterung der Deponie Höli zu planen.<sup>57</sup> Auch für die Erweiterung ist eine Baubewilligung erforderlich.<sup>58</sup>

34. Zusätzlich zu den Kosten und der langen Dauer der Bewilligungsverfahren und der dafür erforderlichen Abklärungen und Planungsarbeiten sind in der Regel Vorbereitungsarbeiten nötig. So wurden zum Beispiel am Standort der Deponie Höli vorgängig eine Kanalisation sowie ein Damm errichtet und ein Bach ausgebaut. Insgesamt kosteten die Vorbereitungsarbeiten gemäss der Aussage von [N4] etwa [1–5] Millionen Franken.<sup>59</sup> [N4] ist seit [...] Verwaltungsrat der Deponie Höli Liestal AG. Bis [...] war er Geschäftsführer [einer Aktionärin der Deponie Höli Liestal AG].<sup>60</sup> Gemäss einer im Jahresbericht 2009 enthaltenen Aufstellung der Kosten (exkl. Betrieb) der Deponie Höli Liestal AG kostete der Bau der Infrastruktur (Zufahrt, Kanalisation, Damm) sogar [1–5] Millionen Franken.<sup>61</sup> Bei einem bewilligten Deponievolumen von 3 Millionen Kubikmetern<sup>62</sup> bzw. 6 Millionen Tonnen entsprechen allein diese Kosten etwas mehr als [15–85] Rappen pro Tonne Abfall.

35. Aus diesen Gründen sind die Hürden, die der Neueröffnung oder Erweiterung einer Deponie des Typs B entgegenstehen, als sehr hoch einzuschätzen.

<sup>43</sup> Act. IV.8, Rz 4; Act. IV.6, Zeilen 51–52.

<sup>44</sup> Act. IV.5, Zeile 260.

<sup>45</sup> Act. IV.5, Zeilen 78–86.

<sup>46</sup> § 120 Abs. 1 des Raumplanungs- und Baugesetzes Basel-Landschaft vom 8.1.1998 (RBG BL). Gemäss Art. 38 Abs. 1 VVEA benötigen Deponien eine Errichtungsbewilligung der kantonalen Behörde.

<sup>47</sup> § 27 Abs. 2. des Umweltschutzgesetzes Basel-Landschaft vom 27.02.1991 (USG BL). Gemäss Art. 38 Abs. 2 VVEA benötigen Deponien eine Betriebsbewilligung der kantonalen Behörde.

<sup>48</sup> § 28 Abs. 1 RBG BL.

<sup>49</sup> Art. 4 des Bundesgesetzes über die Raumplanung vom 22.6.1979 (Raumplanungsgesetz, RPG, SR 700); § 6 und 7 RBG BL.

<sup>50</sup> Vgl. die Aussage von [N2], wonach zahlreiche Deponien aufgrund der Ablehnung der Gemeinden oder aufgrund kantonaler Abstimmungen gescheitert seien (Act. IV.5, Zeilen 261–262), sowie die Aussage von [N1], wonach Volksabstimmungen zur Bewilligung neuer Deponien im Moment schwer zu gewinnen seien (Act. III.2, Zeilen 405–407).

<sup>51</sup> § 27 Abs. 1 USG BL.

<sup>52</sup> Act. IV.6, Zeilen 102–105.

<sup>53</sup> Act. III.1, Zeilen 314–315; Act. III.3, Zeilen 111–119; Act. III.5, Zeile 151; Act. IV.8, Beilage 8, S.2.

<sup>54</sup> [N3 sagte aus, dass es keinen idealeren Standort gebe und auch in Zukunft nicht mehr geben werde] (Act. IV.6, Zeile 56).

<sup>55</sup> Deponien, die im Zeitraum 2010–2021 Abfälle des Typs B entgegengenommen haben, sind aktuelle und nicht potenzielle Konkurrentinnen (vgl. Rz 371).

<sup>56</sup> Act. IV.6, Zeilen 111–112.

<sup>57</sup> Act. IV.5, Zeilen 265–269.

<sup>58</sup> Act. III.3, Zeilen 285–293.

<sup>59</sup> Act. III.3, Zeilen 122–124.

<sup>60</sup> Act. III.3, Zeilen 57–70.

<sup>61</sup> Act. IV.15.1.1, S. 4.

<sup>62</sup> Act. II.A.4.4.

### B.1.2.3.3 Betrieb

36. Liegen alle erforderlichen Bewilligungen vor und sind die Vorbereitungsarbeiten abgeschlossen, kann die Deponie in Betrieb genommen werden. Die Deponie Höli Liestal AG hat dem AIB die Betriebsführung übertragen (vgl. Rz 5). Dem Vertrag zwischen dem AIB und der Deponie Höli Liestal AG kann entnommen werden, welche Aufgaben die Betriebsführung beinhaltet. Es handelt sich im Wesentlichen um die folgenden Leistungen:<sup>63</sup>

- Eingangskontrolle: Damit wird sichergestellt, dass die angelieferten Abfälle korrekt deklariert werden. Ausserdem werden die Abfälle gewogen. Es wird ein Lieferschein erstellt und die entsprechenden Daten werden elektronisch erfasst.
- Einbau der Abfälle in den Deponiekörper.
- Unterhalt und Erhaltung der Infrastruktur: Darunter ist zum Beispiel das Spülen und die Kontrolle von Entwässerungseinrichtungen zu verstehen.
- Kontrolle: Dazu gehören Abwasseranalysen oder Stichproben der angelieferten Abfälle.

37. Die Deponie Höli Liestal AG vereinbarte vor Inbetriebnahme der Deponie mit dem AIB, dieses für die Betriebsführung mit Fr. [1–5] pro angelieferte Tonne zu entschädigen.<sup>64</sup> Zusätzlich entschädigte die Deponie Höli Liestal AG den Kanton Basel-Landschaft für die Benützung der Zufahrtsstrasse zur Deponie mit einem Grundbetrag von [100 000–200 000] Franken zuzüglich [40–80] Rappen pro Tonne angeliefertem Material. Diese Entschädigungen wurden jeweils der Teuerung angepasst.<sup>65</sup>

### B.1.2.3.4 Abschluss, Nachsorge und Sanierung

38. Gemäss Art. 32b des Umweltschutzgesetzes<sup>66</sup> müssen Deponiebetreiber die Kostendeckung für Abschluss, Nachsorge und Sanierung durch Rückstellungen, Versicherungen oder in anderer Form sicherstellen. Im Kanton Basel-Landschaft entscheidet gemäss § 23 der kantonalen Verordnung über den Umweltschutz<sup>67</sup> die BUD, wie hoch die voraussichtlichen Kosten für die erforderlichen Abschluss- und Rekultivierungsarbeiten sowie für die Überwachung der Nachsorgephase ausfallen. Diese Kosten hat die BUD bei der Deponie Höli auf insgesamt rund [500 000–1 250 000] Franken geschätzt.<sup>68</sup>

39. Zusätzlich müssen Deponien des Typs B im Kanton Basel-Landschaft Sicherheitsleistungen im Sinne von § 24 USV-BL zur Finanzierung unvorhergesehener möglicher Störfälle wie zum Beispiel der Beeinträchtigung des Grundwassers erbringen. Die BUD legte die Höhe dieser Sicherheitsleistungen bei der Deponie Höli Liestal AG auf [1–2] Millionen Franken fest.<sup>69</sup>

40. Die Deponie Höli Liestal AG selber schätzte den Aufwand für Renaturierung, Aufforstung und Abschluss in ihrem Jahresbericht 2009 auf [1–5] Millionen Franken.<sup>70</sup> Dieser Betrag ist etwas höher als die von der BUD festgelegten Beträge für Abschluss, Rekultivierung, Nachsorge und Sicherheitsleistungen.

41. Die voraussichtlichen Kosten für Abschluss, Nachsorge und Sanierung sowie allfällige Störfälle liegen bei der Deponie Höli entsprechend bei rund [1–5] Millionen Franken.<sup>71</sup> Bei einem Deponievolumen von 3 Millionen

Kubikmetern<sup>72</sup> bzw. 6 Millionen Tonnen entspricht das rund [15–85] Rappen pro Tonne Abfall.

### B.1.2.4 Entsorgungsgenehmigung

#### B.1.2.4.1 Abfallarten gemäss VeVA

42. Die Verordnung über den Verkehr mit Abfällen (VeVA)<sup>73</sup> regelt gemäss Art. 1 Abs. 2 den Inlandverkehr mit Sonderabfällen und anderen kontrollpflichtigen Abfällen sowie den grenzüberschreitenden Verkehr mit allen Abfällen. In Art. 2 Abs. 2 VeVA werden Sonderabfälle, andere kontrollpflichtige Abfälle mit Begleitscheinpflicht und andere kontrollpflichtige Abfälle ohne Begleitscheinpflicht unterschieden. Die Einteilung der verschiedenen Abfallarten ist in einer Verordnung des Eidgenössischen Departements für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation (nachfolgend: UVEK) geregelt.<sup>74</sup> Darin werden sechsstellige sogenannte «VeVA-Codes» für verschiedene Abfallarten definiert. Für jede Abfallart ist ausserdem die Kategorie gemäss Art. 2 Abs. 2 VeVA eingetragen (Sonderabfall, anderer kontrollpflichtiger Abfall mit Begleitscheinpflicht, anderer kontrollpflichtiger Abfall ohne Begleitscheinpflicht).

43. Bei den in der Deponie Höli entsorgten Abfällen handelt es sich teilweise um Abfälle, die weder als Sonderabfälle noch als andere kontrollpflichtige Abfälle gelten (z.B. schwach verschmutztes Aushub- und Ausbruchmaterial, VeVA-Code 17 05 94; vgl. Tabelle 3 unten). Bei einem grossen Teil der in der Deponie Höli entsorgten Abfälle handelt es sich hingegen um andere kontrollpflichtige Abfälle ohne Begleitschein im Sinne von Art. 2 Abs. 2 VeVA (z.B. wenig verschmutztes Aushub- und Ausbruchmaterial, VeVA-Code 17 05 97). In Bezug auf diese kontrollpflichtigen Abfälle regelt die VeVA den Inlandverkehr und sieht insbesondere vor, dass die Entsorgungsunternehmen den Behörden bestimmte Informationen zu den angenommenen kontrollpflichtigen Abfällen zukommen lassen müssen (Art. 12 Abs. 2 VeVA).

<sup>63</sup> Act. IV.8, Beilage 6, Anhang 1, Ziffern II und III.

<sup>64</sup> Gewisse der in Rz 36 aufgelisteten Leistungen sind durch diesen Betrag nicht vollumfänglich gedeckt (vgl. Act. IV.8, Beilage 6, Anhang 1, Ziffer III).

<sup>65</sup> Act. IV.8, Beilage 6, Ziffer 7.

<sup>66</sup> Bundesgesetz über den Umweltschutz vom 7.10.1983 (Umweltschutzgesetz, USG; SR 814.01).

<sup>67</sup> Verordnung über den Umweltschutz vom 24.12.1991 (USV-BL; 780.11).

<sup>68</sup> Im entsprechenden Entscheid der BUD vom 3.11.2009 (Act. II.A.4.2) sind die voraussichtlichen Kosten in Ziffer 2.3 separat für die verschiedenen erforderlichen Arbeiten angegeben.

<sup>69</sup> Act. II.A.4.2, Ziffern 2.6 und 2.7.

<sup>70</sup> Act. IV.15.1.1, S. 4.

<sup>71</sup> Je nach den spezifischen Gegebenheiten fallen diese voraussichtlichen Kosten bei anderen Deponien unterschiedlich aus (vgl. Act. II.A.4.4).

<sup>72</sup> Act. II.A.4.4.

<sup>73</sup> Verordnung über den Verkehr mit Abfällen vom 22.6.2005 (VeVA; SR 814.610).

<sup>74</sup> Verordnung des UVEK über Listen zum Verkehr mit Abfällen vom 18.10.2005 (SR 814.610.1).

#### B.1.2.4.2 EGI

44. Verschiedene Kantone haben zum Vollzug der VeVA eine internetbasierte EDV-Lösung eingeführt, die sogenannte Entsorgungsgenehmigung via Internet (nachfolgend: EGI).<sup>75</sup> Diesem System sind unter anderem die Kantone Basel-Landschaft, Basel-Stadt, Solothurn und Bern angeschlossen. Der Kanton Aargau ist hingegen nicht angeschlossen.<sup>76</sup>

45. Wer Abfälle in einer dem EGI-System angeschlossenen Kanton gelegenen Deponie des Typs B deponieren will, benötigt dazu eine Genehmigung. Ein entsprechendes Gesuch kann kostenlos über das EGI-System gestellt werden.<sup>77</sup> Der Gesuchsteller muss angeben, welche Abfälle in welcher Anlage entsorgt werden sollen. Insbesondere müssen Herkunftsort des Abfalls (identifiziert durch die Gemeindefnummer<sup>78</sup>), Abfallart (identifiziert durch den VeVA-Code, vgl. Rz 42), Abfallmenge sowie der Zeitraum der Anlieferung angegeben werden.<sup>79</sup>

46. Voraussetzung für die Genehmigung des Gesuchs ist die Zustimmung des Herkunftskantons des Abfalls, der Abfallentsorgungsanlage und des Standortkantons der Abfallentsorgungsanlage.<sup>80</sup>

#### B.1.2.4.3 Exporte

47. Gemäss Art. 15 Abs. 1 VeVA ist für die Ausfuhr von Abfällen grundsätzlich eine Bewilligung des BAFU erforderlich. Die Bewilligungspflicht entfällt gemäss Art. 15 Abs. 2 VeVA, falls (i) die Abfälle zur Verwertung ausgeführt werden, (ii) sich die Abfälle auf der grünen Abfallliste des OECD Ratsbeschlusses befinden und (iii) es sich nicht um Abfälle nach Art. 14 Abs. 3 VeVA handelt.

48. Beim überwiegenden Anteil der in der Deponie Höli entsorgten Abfälle handelt es sich um kontrollpflichtige Abfälle oder um Abfälle, die nicht auf der grünen Abfallliste des OECD Ratsbeschlusses aufgeführt sind (vgl. Tabelle 3 unten). Diese Abfälle dürfen folglich nur mit einer Bewilligung des BAFU exportiert werden. Gemäss Art. 17 VeVA bewilligt das BAFU die Ausfuhr von Abfällen nur, wenn diese *nicht* zum Zweck der Ablagerung auf einer Deponie ausgeführt werden. Deshalb darf der überwiegende Anteil der in Deponien des Typs B entsorgten Abfälle *nicht* in ausländischen Deponien entsorgt werden.<sup>81</sup>

49. Eine Ausnahme bilden Abfälle, die in Deponien des Typs A entsorgt werden dürfen. Diese Abfälle dürfen in ausländischen Deponien entsorgt werden.<sup>82</sup> Dabei handelt es sich aber nur um einen geringen Anteil der insgesamt in Deponien des Typs B entsorgten Mengen (vgl. Rz 131).

#### B.1.2.5 Transport

50. Bauabfälle können grundsätzlich mit Kippern oder mit Mulden transportiert werden. Kipper sind Lastwagen, deren Wagenkasten gekippt werden kann. Kipper werden in der Regel innerhalb eines kurzen Zeitraums auf der Baustelle mit den dort angefallenen Abfällen beladen und bringen diese anschliessend direkt zur Deponie. Im Gegensatz dazu können Mulden auf der Baustelle abgestellt werden. Dadurch ist es möglich, die Mulde über einen längeren Zeitraum mit Abfällen zu füllen und sie erst dann abzuholen, wenn sie voll ist.<sup>83</sup>

51. Der Transport mit Kippern ist in der Regel kostengünstiger. Deshalb werden diese Fahrzeuge eingesetzt, wenn ausreichend grosse Abfallmengen anfallen und wenn es die Platzverhältnisse auf der Baustelle zulassen. Sind diese Voraussetzungen nicht erfüllt, kommen in der Regel stattdessen Mulden zum Einsatz.<sup>84</sup> Ein Teil der Entsorgungsunternehmen ist auf den Transport mit Mulden spezialisiert, andere verwenden primär Kipper, wiederum andere bieten beide Transportarten an.<sup>85</sup>

52. Nachfolgend wird die Grössenordnung der Transportkosten relativ zu den Deponiegebühren eingeschätzt. Zu diesem Zweck werden die im Vergleich zur Entsorgung mit Mulden tiefer ausfallenden Transportkosten bei der Entsorgung mit Kipperfahrzeugen herangezogen.

53. Kipperfahrzeuge sind unterschiedlich gross. Insbesondere weil unabhängig von der Grösse des Fahrzeugs ein Fahrer benötigt wird, sinken die Kosten pro Transportkapazität grundsätzlich mit der Grösse des Fahrzeugs. Die grössten regelmässig eingesetzten Kipperlastwagen sind 5-Achser. Die Listenpreise 2021 pro Stunde eines solchen Fahrzeugs betragen in der Region Basel rund 160 Franken.<sup>86</sup> Diese Fahrzeuge werden durchschnittlich mit rund 25 Tonnen Abfällen beladen.<sup>87</sup> Folglich kostet eine Fahrminute pro Tonne rund 11 Rappen. Falls auf der Rückfahrt keine anderen Güter transportiert werden können, müssen zusätzlich die Kosten für die Rückfahrt berücksichtigt werden. Entsprechend betragen die Kosten für die in Fahrminuten gemessene Entfernung zwischen Baustelle und Deponie in diesem Fall rund 21 Rappen pro Tonne.<sup>88</sup>

54. Dabei ist allerdings zu berücksichtigen, dass die Abfälle zusätzlich auf- und wieder abgeladen werden müssen. Diese dafür anfallenden Kosten sind unabhängig von der Entfernung zwischen Baustelle und Deponie. Ausserdem fallen die Transportkosten pro Tonne wesentlich höher aus, wenn geringe Abfallmengen entsorgt werden müssen. In diesem Fall können keine grossen Kipperfahrzeuge eingesetzt werden.

<sup>75</sup> Act. IV.8, Rz 68 und Beilage 33.

<sup>76</sup> Act. IV.8, Beilage 33; Act. II.A.18.2, Antwort auf Frage 2.

<sup>77</sup> Act. II.A.18.2, Antwort auf Frage 2.

<sup>78</sup> Das Bundesamt für Statistik ordnet jeder Gemeinde der Schweiz eine Nummer zu. Der Herkunftsort der Abfälle wird im EGI-System anhand dieser Nummer identifiziert (Act. II.A.18.2, Antwort auf Frage 1).

<sup>79</sup> Act. IV.8, Beilage 33, S. 17.

<sup>80</sup> Act. II.A.18.2, Antwort auf Frage 2 sowie Act. IV.8, Beilage 33.

<sup>81</sup> Vgl. Act. II.A.1.11, S. 6 f.

<sup>82</sup> Act. II.A.1.11, S. 6; vgl. auch Act. III.3, Zeilen 199–201.

<sup>83</sup> Act. III.5, Zeilen 91–105.

<sup>84</sup> Act. III.5, Zeilen 91–117.

<sup>85</sup> Act. III.5, Zeilen 88–90 sowie 119–122.

<sup>86</sup> Vgl. z.B. den Listenpreis der haböe AG von 160 Franken pro Stunde (<haboe.ch/wp-content/uploads/haboe\_preisliste\_2021.pdf>, 25.7.2022) oder der Meyer-Spinnler AG von 165 Franken pro Stunde (<meyer-spinnler.ch/site/assets/files/1073/preisliste\_kms\_2021.pdf>, 25.7.2022).

<sup>87</sup> Act. III.4, Zeile 294.

<sup>88</sup> Zur Berechnung der Transportkosten beim Transport mit Kipperfahrzeugen vgl. Act. III.4, Zeilen 282–295 sowie Beilage 4.

55. Die in Fahrminuten gemessene Entfernung zwischen der Deponie Höli und den Baustellen, aus welchen die in der Deponie Höli entsorgten Abfälle stammen, ist unten in Abbildung 3 dargestellt. Daraus geht hervor, dass viele Abfälle aus der Stadt Basel stammen, die etwa 34 Fahrminuten von der Deponie Höli entfernt ist. Der Transport von Bauabfällen über diese Distanz kostet zum Beispiel rund Fr. 7.25 pro Tonne (34 Fahrminuten multipliziert mit 21 Rappen pro Fahrminute), zuzüglich der Kosten für Auf- und Abladen. Im Vergleich dazu waren die von Nichtaktionären bezahlten Listenpreise der Deponie Höli Liestal AG im Jahr 2021 mit 45 Franken pro Tonne (inkl. VASA-Gebühr) deutlich höher.<sup>89</sup>

56. Damit konsistent sind die von [N5] eingereichten Offerten. [N5] ist der Geschäftsführer der [F1], welche in den Bereichen Logistik, Transportwesen, Entsorgung, [...] tätig ist.<sup>90</sup> Er reichte Beispiele von Offerten ein, bei welchen die [F1] sowohl den Transport als auch die Entsorgung von Abfällen des Typs B anbot.<sup>91</sup> Es handelt sich insgesamt um 19 Beispiele. Bei jedem sind die offerierten Transportkosten und die Deponiegebühren separat angegeben. Gemäss der Aussage von [N5] wurden die Beispiele so ausgewählt, dass es sich um relativ neue Offerten handle.<sup>92</sup> Bei jedem der 19 Beispiele machen die Deponiegebühren mehr als 75 % der Gesamtkosten bestehend aus Transportkosten und Deponiegebühren aus.

57. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Transportkosten pro Tonne unterschiedlich hoch ausfallen je nach Entfernung zwischen Baustelle und Deponie, je nach der zu entsorgenden Menge und je nachdem, ob auf der Rückfahrt andere Güter transportiert werden können. Deshalb ist der Anteil der Deponiegebühren an der Summe von Transportkosten und Deponiegebühren je nach Projekt unterschiedlich hoch. Trotzdem steht fest, dass die Deponiegebühren im Vergleich zu den Transportkosten eine relevante Grössenordnung annehmen.<sup>93</sup>

#### B.1.2.6 Grundsatz der Verwertungspflicht nach dem Stand der Technik

58. Seit Inkrafttreten der VVEA<sup>94</sup> am 1. Januar 2016 gilt der Grundsatz der Verwertungspflicht nach dem Stand der Technik (Art. 12 VVEA).<sup>95</sup> Demnach müssen Abfälle verwertet werden, wenn die Verwertung die Umwelt weniger belastet als eine andere Entsorgung und die Herstellung neuer Produkte oder die Beschaffung anderer Brennstoffe. Gemäss Art. 16 Abs. 1 VVEA muss ein Entsorgungskonzept bei Bauarbeiten erstellt werden, bei welchen voraussichtlich mehr als 200 Kubikmeter Bauabfälle anfallen oder bei welchen besonders gefährliche Arten von Bauabfällen anfallen. Darin ist anzugeben, welche Arten von Bauabfällen voraussichtlich anfallen und wie diese entsorgt werden sollen. Gemäss dem Modul «Bauabfälle» der Vollzugshilfe des BAFU zur VVEA sind bestimmte Arten von Bauabfällen «grundsätzlich» der Verwertung zuzuführen. Selbst bei diesen Abfällen handelt es sich aber gemäss BAFU bei der Verwertungspflicht lediglich um einen Grundsatz, von dem bei Vorliegen guter Gründe abgewichen werden kann: «Wenn entgegen der Verwertungspflicht eine direkte Ablagerung von Abfällen vorgesehen ist, ist dies im Entsorgungskonzept zu begründen. Dabei sind die tech-

nischen, wirtschaftlichen, umwelt- und gesundheitsrelevanten Aspekte gegeneinander abzuwägen.»<sup>96</sup> Demnach können die für die Beurteilung der Baubewilligungsgesuche zuständigen kantonalen Behörden bei der Beurteilung, ob Bauabfälle deponiert werden dürfen, auch wirtschaftliche Kriterien berücksichtigen.

59. Wenn die Wiederverwertung zu im Vergleich zur Deponierung ähnlichen Kosten möglich ist, ist davon auszugehen, dass die kantonalen Behörden in der Regel eine solche verlangen, weil bei den meisten Bauabfällen die umweltrelevanten Aspekte eher für eine Wiederverwertung sprechen.<sup>97</sup> Werden hingegen Abfälle deponiert, bei welchen eine Wiederverwertung technisch möglich wäre, ist in der Regel davon auszugehen, dass eine solche aus wirtschaftlichen Gründen keine gangbare Alternative zur Deponierung war. Andernfalls hätten die kantonalen Behörden die Entsorgung kaum bewilligt.

60. Insbesondere weil der Grundsatz der Verwertungspflicht nach dem Stand der Technik erst seit Inkrafttreten der VVEA am 1. Januar 2016 gilt, muss trotzdem genauer untersucht werden, ob und in welchem Ausmass die Wiederverwertung eine Alternative zur Deponierung war. Zu diesem Zweck wird im folgenden Abschnitt untersucht, unter welchen Umständen die Wiederverwertung aus Sicht der Unternehmen, die Bauabfälle entsorgen müssen, grundsätzlich eine Alternative zur Entsorgung in einer Deponie des Typs B darstellt (Rz 61 ff.). Anschliessend wird geprüft, welche Bedeutung die Wiederverwertung als Alternative zur Deponierung vorliegend konkret hatte, namentlich welcher Anteil der deponierten Abfälle zu ähnlichen Kosten hätte wiederverwertet werden können (Rz 75 ff.). Die entsprechenden Ergebnisse sind insbesondere für die sachliche Marktabgrenzung und damit auch für die Beurteilung der Marktstellung der Deponie Höli Liestal AG relevant (Rz 321 ff.).

<sup>89</sup> Act. IV.8, Rz 33.

<sup>90</sup> Act. III.4, Zeilen 82–83.

<sup>91</sup> Act. III.4, Beilagen 3 und 4.

<sup>92</sup> Act. III.4, Zeile 281.

<sup>93</sup> Gemäss [N1] sind die Transportkosten «deutlich wichtiger» als die Deponiegebühren (Act. III.2, Zeile 369). Auf manche Projekte dürfte diese Einschätzung zutreffen, jedenfalls wenn bezüglich der Deponiegebühren statt dem Listenpreis der Aktionspreis zur Anwendung kommt.

<sup>94</sup> Verordnung über die Vermeidung und die Entsorgung von Abfällen vom 4.12.2015 (Abfallverordnung, VVEA; SR 814.600).

<sup>95</sup> Der in Art. 12 VVEA festgehaltene Grundsatz wird in den nachfolgenden Artikeln der VVEA für bestimmte Abfallarten konkretisiert.

<sup>96</sup> Modul «Bauabfälle» der Vollzugshilfe des BAFU zur VVEA, S. 13. Verfügbar unter <[www.bafu.admin.ch/bafu/de/home/themen/abfall/publikationen-studien/publikationen/modul-bauabfaelle.html](http://www.bafu.admin.ch/bafu/de/home/themen/abfall/publikationen-studien/publikationen/modul-bauabfaelle.html)> (12.8.2022).

<sup>97</sup> Vgl. den Bericht der Carbotech AG im Auftrag des BAFU «Ökologische Beurteilung der Verwertung von Bauabfällen» vom August 2021, erhältlich auf der Internetseite des BAFU <[www.bafu.admin.ch/bafu/de/home/themen/abfall/publikationen-studien/studien.html](http://www.bafu.admin.ch/bafu/de/home/themen/abfall/publikationen-studien/studien.html)>

(13.10.2022). Im Bericht wird der Umweltnutzen der Wiederverwertung im Vergleich zur Deponierung bei den meisten Bauabfällen als positiv eingeschätzt. Allerdings kann der Umweltnutzen in Einzelfällen auch negativ ausfallen, zum Beispiel wenn die Transportdistanzen bei der Wiederverwertung wesentlich höher ausfallen als bei der Deponierung.

### B.1.2.7 Wiederverwertung als Alternative zur Deponierung

#### B.1.2.7.1 Einleitung

61. Damit in Deponien des Typs B entsorgte Abfälle wiederverwertet werden können, muss eine Wiederverwertung technisch möglich sein. Je nach Abfallart gibt es diesbezüglich heute verschiedene Alternativen, die aber teilweise spezielle Anlagen voraussetzen und hohe Kosten verursachen. So handelt es sich zum Beispiel bei einem grossen Teil der in der Deponie Höli entsorgten Abfälle um verschmutztes Aushubmaterial (vgl. Tabelle 3 unten). Zur Aufbereitung dieser Abfälle sind Aushubwaschanlagen erforderlich. Im Kanton Basel-Landschaft war Stand 2021 erst eine solche Anlage in Betrieb.<sup>98</sup>

62. Trotzdem scheitert die Wiederverwertung oft nicht an den fehlenden technischen Möglichkeiten, sondern daran, dass die entsprechenden Kosten im Vergleich zur Deponierung höher ausfallen. Dabei sind die Kosten des Unternehmens massgebend, welches darüber entscheidet, ob die Abfälle deponiert oder wiederverwertet werden. Muss zum Beispiel ein Bauunternehmen Mischabbruch entsorgen, wird diese die Kosten der Deponierung mit den Annahmepreisen für Mischabbruch der Aufbereitungsanlagen verglichen. Dabei wird sie auch allfällige Unterschiede in Bezug auf die Transportkosten berücksichtigen. Das Bauunternehmen wird den Mischabbruch nur dann der Wiederverwertung zuführen, wenn die entsprechenden Kosten mit denjenigen der Deponierung vergleichbar sind.<sup>99</sup>

63. Die Aufbereitungsanlagen ihrerseits müssen bei der Festlegung der Annahmepreise für Bauabfälle einerseits die Kosten für Beschaffung und Betrieb ihrer Anlagen berücksichtigen. Zusätzlich spielt aber auch der Marktpreis der von ihnen hergestellten Produkte (nachfolgend: RC-Produkte) eine Rolle. Wenn zum Beispiel eine Aufbereitungsanlage für das von ihr hergestellte Mischabbruchgranulat auf dem Markt einen hohen Preis erzielt, wird sie bereit sein, Mischabbruch zu relativ tiefen Preisen entgegenzunehmen. Kann sie hingegen das Mischabbruchgranulat gar nicht oder nur zu tiefen Preisen verkaufen, ist die Anlage möglicherweise nicht bereit, diesen Bauabfall entgegenzunehmen oder sie wird jedenfalls für die Entgegennahme hohe Preise verlangen. Der Grund dafür ist folgender: Besteht überhaupt keine Nachfrage nach einem bestimmten RC-Produkt, müssten die hergestellten RC-Produkte im Extremfall letztlich in einer Deponie entsorgt werden. Um dieses Risiko abdecken zu können, muss die Aufbereitungsanlage in diesem Fall einen Annahmepreis verlangen, der deutlich über den eigentlichen Kosten des Wiederverwertungsprozesses liegt. Folglich hat neben den Kosten des eigentlichen Wiederverwertungsprozesses insbesondere auch die Nachfrage nach RC-Produkten einen Einfluss darauf, ob die Wiederverwertung eine gleichwertige Alternative zur Deponierung darstellt.<sup>100</sup>

64. Nachfolgend werden aus diesem Grund zunächst die Kosten der Aufbereitung von Bauabfällen eingeschätzt (Rz 65 ff.). Anschliessend wird die Nachfrage nach RC-Produkten untersucht (Rz 69 ff.). Auf dieser Grundlage kann beurteilt werden, unter welchen Umständen die Wiederverwertung aus Sicht der für die Entsorgung der

Abfälle verantwortlichen Unternehmen eine gangbare Alternative zur Deponierung gewesen wäre.

#### B.1.2.7.2 Kosten der Aufbereitung von Bauabfällen

65. Die bei der Aufbereitung von Abfällen entstehenden Kosten sind je nach Abfallart unterschiedlich hoch. Insbesondere der verwertbare Anteil, die Art und Menge der enthaltenen Schadstoffe sowie das erforderliche Aufbereitungsverfahren beeinflussen die Höhe dieser Kosten.<sup>101</sup>

66. Gemäss Schätzungen des Kantons Basel-Landschaft liegen die Kosten einer «*einfachen Aufbereitung*» bei «*mineralischen Rückbaustoffen*» bei rund 15–20 Franken pro Tonne. Zu den mineralischen Rückbaustoffen gehören insbesondere Mischabbruch (VeVA-Code 17 01 07) und Mineralien (VeVA-Code 19 12 09) (vgl. Tabelle 3 unten für deren Anteil an den in der Deponie Höli bewilligten Mengen).

67. Im Vergleich dazu fallen die entsprechenden Kosten bei belastetem Aushubmaterial wesentlich höher aus. Gemäss Schätzungen des Kantons Basel-Landschaft liegen diese selbst bei schwach belastetem Aushubmaterial mit geringem Feinanteil bei rund 15–50 Franken pro Tonne. Mit zunehmender Schadstoffbelastung und zunehmendem Feinanteil können diese Kosten auf über 100 Franken pro Tonne ansteigen.<sup>102</sup>

68. Bei manchen Abfallarten sind also die Kosten der Aufbereitung derart hoch, dass sich selbst bei grosser Nachfrage nach den aufbereiteten RC-Produkten eine Wiederverwertung im Vergleich zur Deponierung kaum lohnt. Bei solchen Abfällen stellt deshalb die Wiederverwertung keine gleichwertige Alternative zur Deponierung dar.

#### B.1.2.7.3 Nachfrage nach RC-Produkten

69. Ähnlich wie bei den Kosten der Aufbereitung fallen auch die Nachfrage nach RC-Produkten und damit auch die entsprechenden Marktpreise je nach Produkt unterschiedlich hoch aus. So variiert zum Beispiel der Listenpreis der Vigier-Gruppe für die Region Basel und das Laufental des Jahres 2019 für eine Tonne recycelter Gesteinskörnungen je nach Art zwischen 4 Franken (Mischabbruchgemisch) und Fr. 20.30 (RC-Kiessand).<sup>103</sup>

<sup>98</sup> Act. II.A.4.1, Antwort auf Frage 5.2.

<sup>99</sup> Falls die Baubewilligung die Wiederverwertung vorschreibt, muss diese unabhängig von den entsprechenden Kosten vorgenommen werden.

<sup>100</sup> Vgl. dazu die Vorbringen der Deponie Höli Liestal AG, wonach für RC-Produkte oft keine Abnehmerinnen oder Abnehmer zu finden seien. Grund dafür sei unter anderem, dass aus Primärmaterial hergestellte für die gleichen Verwendungszwecke einsetzbare Produkte günstiger seien als RC-Produkte (Rz 64 f. der Selbstanzeige, Act. IV.8 sowie Zeilen 156–172 von Act. III.2).

<sup>101</sup> Act. II.A.4.1, Antwort auf Frage 5.3.

<sup>102</sup> Act. II.A.4.1, Antwort auf Frage 5.3.

<sup>103</sup> <[www.vigier-beton-nordwest.ch/sites/default/files/2020-11/P43037\\_Vigier\\_PL\\_Basel\\_GZD%20%282%29.pdf](http://www.vigier-beton-nordwest.ch/sites/default/files/2020-11/P43037_Vigier_PL_Basel_GZD%20%282%29.pdf)> (17.5.2022). Dabei ist zu beachten, dass die tatsächlich erzielten Preise insbesondere bei grösseren Bezugsmengen in der Regel unter den Listenpreisen liegen. In der erwähnten Preisliste ist zwar ein Listenpreis für die Annahme von Mischabbruch enthalten. Dieser bezieht sich aber nur auf nichtwiederverwertbaren Mischabbruch. Hingegen enthält die Preisliste keinen Eintrag für wiederverwertbaren Mischabbruch, was auf ein geringes Interesse an der Annahme solcher Abfälle hindeutet.



70. Jedenfalls sind die Preise der RC-Produkte nicht ausreichend hoch, dass sich die Wiederverwertung in jedem Fall lohnen würde. Wenn der eigentliche Wiederverwertungsprozess zum Beispiel 50 Franken kostet und das hergestellte Produkt nur für 5 Franken verkauft werden kann, müsste die Aufbereitungsanlage einen Annahmepreis von mindestens 45 Franken pro Tonne verlangen, um keine Verluste zu erleiden. Weil die Gebühren der Deponie Höli Liestal AG im Zeitraum 2010–2021 selbst für Nichtaktionäre nie 45 Franken pro Tonne überschritten, wäre deshalb die Wiederverwertung im Beispiel keine gleichwertige Alternative.

71. Ungeachtet des Preises wäre es je nach Abfallart insbesondere am Anfang des Zeitraums 2010–2021 kaum möglich gewesen, grosse zusätzliche Mengen an RC-Produkten zu verkaufen.<sup>104</sup> Deshalb wäre es auch nicht möglich gewesen, beliebig grosse Mengen an Bauabfällen über Wiederverwertungsanlagen zu entsorgen.

72. Insbesondere bei Abfallarten, wie zum Beispiel verschmutztem Aushub, bei welchen die Aufbereitung teuer und die Absatzmöglichkeiten beschränkt sind, war die Wiederverwertung aus diesen Gründen jedenfalls für einen grossen Teil der deponierten Abfälle keine äquivalente Alternative.

#### B.1.2.7.4 Transportkosten

73. Zusätzlich zu den Kosten der Aufbereitung und der Nachfrage nach RC-Produkten ist zu berücksichtigen, dass sich die bei der Deponierung eines bestimmten Abfalls entstehenden Transportkosten von den bei der Wiederverwertung des gleichen Abfalls anfallenden Transportkosten unterscheiden können. Auch diesbezüglich sind aber keine generellen Aussagen möglich. Wird ein Abfall deponiert, sind die Transportkosten im Wesentlichen von der Fahrzeit zwischen der Baustelle und der Deponie sowie von allfälligen Möglichkeiten abhängig, auf dem Rückweg andere Güter zu transportieren. Wird ein Abfall wiederverwertet, geschieht dies entweder direkt auf der Baustelle oder mit einem Umweg über eine Aufbereitungsanlage.<sup>105</sup> Anschliessend müssen die hergestellten RC-Produkte auf die Baustelle gebracht werden, auf welcher sie eingesetzt werden sollen. Deshalb können die Transportkosten bei einer Deponierung im Vergleich zu den bei der Wiederverwertung anfallenden Transportkosten insbesondere je nach Abfallart sowie je nach Lage der relevanten Baustellen, Aufbereitungsanlagen und Deponien unterschiedlich hoch ausfallen.

#### B.1.2.7.5 Zwischenergebnis

74. Die technischen Möglichkeiten, die Kosten der Aufbereitung, die Nachfrage nach RC-Produkten sowie die Transportkosten unterscheiden sich je nach Abfallart und Standort der Baustellen, Aufbereitungsanlagen und Deponien stark. Daher können die Kosten der Wiederverwertung für die in der Deponie Höli im Zeitraum 2010–2021 entsorgten Abfälle nicht genau bestimmt werden. Deshalb ist es auch nicht möglich, den genauen Anteil der Abfälle zu bestimmen, bei welchem eine Wiederverwertung zu vergleichbaren Kosten möglich gewesen wäre. Im nachfolgenden Kapitel wird die Grössenordnung dieses Anteils anhand der vorliegenden Be-

weismittel eingeschätzt. Dabei ist nur der Anteil der wiederverwertbaren Abfälle des Typs B von Interesse, nicht aber der Anteil wiederverwertbarer Abfälle des Typs A.<sup>106</sup>

### B.1.2.8 Anteil der wiederverwertbaren Abfälle Typ B

#### B.1.2.8.1 Einleitung

75. Vorliegend steht fest, dass im Zeitraum 2010–2021 in den Deponien des Typs B im Raum Basel jedenfalls teilweise Abfälle entsorgt wurden, die aus rein technischer Sicht hätten wiederverwertet werden können (z.B. Mischabbruch). Wären die Nettokosten der Wiederverwertung im Vergleich zu den Kosten der Deponierung tiefer oder ähnlich hoch ausgefallen, wären diese Abfälle kaum deponiert worden. Dies gilt insbesondere für den Zeitraum nach 2016, da die VVEA ab diesem Zeitpunkt eine grundsätzliche Verwertungspflicht vorsieht (vgl. Rz 58 ff.). Deshalb ist davon auszugehen, dass jedenfalls bei einem grossen Teil dieser Abfälle die Kosten der Wiederverwertung diejenigen der Deponierung überstiegen hätten oder keine ausreichende Nachfrage nach RC-Produkten bestand. Aus diesen Gründen war die Wiederverwertung selbst bei aus rein technischer Sicht wiederverwertbaren Abfällen regelmässig keine wirtschaftlich gleichwertige Alternative zur Deponierung. Diese Abfälle werden nachfolgend als «*nichtwiederverwertbare Abfälle Typ B*» bezeichnet.

76. Bei einem kleineren Anteil der in den Deponien des Typs B der Region Basel entsorgten Abfälle ist es hingegen möglich, dass die Wiederverwertung im Vergleich zur Deponierung zu ähnlichen Kosten möglich gewesen wäre. Diese Abfälle werden nachfolgend als «*wiederverwertbare Abfälle Typ B*» bezeichnet. Wie erwähnt, kann deren Anteil an den insgesamt deponierten Abfällen des Typs B nicht genau quantifiziert werden (Rz 61 ff.). Nachfolgend wird deshalb die Grössenordnung dieses Anteils geschätzt. Dazu stützt sich die Behörde auf einen im Auftrag des Kantons Basel-Landschaft erstellten Bericht (Rz 77 ff.), auf Angaben der Deponie Höli Liestal AG (Rz 84 ff.), auf Angaben des Kantons Basel-Landschaft (Rz 93 f.) sowie auf Zeugnisaussagen (Rz 95 ff.).

#### B.1.2.8.2 Bericht Züst

77. Der Kanton Basel-Landschaft hat sich im Rahmen der Erarbeitung einer Recycling-Strategie unter anderem mit der Frage beschäftigt, welche der in den Deponien des Typs B der Region entsorgten Abfälle wiederverwertet werden könnten. Den Auftrag zur Erarbeitung der

<sup>104</sup> Vgl. z.B. die Studie «*Mischabbruchverwertung in der Schweiz*» der Energie- und Ressourcen-Management GmbH im Auftrag des BAFU, Februar 2020, erhältlich auf der Internetseite des BAFU <[www.bafu.admin.ch/bafu/de/home/themen/abfall/publikationen-studien/studien.html](http://www.bafu.admin.ch/bafu/de/home/themen/abfall/publikationen-studien/studien.html)> (13.10.2022). Gemäss der Studie beklagte die Branche selbst im Jahr 2020 Schwierigkeiten, «*die aufbereiteten Mischabbruchgranulate in den Baustoffmarkt zurückzuführen*» (S. 7).

<sup>105</sup> Vgl. Act.II.A.4.1, Antwort auf Frage 5.1.

<sup>106</sup> Bei den Abfällen des Typs A erübrigt sich eine nähere Untersuchung der Wiederverwertung, weil die Deponie Höli Liestal AG in Bezug auf diese Abfälle nur eine sehr schwache Marktstellung einnimmt (vgl. Rz 152 f.).

genannten Recycling-Strategie erteilte der Kanton Basel-Landschaft der Züst Engineering AG. Zur Begleitung der entsprechenden Arbeiten wurde eine Projektgruppe eingesetzt, welcher verschiedene Vertreter der betroffenen Wirtschaftsbereiche einschliesslich dreier Verwaltungsräte der Deponie Höli Liestal AG angehörten. Die Deponie Höli Liestal AG reichte einen Entwurf eines am 18. Juni 2019 datierten Berichts sowie eine kürzere auf den 18. Juni 2019 datierte Version des Berichts zur erwähnten Recyclingstrategie ein.<sup>107</sup> Das Sekretariat hat bei der Züst Engineering AG die neueste Version des erwähnten Berichts angefordert<sup>108</sup> und zu den Akten genommen.<sup>109</sup> Diese ist auf den 13. August 2019 datiert. In Bezug auf den vorliegend relevanten Sachverhalt weisen die 3 vorliegenden Versionen des erwähnten Berichts keine wesentlichen Unterschiede auf. Deshalb wird nachfolgend jeweils lediglich auf die neueste Version des Berichts verwiesen (Bericht Züst).

78. Der Bericht Züst enthält eine Schätzung in Bezug auf die in Deponien des Typs B im Kanton Basel-Landschaft deponierten Abfallmengen, die stattdessen innerhalb von 2–8 Jahren wiederverwertet werden könnten. Stand dieser Schätzung ist das Jahr 2017. Es handle sich dabei um jährlich rund 230 000 Tonnen. Innerhalb von 10–12 Jahren ab 2017 sei sogar eine Reduktion um bis zu 300 000 Tonnen möglich. Diese Reduktion entspreche rund 30 % des Deponievolumens Stand 2017.<sup>110</sup>

79. Gemäss Bericht Züst wäre die innerhalb von 2–8 Jahren erreichbare Reduktion um 230 000 Tonnen folgendermassen realisierbar:<sup>111</sup>

- Zusätzlich könnten rund 80 000 Tonnen Mischabbruch zu «MB-Granulat» verarbeitet werden. Die dazu erforderlichen Anlagen seien bereits 2017 vorhanden.<sup>112</sup>
- 50 000 Tonnen an unverschmutztem in Deponien des Typs B entsorgtem Material könnten anderweitig entsorgt werden.
- 100 000 Tonnen wenig oder schwach verschmutzter Aushub könnten gewaschen werden. Die dazu erforderlichen Anlagen zur Bodenwäsche gebe es 2017 in der Region Basel noch nicht, es seien aber Anlagen in Planung.

80. Stand 2021 gibt es in der Region Basel eine Bodenwaschanlage und weitere sind in Planung.<sup>113</sup> Trotzdem spielte die Bodenwäsche im Zeitraum 2010–2021 keine wesentliche Rolle als Ausweichmöglichkeit zur Deponierung in den Deponien des Typs B, da erst ganz am Schluss dieses Zeitraums eine solche Anlage zur Verfügung stand.

81. Demnach konnte von dem im Zeitraum 2010–2021 in den Deponien des Typs B des Kantons Basel-Landschaft entsorgten Material, welches nicht in Deponien des Typs A entsorgt werden kann (Abfälle des Typs B), im Wesentlichen nur Mischabbruch wiederverwertet werden. Gemäss Bericht Züst läge also das gesamte realisierbare Potenzial bei den Abfällen des Typs B bei 80 000 Tonnen Mischabbruch. Im Bezugsjahr des Berichts Züst (2017) wurden in den 4 Deponien des Typs B im Kanton Basel-Landschaft mehr als 800 000 Tonnen Abfälle entsorgt.<sup>114</sup> Da der Bericht Züst eine Prognose für die 2–8 auf 2017 folgenden Jahre abgibt, läge dem-

nach der allenfalls wiederverwertbare Anteil in den 2–8 auf das Jahr 2017 folgenden Jahren bei unter 10 %.

82. Ausserdem bedingt die Ausschöpfung dieses Potenzials gemäss Bericht Züst eine Verbesserung der Rahmenbedingungen im Vergleich zum Bezugsjahr 2017.<sup>115</sup> Folglich konnte das im Bericht Züst genannte Potenzial der Wiederverwertung im Umfang von rund 10 % im Zeitraum 2010–2017 jedenfalls nicht vollständig ausgeschöpft werden, weil die im Bericht Züst genannten Verbesserungen der Rahmenbedingungen jedenfalls in diesem Zeitraum noch nicht realisiert waren.

83. In Bezug auf den vorliegend relevanten Zeitraum von 2010–2021 ist gemäss Bericht Züst deshalb davon auszugehen, dass maximal rund 10 % der in den Deponien des Typs B des Kantons Basel-Landschaft entsorgten Abfälle des Typs B zu vergleichbaren Kosten hätten wiederverwertet werden können.

### B.1.2.8.3 Angaben der Deponie Höli Liestal AG

84. Die Deponie Höli Liestal AG teilte dem zuständigen Regierungsrat des Kantons Basel-Landschaft mit Schreiben vom 20. August 2019 Folgendes mit: [Seit geraumer Zeit vertrete das Amt für Umwelt und Energie des Kantons Basel-Landschaft (nachfolgend: AUE) die Auffassung, dass das von den Deponien zur Verfügung gestellte Deponievolumen oder Deponiepreise ursächlich dafür seien, dass das Recycling nicht in Gang komme. Diese These stelle schlicht und einfach Unsinn dar. Die meisten Bauunternehmer (auch die Aktionärinnen der Deponie Höli Liestal AG) würden das Recycling vorantreiben. Was technisch und wirtschaftlich wiederverwertbar sei, werde wiederverwertet. Das Problem sei nicht, dass zu wenig wiederverwertbares Material vorhanden wäre, sondern dass der Markt das bei den Unternehmen auf der Halde liegende Material nicht abnehme].<sup>116</sup>

85. Die Deponie Höli Liestal AG bringt damit zum Ausdruck, dass Stand 2019 die bei ihr entsorgten Abfälle nicht zu vergleichbaren Kosten wiederverwertet werden könnten. Grund dafür sei, dass die Nachfrage nach RC-Produkten nicht ausreichend gross sei. Gemäss dieser Einschätzung ist der Anteil der wiederverwertbaren Abfälle des Typs B folglich vernachlässigbar klein.

<sup>107</sup> Beilage 31 der Selbstanzeige (Act.IV.8).

<sup>108</sup> Act.II.B.1.

<sup>109</sup> Act.II.B.2.

<sup>110</sup> Act.II.B.2, S. 2 des Berichts vom 13.8.2019. Im Bericht ist jeweils von der «Region Basel» die Rede. Weil es im massgebenden Zeitraum weder im Kanton Basel-Stadt noch im Aargauischen Fricktal, noch in den Solothurnischen Bezirken Thierstein oder Dorneck eine Deponie des Typs B gab (vgl. Rz 123), handelt es sich bei den in der Region Basel gelegenen Deponien des Typs B um die faktisch im Kanton Basel-Landschaft gelegenen Deponien des Typs B.

<sup>111</sup> Act.II.B.2, S. 2 ff. des Berichts vom 13.8.2019.

<sup>112</sup> Zum Vergleich: Allein in der Deponie Höli wurden gemäss EGI-Daten im Jahr 2017 mehr als [100 000–200 000] Tonnen an Mischabbruch zur Deponierung freigegeben (Act. II.A.10).

<sup>113</sup> Act.II.A.4.1, S.4.

<sup>114</sup> Act.II.A.4.5.

<sup>115</sup> Act.II.B.2, S. 5 ff. des Berichts vom 13.8.2019.

<sup>116</sup> Act. IV.8, Beilage 12, S. 6.

86. Die Deponie Höli Liestal AG reichte das erwähnte Schreiben im Rahmen ihrer Selbstanzeige ein. Darin äussert sie sich auch an anderer Stelle in einem ähnlichen Sinne: [In den Einvernahmen sei darauf hingewiesen worden, dass Recycling zwar erwünscht und von den Aktionärinnen der Deponie Höli Liestal AG auch vorangetrieben würde, aber für Recyclingmaterialien oftmals keine Abnehmer zu finden seien. Die Studie von züst engineering zeige auf, dass die tieferen Aktionärspreise in der Ist-Situation keinen Einfluss auf den Einsatz von Mischabbruchgranulat in der Region hätten bzw. höhere Deponiepreise einen höheren Einsatz von Mischabbruchgranulat nicht forcieren könnten].<sup>117</sup>

87. Demnach scheitert die Wiederverwertung oftmals nicht an den technischen Möglichkeiten oder den Kosten der Aufbereitung der Bauabfälle, sondern an der fehlenden Nachfrage nach RC-Produkten.<sup>118</sup> Diese würde sich jedenfalls bei Mischabbruch selbst dann nicht wesentlich verändern, wenn die Deponierung im Vergleich zur Wiederverwertung aufgrund höherer Deponiepreise weniger attraktiv wäre. Deshalb ist der Anteil der wiederverwertbaren Abfälle des Typs B auch gemäss dieser Aussage gering.

88. Damit konsistent sind die Aussagen von [N1], Geschäftsführer [einer Aktionärin] und seit [...] Verwaltungsrat der Deponie Höli Liestal AG. Danach sei es zwar technisch möglich, mehr Recyclingmaterial zu verwenden, als heute der Fall ist. Heute gebe es aber keinen Anreiz dazu, weil nicht recyceltes Material günstiger sei als recyceltes Material.<sup>119</sup> Auch [N3] äusserte sich in diesem Sinne.<sup>120</sup> Gemäss diesen Aussagen ist es also Stand 2021 nicht möglich, die deponierten Abfälle des Typs B zu vergleichbaren Kosten wiederzuverwerten und die hergestellten RC-Produkte zu verkaufen.

89. Ebenfalls damit konsistent sind verschiedene Aussagen von Vertretern der Deponie Höli Liestal AG, wonach die deponierten Mengen nicht wesentlich auf eine Erhöhung der Deponiepreise reagieren würden (vgl. Rz 194 ff.). Steigt der Deponiepreis, wird die Wiederverwertung im Vergleich zur Deponierung attraktiver. Hat eine solche Veränderung keinen Einfluss auf die deponierte Menge, ist das ein Indiz dafür, dass der Anteil der wiederverwertbaren Abfälle des Typs B gering ist.

90. In ihrer Stellungnahme zum Antrag des Sekretariats behauptet die Deponie Höli Liestal AG hingegen, der Anteil der im Zeitraum 2010–2021 in Deponien des Typs B entsorgten Abfälle, der zu vergleichbaren Kosten hätte wiederverwertet werden können, übersteige 30 %.<sup>121</sup> Die Deponie Höli Liestal AG stützt sich dabei im Wesentlichen auf die in Tabelle 3 (Rz 130) vorgenommene Auflistung der verschiedenen in der Deponie Höli entsorgten Abfallarten. Abfallarten, die grundsätzlich wiederverwertet werden können, haben einen Anteil von mehr als 30 % an den insgesamt in der Deponie Höli entsorgten Mengen. Trotzdem kann aus dieser Tatsache aus den folgenden Gründen nicht geschlossen werden, dass mehr als 30 % der in der Deponie Höli entsorgten Abfälle zu vergleichbaren Kosten hätten wiederverwertet werden können:

- Abfälle mit identischem Abfalltyp gemäss dem in Tabelle 3 verwendeten «VeVA-Code» (vgl. Rz 42) sind in Bezug auf die für die Wiederverwertung rele-

vanten Eigenschaften (z.B. Feinstaubanteil) teilweise stark unterschiedlich (vgl. Rz 65 ff.). Abfälle, bei welchen die Kosten der Aufbereitung besonders hoch ausfallen (z.B. wegen eines hohen Feinstaubanteils), werden mit besonders grosser Wahrscheinlichkeit deponiert. Deshalb ist davon auszugehen, dass die Kosten der Aufbereitung bei den deponierten Abfällen im Vergleich zu den wiederverwerteten Abfällen mit gleichem VeVA-Code höher ausfallen.

- Wie bereits dargelegt (Rz 61 ff.), sind nicht nur die Kosten der Aufbereitung dafür massgebend, ob Abfälle zu vergleichbaren Kosten wiederverwertet werden können. Zusätzlich ist eine ausreichend grosse Nachfrage nach den hergestellten RC-Produkten erforderlich. Diese Voraussetzung ist im Zeitraum 2010–2021 nicht vollumfänglich erfüllt.

91. Aus diesen Gründen lässt sich der Anteil der zu vergleichbaren Kosten wiederwertbaren Abfällen nicht pauschal aus den in Tabelle 3 aufgeführten, nach VeVA-Code eingeteilten Abfallmengen ableiten. Vielmehr ist eine spezifische Schätzung bezüglich der deponierten Abfälle erforderlich, welche auch die Absatzmöglichkeiten der RC-Produkte berücksichtigt. Der Anteil der zu vergleichbaren Kosten wiederverwertbaren Abfälle kann nicht anhand der von der Deponie Höli Liestal AG verwendeten Methode berechnet werden.

92. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die erwähnten Aussagen der Deponie Höli Liestal AG darauf hinweisen, dass der Anteil der wiederverwertbaren Abfälle des Typs B selbst im Jahr 2021 gering war. Die im Rahmen der Stellungnahme zum Antrag des Sekretariats von der Deponie Höli Liestal AG vorgenommene Behauptung, wonach dieser Anteil höher als 30 % ausfallen soll, ist nicht belastbar und wird deshalb nachfolgend nicht weiter berücksichtigt.

#### B.1.2.8.4 Angaben des Kantons Basel-Landschaft

93. Die Kantone Basel-Landschaft und Basel-Stadt setzten im Jahr 2018 eine «Taskforce Baustoffkreislauf Region Basel» ein, bestehend aus Vertretern der beiden Kantone, die sich fachlich durch externe Experten sowie interessierte Verbände begleiten lassen.<sup>122</sup> Gemäss Angaben des Kantons Basel-Landschaft geht diese Taskforce davon aus, dass kurz- bis mittelfristig und mit verhältnismässigem Aufwand rund 30 % des Stand 2021 in Deponien des Typs B abgelagerten Abfälle verwertbar wären.<sup>123</sup> Dabei handelt es sich um eine Prognose für die Zukunft. Im Zeitraum 2010–2021 lag der mit verhältnismässigem Aufwand verwertbare Anteil der in den Deponien des Typs B entsorgten Abfälle insbesondere aus den folgenden Gründen tiefer:

- Der Deponiepreis war tiefer (vgl. Rz 231 ff.). Deshalb war die Wiederverwertung im Vergleich zur Deponierung weniger attraktiv.

<sup>117</sup> Act. IV.8, Rz 64.

<sup>118</sup> Vgl. Act. III.3, Zeilen 189–196.

<sup>119</sup> Act. III.2, Zeilen 156–172.

<sup>120</sup> Act. IV.6, Zeile 65 sowie Zeilen 83–85.

<sup>121</sup> Act. V.25, Rz 36.

<sup>122</sup> <www.bschr.ch/grundlagen/zusammenarbeit/> (21.10.2022).

<sup>123</sup> Act.II.A.4.1, Antwort auf Frage 5.2.

- Der in der VeVA vorgesehene Grundsatz der Verwertungspflicht nach dem Stand der Technik gilt erst seit Inkrafttreten der VeVA am 1. Januar 2016 (vgl. Rz 58).

94. Ausserdem wäre zusätzlich zu einem verhältnismässigen Aufwand der Wiederverwertung wie erwähnt eine ausreichend grosse Nachfrage für die hergestellten RC-Produkte erforderlich. Ist diese Bedingung nicht erfüllt, stellt die Wiederverwertung keine gleichwertige Alternative zur Deponierung dar. Deshalb ist davon auszugehen, dass der Anteil der in der Deponie Höli im Zeitraum 2010–2021 entsorgten Abfälle, für welche eine Wiederverwertung aus wirtschaftlicher Sicht eine gangbare Alternative zur Deponierung gewesen wäre, bei unter 30 % liegt.

#### B.1.2.8.5 Zeugenaussagen [N6] und [N5]

95. [N5] sagte aus, dass heute zwischen 20 und 40 % der in Deponien des Typs B deponierten Abfälle zu vergleichbaren Kosten wiederverwertet werden könnten.<sup>124</sup> Zwar habe es eine Verschiebung in Richtung mehr Recycling gegeben. Der Anteil der deponierten Mengen, welcher zu vergleichbaren Kosten wiederverwertet werden könne, habe sich aber in den letzten 10 Jahren nicht wesentlich verändert.<sup>125</sup> Als Alternative zur Deponierung in der Deponie Höli erwähnte [N5] die Deponierung in der Deponie Bruggtal, nicht aber die vermehrte Wiederverwertung.<sup>126</sup>

96. Demnach hätten sich die technischen Möglichkeiten der Wiederverwertung sowie die Kosten der Aufbereitung im Zeitraum 2010–2021 kaum verändert. Das trifft insofern zu, als die zur Wiederverwertung verwendeten Technologien mutmasslich schon seit längerer Zeit bekannt sind. Trotzdem haben sich die tatsächlich zur Verfügung stehenden Möglichkeiten wesentlich verändert. In der Region Basel gibt es erst seit wenigen Jahren eine Anlage zur Bodenwäsche (vgl. Rz 80). Diese Möglichkeit stand während des Grossteils des Zeitraums 2010–2021 nicht zur Verfügung.

97. Ausserdem haben sich die Deponiepreise (Rz 231 ff.), die Rechtslage (Rz 58 ff.) sowie der öffentliche Druck auf Auftraggeber wie zum Beispiel den Kanton Basel-Landschaft so verändert, dass die Wiederverwertung im Vergleich zur Deponierung attraktiver wurde. Da ausserdem eine ausreichende Nachfrage erforderlich ist, damit die Wiederverwertung eine Alternative zur Deponierung ist, ergibt sich aus der Aussage von [N5] analog zu den Aussagen des Kantons Basel-Landschaft, dass bei weniger als 20–40 % der in der Deponie Höli 2010–2021 deponierten Abfälle die Wiederverwertung eine Alternative zur Deponierung war.

98. [N6] ist Verwaltungsratspräsident der [F2]. Die [F2] ist in den Bereichen Transport, Muldenservice, Entsorgung und Aufbereitung von Abfällen tätig [...].<sup>127</sup> [N6] sagte aus, heute könne man rund 20–30 % der in Deponien des Typs B entsorgten Abfälle zu vergleichbaren Kosten wiederverwerten.<sup>128</sup> Der Anteil der tatsächlich wiederverwerteten Abfälle sei in den letzten 10 Jahren gestiegen. Das sei unter anderem auf die höheren Deponiepreise zurückzuführen. Auch die gesetzlichen Vorgaben hätten einen Einfluss auf den wiederverwerteten Anteil.<sup>129</sup> Als Alternative zur Deponierung in der Deponie

Höli erwähnte [N6] die Deponierung in den Deponien Bruggtal und Strickrain, nicht aber die Wiederverwertung der entsprechenden Abfälle.<sup>130</sup>

99. Aus den Aussagen von [N6] folgt, dass die Wiederverwertung bei weniger als 20–30 % der in der Deponie Höli 2010–2021 deponierten Abfälle eine Alternative zur Deponierung war.

#### B.1.2.8.6 Zwischenergebnis

100. Heute könnten maximal rund 20–40 % der in Deponien des Typs B entsorgten Abfälle zu vergleichbaren Kosten wiederverwertet werden. Es ist aber unklar, ob es für die entsprechenden RC-Produkte eine ausreichende Nachfrage geben würde. Dabei ist auch zu berücksichtigen, dass die Verkaufspreise für RC-Produkte grundsätzlich sinken würden, wenn mehr solche Produkte auf den Markt gebracht würden. Dadurch würde die Wiederverwertung im Vergleich zur Deponierung weniger attraktiv. Deshalb liegt auch heute der Anteil der Abfälle, für welche die Wiederverwertung eine gleichwertige Alternative zur Deponierung wäre, unter den erwähnten maximal rund 20–40 %. Da dieser Anteil ausserdem seit 2010 angestiegen ist, liegt der Anteil der in den Deponien des Typs B des Kantons Basel-Landschaft im Zeitraum 2010–2021 deponierten Abfälle, für welche die Wiederverwertung eine Alternative zur Deponierung gewesen wäre, bei maximal 30 %.

#### B.1.2.9 Beweisergebnis

101. In Bezug auf das Deponiewesen ist Folgendes erwiesen:

- Deponien der Typen C, D und E sind keine gleichwertigen Alternativen zu Deponien des Typs B in Bezug auf die Entsorgung von Abfällen des Typs B (Rz 23 ff.).
- Abfälle des Typs A werden in der Regel nicht in Deponien des Typs B entsorgt (Rz 23 ff.)
- Die Planungs- und Realisierungsphase einer neuen Typ B Deponie dauert in der Region Basel rund 8–15 Jahre (Rz 29 ff.)
- Die Erweiterung einer bestehenden Deponie dauert in der Regel mehrere Jahre (Rz 33).
- Die vor der Inbetriebnahme einer Deponie des Typs B erforderlichen Vorbereitungsarbeiten können mehrere Millionen Franken kosten (Rz 34).
- Es ist in der Region Basel schwierig, alle erforderlichen Bewilligungen für die Neueröffnung einer Deponie des Typs B zu erhalten (Rz 29 ff.).
- Der Standort der Deponie Höli ist besonders geeignet (Rz 31 f.).

<sup>124</sup> Act.III.4, Zeilen 315–316.

<sup>125</sup> Act.III.4, Zeilen 323–328.

<sup>126</sup> Act.III.4, Zeilen 253–254.

<sup>127</sup> Act. III.5, Zeilen 73–75.

<sup>128</sup> Act.III.5, Zeile 244.

<sup>129</sup> Act.III.5, Zeilen 247–252.

<sup>130</sup> Act.III.5, Zeile 204.

- Nichtwiederverwertbare Abfälle des Typs B können nicht exportiert werden (Rz 47 ff.).
- Die Deponiegebühren haben in der Regel einen wesentlichen Anteil an den Gesamtkosten der Entsorgung von Abfällen des Typs B (Summe von Deponiegebühren und Transportkosten) (Rz 50 ff.).
- Spätestens seit 2016 müssen Abfälle des Typs B grundsätzlich wiederverwertet werden, wenn die Wiederverwertung zu im Vergleich zur Deponierung ähnlichen Kosten möglich ist (Rz 58 ff.).
- Der Anteil der in den Deponien des Typs B des Kantons Basel-Landschaft im Zeitraum 2010–2021 deponierten Abfälle, für welche die Wiederverwertung eine Alternative zur Deponierung gewesen wäre, liegt bei maximal 30 % (Rz 75 ff.).

### B.1.3 Nachfrage

#### B.1.3.1 Beweisthema

102. In diesem Kapitel wird zunächst untersucht, welche Unternehmen grundsätzlich Abfälle in der Deponie Höli entsorgten (Rz 103). Neben den Aktionärinnen der Deponie Höli Liestal AG konnten auch Nichtaktionäre einerseits direkt über die Deponie Höli Liestal AG zum Listenpreis deponieren. Andererseits deponierten jedenfalls manche Nichtaktionäre über eine der Aktionärinnen der Deponie Höli Liestal AG zu einem unter dem Listenpreis gelegenen Preis. Um die Bedeutung und Funktionsweise dieser Zugangswege einschätzen zu können, wird zunächst geklärt, welcher Anteil der in der Deponie Höli entsorgten Abfälle auf Rechnung der Aktionärinnen der Deponie Höli Liestal AG angeliefert wurde (Rz 104). Anschliessend wird geprüft, welche Unternehmen die restlichen Mengen deponierten, für welche sie jeweils den Listenpreis bezahlen mussten (Rz 105 ff.). Schliesslich wird untersucht, zu welchen Konditionen Nichtaktionäre über eine der Aktionärinnen in der Deponie Höli entsorgen konnten (Rz 110 ff.). In einem zweiten Abschnitt wird geprüft, nach welchen Kriterien die Unternehmen eine Deponie zur Entsorgung ihrer Abfälle auswählen (Rz 119 f.).

#### B.1.3.2 Wer deponiert in der Deponie Höli?

103. Bei den in der Deponie Höli entsorgten Abfällen handelt es sich im Wesentlichen um Bauabfälle und Bodenaushub.<sup>131</sup> Solche Abfälle fallen im Wesentlichen bei Bau- sowie Unternehmen an, die im Bereich Aushub tätig sind. Entsprechend fragen diese Unternehmen die Entsorgung solcher Abfälle nach. Teilweise übernehmen die Bauunternehmen oder Aushubunternehmen die Entsorgung selber. In diesen Fällen treten sie direkt als Nachfragerinnen von Deponieraum auf (so zum Beispiel die Aktionärinnen [Y] und [Z]). Teilweise nehmen die Bauunternehmen aber auch das Angebot eines Entsorgungsunternehmens in Anspruch, welches die Abfälle auf der Baustelle abholt und je nach Abfallart anschliessend zur Deponie bringt oder der Wiederverwertung zuführt. Die Aktionärin [X] ist zum Beispiel ein solches Entsorgungsunternehmen.<sup>132</sup> Auch unter den Nichtaktionären, welche direkt Abfälle in die Deponie Höli bringen, befinden sich Bauunternehmen sowie Unternehmen, die in den Bereichen Transport, Aushub und Wiederverwertung tätig sind.<sup>133</sup>

104. Die Deponie Höli Liestal AG reichte eine Übersicht ein zu den durch ihre Aktionärinnen und Nichtaktionäre in der Deponie Höli im Zeitraum 2010–2019 entsorgten Mengen.<sup>134</sup> Ausserdem liegen Angaben des Kantons Basel-Landschaft vor über die im Jahr 2020<sup>135</sup> und im Zeitraum Januar–Mai 2021<sup>136</sup> in der Deponie Höli entsorgten Mengen aufgeschlüsselt nach den Unternehmen, über welche die Rechnungsstellung erfolgte. Diese Angaben sind in Tabelle 1 zusammengefasst. Daraus geht hervor, dass bei fast [80–100 %] der in der Deponie Höli entsorgten Abfälle die Rechnungsstellung über die Aktionärinnen erfolgte. Dabei wurden mit Abstand die grössten Abfallmengen über die Aktionärin [X] abgerechnet. Weil [die Aktionärin X] erhebliche Mengen in der Deponie Höli entsorgt hat und weil die Deponie Höli die mit Abstand grösste Deponie des Typs B der Region ist (vgl. Rz 151 ff.), ist anzunehmen, dass [die Aktionärin X] im nachgelagerten Markt für die Entsorgung von Bauabfällen über eine starke Stellung verfügt.<sup>137</sup>

Tabelle 1: Verteilung der in der Deponie Höli entsorgten Mengen auf Aktionärinnen und Nichtaktionäre nach Rechnungsadresse, 2010–2021.

Rechnungsstellung an	Menge (t)	%
[Aktionärin X]	[...]	[> 50] %
[Aktionärin Y]	[...]	[...] %
[Aktionärin Z]	[...]	[...] %
Nichtaktionäre	729 319	11,4 %

Quelle: Act. IV.8, Beilage 30 (2010–2019); Act. II.A.1.8 (2020); Act. II.A.5 (2021).

<sup>131</sup> Die Verordnung des UVEK über Listen zum Verkehr mit Abfällen vom 18.10.2005 (SR 814.610.1) definiert 20 Kapitel, nach welchen die verschiedenen Abfälle unterteilt werden. Der überwiegende Anteil der in der Deponie Höli entsorgten Abfälle fällt unter Kapitel 17 «*Bauabfälle und Bodenaushub*» (vgl. Tabelle 3 unten).

<sup>132</sup> Vgl. Act. III.3, Zeilen 242–249.

<sup>133</sup> Act. II.A.1.8; Act. III.1, Zeilen 261–262.

<sup>134</sup> Act. IV.8, Beilage 30.

<sup>135</sup> Act. II.A.1.8.

<sup>136</sup> Act. II.A.5.

<sup>137</sup> Die Entsorgung in weiter entfernten Deponien des Typs B ist mit zusätzlichen Transportkosten verbunden (Rz 50 ff.).

105. Die Identität der Nichtaktionäre, welche zum Listenpreis Abfälle in der Deponie Höli entsorgten, ergibt sich aus den erwähnten vom Kanton Basel-Landschaft für das Jahr 2020 und für den Zeitraum Januar–Mai 2021 eingereichten Listen.<sup>138</sup> Demnach befinden sich unter den Nichtaktionären, die zum Listenpreis Abfälle in der Deponie Höli entsorgt haben, jedenfalls teilweise Unternehmen aus den Bereichen Baugewerbe, Aushub, Entsorgung und Transport.<sup>139</sup>

106. Ein Beispiel ist die [F3]. Dabei handelt es sich um ein vertikal integriertes Unternehmen, zu welchem unter anderem die [F1] gehört (vgl. Rz 56). Zur [F3] gehören auch Tiefbauunternehmen wie zum Beispiel die [F4].<sup>140</sup> Gemäss der erwähnten Zusammenstellung entsorgte die [F3] im Jahr 2020 rund [500–1500] Tonnen Abfälle zum Listenpreis in der Deponie Höli.<sup>141</sup> Von Januar–Mai 2021 waren es rund [50–150] Tonnen.<sup>142</sup> Gemäss den Angaben ihres Geschäftsführers hat allein die [F1] in den Jahren 2017 und 2018 jeweils mehr als [2000–8000] Tonnen Abfälle in der Deponie Höli zum Listenpreis entsorgt.<sup>143</sup> Aus den EGI-Daten geht hervor, dass die [F3] im Zeitraum 2010–2021 in eigenem Namen Entsorgungsgesuche gestellt hat, die genehmigt wurden.<sup>144</sup> Damit ist erstellt, dass die [F3] im Zeitraum 2010–2021 Abfälle in der Deponie Höli zum Listenpreis entsorgt hat.<sup>145</sup>

107. Gemäss der Einschätzung der Bürgergemeinde Liestal in einer Aktennotiz aus dem Jahr 2008 waren die [F1] und die Aktionärin [X] wie auch die [F4] und die Aktionärin [Y] damals [direkte Konkurrentinnen].<sup>146</sup> Nach der Aussage ihres Geschäftsführers ist die [F1] auch heute noch eine Konkurrentin der Aktionärin [X].<sup>147</sup> Damit ist erstellt, dass jedenfalls ein Teil der Unternehmen, die zum Listenpreis in der Deponie Höli Abfälle entsorgten, direkte Konkurrentinnen der Aktionärinnen der Deponie Höli Liestal AG waren.<sup>148</sup>

108. Auch die [F2] hat im Zeitraum 2010–2021 Abfälle zum Listenpreis in der Deponie Höli entsorgt. Gemäss den vom Kanton Basel-Landschaft eingereichten Listen handelte es sich im Jahr 2020 um rund [500–1500] Tonnen und im Zeitraum Januar–Mai 2021 um rund [100–500] Tonnen.<sup>149</sup> Diese Zahlen sind mit der Zeugenaussage von [N6] konsistent. Demnach habe die [F2] geringe Mengen zum Listenpreis in der Deponie Höli entsorgt.<sup>150</sup> Das bestätigen auch die Angaben der Deponie Höli Liestal AG, wonach die [F2] im Zeitraum 2015–2020 jährlich zwischen rund 1000 und 5000 Tonnen zum Listenpreis in der Deponie Höli entsorgte (vgl. «Direktverrechnung» in Tabelle 2).<sup>151</sup>

Tabelle 2: Angaben der Deponie Höli Liestal AG zu den von der [F2] in der Deponie Höli entsorgten Abfallmengen (t), 2015–2020.

	2015	2016	2017	2018	2019	2020
<b>Direktverrechnung</b>	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
<b>Verrechnung über Aktionär</b>	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
<b>Total</b>	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]

Quelle: Act. IV.22, Rz 49 und Beilage 9.

<sup>138</sup> Act. II.A.1.8 (2020); Act. II.A.5 (2021). Ausserdem ist in den ebenfalls vom Kanton Basel-Landschaft eingereichten EGI-Daten (Act. II.A.10; vgl. Rz 44 ff.) bei jedem Entsorgungsgesuch im Zeitraum 2011–2021 jeweils der Name des gesuchstellenden Unternehmens eingetragen. Aus den Entsorgungsgesuchen (EGI-Daten) geht allerdings nicht hervor, wie gross die tatsächlich deponierten Mengen ausfielen.

<sup>139</sup> Vgl. die Aussage von [N7], wonach es sich bei den Kundinnen der Deponie Höli Liestal AG um «Bauunternehmen, Transportunternehmen und Kleinunternehmer wie bspw. ein Maurer oder ähnliches» handelt (Act. III.1, Zeilen 261–262).

<sup>140</sup> <bl.chregister.ch/cr-portal/auszug/auszug.xhtml?uid=CHE-100.455.766> (3.8.2023); Act. V.25, Rz 33; Act. IV.22, Rz 22.

<sup>141</sup> Act. II.A.1.8.

<sup>142</sup> Act. II.A.5.

<sup>143</sup> Act. III.4, Beilage 1.

<sup>144</sup> Act. II.A.10. In der Spalte «Adresse Rechnungsempfänger» ist bei manchen genehmigten Entsorgungsgesuchen [...] eingetragen.

<sup>145</sup> Die Deponie Höli Liestal AG behauptet, die [F1] habe nur zu Vorzugskonditionen, nicht aber zu Listenpreisen in der Deponie Höli deponiert (Act. IV.22, Rz 34). Diese Behauptung steht im Widerspruch zur Zeugenaussage von [N5] und zur Tatsache, dass die EGI-Daten genehmigte Gesuche der [F1] in eigenem Namen enthalten. Sie steht

aber nicht im Widerspruch zum Beweisergebnis, wonach die [F3] zum Listenpreis deponiert hat.

<sup>146</sup> Act. IV.8, Beilage 2, Ziffer 3.

<sup>147</sup> Act. III.4, Zeile 95.

<sup>148</sup> Die Aussage von [N4], wonach die Unternehmen, die zum Listenpreis in der Deponie Höli Abfälle entsorgt hätten, ausser dem Kanton «alles Kleinunternehmer, viele Gärtner oder Maurer, die schnell etwas ablagern müssen» seien (Act. III.3, Zeilen 251–252), trifft nicht zu.

<sup>149</sup> Act. II.A.1.8 (2020); Act. II.A.5 (2021).

<sup>150</sup> Act. III.5, Zeile 173 sowie Zeile 193.

<sup>151</sup> Act. IV.22, Rz 49 und Beilage 9. Die Deponie Höli Liestal AG behauptet in ihrer Stellungnahme zum Antrag des Sekretariats mit Verweis auf Tabelle 2, die [F2] habe «in der Periode von 2015 bis 2020 durchschnittlich nur 3–6 % der in der Deponie Höli deponierten Menge direkt verrechnet» (Act. V.25, Rz 41). Das ist nicht präzise. Wie aus Tabelle 2 hervorgeht, deponierte die [F2] im Zeitraum 2015–2020 insgesamt [...] Tonnen Abfälle in der Deponie Höli. Davon wurden [...] Tonnen direkt der [F2] verrechnet. Das entspricht einem Anteil von [> 6] %. Je nach Jahr fiel dieser Anteil unterschiedlich hoch aus. Im Jahr 2020 erreichte er mit [...] % den tiefsten Wert, im Jahr 2018 mit [...] % den höchsten. Berechnet man den Durchschnitt dieser jährlichen Anteile ergibt sich ein Wert von [> 6] %. Der Anteil der jährlich im Zeitraum 2015–2020 direkt verrechneten Menge liegt also zwischen [...] %. Der durchschnittliche Anteil pro Jahr beträgt [> 6] %.

109. Spätestens seit die Aktionärin [X] im Jahr 2018 in das Muldengeschäft einstieg, ist die [F2] eine Konkurrentin [der Aktionärin X].<sup>152</sup> Damit ist auch in Bezug auf die [F2] erstellt, dass sie als eine Konkurrentin der Aktionärin [X] Abfälle zum Listenpreis in der Deponie Höli entsorgt hat.

110. Zusätzlich zu den zum Listenpreis in der Deponie Höli abgelagerten Mengen entsorgte ein Teil der Nichtaktionäre Abfälle über eine Aktionärin in der Deponie Höli. Anlässlich der Sitzung vom 15. November 2012 stellte der Verwaltungsrat der Deponie Höli Liestal AG fest, dass Lastwagen der [F3] auf Rechnung der [Aktionärin Z] und Lastwagen der Firma [F5] auf Rechnung der [Aktionärin X] Deponiematerial abgeladen hätten. Aus diesem Anlass beschloss der Verwaltungsrat, dass [ein Zwischenhandel zu unterbleiben habe. Vorbehalten seien Lieferungen von Partnerunternehmen im Rahmen von Arbeitsgemeinschaften].<sup>153</sup> Dieser Beschluss ist kaum umsetzbar, da unklar bleibt, was unter einer [Arbeitsgemeinschaft] zu verstehen ist und wie die Deponie Höli Liestal AG prüfen könnte, ob die Anlieferung durch Dritte tatsächlich im Rahmen einer Arbeitsgemeinschaft erfolgt. Ausserdem besteht das Geschäft der Aktionärin [X] gerade darin, Abfälle Dritter zu entsorgen.<sup>154</sup> Deshalb ist die Abgrenzung zum vom Verwaltungsrat erwähnten [Zwischenhandel] schwierig.

111. Jedenfalls haben Nichtaktionäre auch nach dem erwähnten Verwaltungsratsbeschluss Abfälle über die Aktionärinnen der Deponie Höli Liestal AG entsorgt. Konkret liegen der WEKO Angaben vor zu den von der [F3] und der [F2] über eine Aktionärin der Deponie Höli Liestal AG deponierten Mengen und den entsprechenden Preisen. Nachfolgend werden zunächst die von der [F3] (Rz 112 ff.) und anschliessend die von der [F2] (Rz 115 f.) auf diesem Weg entsorgten Abfälle untersucht.

112. Gemäss der Zeugenaussage des Geschäftsführers der [F1] hat diese in den Jahren 2011–2016 insgesamt [> 25 000] Tonnen Abfälle über [die Aktionärin Z] in der Deponie Höli entsorgt.<sup>155</sup> Die [F1] habe von [der Aktionärin Z] wahrscheinlich etwa [< 5] Franken Rabatt auf den Listenpreis der Deponie Höli Liestal AG erhalten.<sup>156</sup> [Die Aktionärin Z] habe der [F1] im Jahr 2015 mitgeteilt, dass sie via [die Aktionärin Z] nicht mehr zu unter dem Listenpreis liegenden Beträgen in der Deponie Höli deponieren könne.<sup>157</sup> In den Jahren 2016–2018 habe die [F1] deshalb rund [> 10 000] Tonnen an Abfällen zum Listenpreis in der Deponie Höli Abfälle entsorgt.<sup>158</sup> In den Jahren 2019–2020 habe die [F1] rund [> 25 000] Tonnen über [die Aktionärin Y] in der Deponie Höli entsorgt.<sup>159</sup> Der Preis sei zuletzt bei [30–35] Franken pro Tonne gelegen.<sup>160</sup>

113. Die [F1] hat also im Zeitraum 2010–2021 Abfälle über 2 verschiedene Aktionärinnen in der Deponie Höli entsorgt:

- Im Zeitraum 2011–2016 entsorgte die [F1] über [die Aktionärin Z] zu einem etwa [< 5] Franken unter dem Listenpreis gelegenen Preis. Im Vergleich dazu erhielten die Aktionärinnen von der Deponie Höli Liestal AG im gleichen Zeitraum wesentlich grössere Vergünstigungen in der Höhe von 9–15 Franken pro Tonne Abfall (vgl. Tabelle 14 unten für eine Übersicht

über Listenpreise und Vergünstigungen für die Aktionärinnen der Deponie Höli Liestal AG).

- In den Jahren 2019–2020 entsorgte die [F1] über [die Aktionärin Y] und erhielt im Jahr 2020 einen Rabatt von [5–10] Franken pro Tonne.<sup>161</sup> In diesem Jahr erhielten die Aktionärinnen der Deponie Höli Liestal AG Vergünstigungen in der Höhe von Fr. 14.60 pro Tonne (vgl. Tabelle 14 unten).<sup>162</sup> Folglich gab [die Aktionärin Y] rund die Hälfte der Vergünstigungen für Aktionärinnen an die [F1] weiter.

114. Im Jahr [...] machten die von der [F1] über [die Aktionärin Y] in der Deponie Höli entsorgten Abfallmengen mehr als die Hälfte der insgesamt auf Rechnung [der Aktionärin Y] dort entsorgten Mengen aus.<sup>163</sup> [Die Aktionärin Y] selber entsorgte im Jahr [...] also geringere Mengen als die [F1] in der Deponie Höli. Trotzdem konnte die [F1] im Jahr [...] selbst unter Berücksichtigung des [Zwischenhandels] über eine Aktionärin ihre Abfälle nur zu wesentlich höheren Preisen als die Aktionärinnen in der Deponie Höli entsorgen, obwohl mindestens eine dieser Aktionärinnen geringere Mengen als die [F1] in der Deponie Höli entsorgte. Ausserdem ist zu berücksichtigen, dass sich die [F1] nicht darauf verlassen konnte, zu unter dem Listenpreis gelegenen Preisen deponieren zu können. Vielmehr war diese Möglichkeit abhängig von der Zustimmung einer Aktionärin der Deponie Höli Liestal AG.

115. Auch die [F2] entsorgte zusätzlich zu den zum Listenpreis in der Deponie Höli abgelagerten Mengen (Vgl. Rz 108) weitere Abfälle über die Aktionärinnen der Deponie Höli Liestal AG. Auch sie wickelte diesen [Zwischenhandel] über 2 verschiedene Aktionärinnen der Deponie Höli Liestal AG ab. Gemäss der Zeugenaussage von [N6] entsorgte die [F2] über [die Aktionärin X],

<sup>152</sup> Die Deponie Höli Liestal AG bringt vor, [N6] habe ausgesagt, [die Aktionärin X] sei nur [ein Stück weit eine Konkurrentin] der [F2] (Act. IV.22, Rz 48). Gleichzeitig räumt die Deponie Höli Liestal AG ein, dass sowohl [die Aktionärin X] als auch die [F2] im Muldengeschäft tätig seien (Act. IV.22, Rz 48). Ausserdem stellte [N6] später unmissverständlich klar, dass die [F2] jedenfalls seit 2018 eine Konkurrentin [der Aktionärin X] ist: «Seit 2018 ist die [F2] in einem Konkurrenzverhältnis zu der [Aktionärin X]» (Act. III.5, Zeile 295). Damit ist erstellt, dass die [F2] spätestens seit dem Einstieg [der Aktionärin X] in das Muldengeschäft im Jahr 2018 eine Konkurrentin [der Aktionärin X] ist.

<sup>153</sup> Act. IV.15.3.14, Traktandum 6.

<sup>154</sup> Act. III.2, Zeilen 244–249; Act. IV.22, Fussnote 19.

<sup>155</sup> Act. III.4, Zeilen 114–117 sowie Zeilen 149–159. Die genauen Mengen sind in Beilage 1 angegeben.

<sup>156</sup> Act. III.4, Zeilen 127–128.

<sup>157</sup> Act. III.4, Zeilen 130–131.

<sup>158</sup> Act. III.4, Beilage 1.

<sup>159</sup> Act. III.4, Zeilen 145 (Zusammenarbeit mit [der Aktionärin Y]), Beilage 1 (Mengen).

<sup>160</sup> Act. III.4, Zeile 126. Die Aussage bezieht sich auf das Jahr 2020, in welchem der Listenpreis inkl. VASA-Gebühr 40 Franken pro Tonne betrug.

<sup>161</sup> Im Jahr 2020 betrug der Listenpreis einschliesslich der VASA-Gebühr 40 Franken pro Tonne (vgl. Tabelle 14 unten). Die [F1] bezahlte [30–35] Franken pro Tonne (vgl. Act. III.4, Zeile 126).

<sup>162</sup> Die Vergünstigungen für Aktionärinnen im Jahr 2020 setzen sich zusammen aus einem Rabatt in der Höhe von 11 Franken pro Tonne und den Rückvergütungen in der Höhe von Fr. 3.60 pro Tonne (vgl. Tabelle 14 unten).

<sup>163</sup> Act. III.4, Beilage 1 (Abfallmengen der [F1]); Act. II.A.1.8 (Menge [Aktionärin Y] insgesamt).

bevor diese im Jahr 2018 in das Muldengeschäft einstieg.<sup>164</sup> Nachher erfolgte die Deponierung auf Rechnung der Aktionärin [Z].<sup>165</sup>

116. Gemäss Angaben der Deponie Höli Liestal AG entsorgte die [F2] im Zeitraum 2015–2020 jeweils rund [20 000–40 000] Tonnen pro Jahr. Die genauen Angaben der Deponie Höli Liestal AG sind in Tabelle 2 oben unter der Position «*Verrechnung über Aktionär*» aufgelistet. Die Angaben der Deponie Höli Liestal AG sind mit der Zeugenaussage von [N6] konsistent. Dieser sagte aus, dass die [F2] im Zeitraum 2018–2021 schätzungsweise rund [20 000–35 000] Tonnen Abfälle pro Jahr über die Aktionärin [Z] in der Deponie Höli entsorgt habe.<sup>166</sup>

117. Die [F2] erhielt im Jahr 2021 von [der Aktionärin Z] einen Rabatt von [2–8] Franken pro Tonne auf den Listenpreis, also [...] Rabatt, den die [F3] von der Aktionärin [Y] im Jahr 2020 erhielt.<sup>167</sup> Die Höhe dieses Rabatts war auch in den Vorjahren ähnlich gross.<sup>168</sup>

118. Wie die [F3] hat also auch die [F2] grössere Mengen auf Rechnung von Aktionärinnen der Deponie Höli Liestal AG entsorgt. Wie bei der [F3] waren die Preise bei der Entsorgung auf Rechnung einer Aktionärin wesentlich höher als die von den Aktionärinnen selber bezahlten Preise.

### B.1.3.3 Wie wählen die Kundinnen der Deponie Höli eine Deponie aus?

119. Gemäss ihren eigenen Angaben ist die Deponie Höli die [einzige für sämtliche Nachfrager bis 2019 ohne Mengenbeschränkung zugängliche Deponie]. Im Gegensatz zur Deponie Höli seien für die Deponie Strickrain Kontingente erforderlich, die nach nicht näher bekannten Kriterien vergeben würden. Insbesondere stehe auch der Zugang zur Deponie Bruggtal nicht allen Unternehmen gleichermaßen offen. Diese gehöre der Gysin AG, welche selber dort Abfälle entsorge.<sup>169</sup> Aus diesem Grund müssen Nachfragerinnen von Deponieraum zunächst prüfen, welche Deponien ihnen überhaupt offenstehen.<sup>170</sup>

120. Unter den Deponien, die bereit sind, Abfälle entgegenzunehmen, wählen die Nachfragerinnen die kostengünstigste aus. Ausschlaggebend ist die Summe von Transportkosten und Deponiegebühren. Die relative Bedeutung der Transportkosten ist dabei im Wesentlichen von der Fahrzeit zwischen Baustelle und Deponie abhängig (vgl. Rz 50 ff.).<sup>171</sup>

### B.1.3.4 Beweisergebnis

121. In Bezug auf die Nachfrage ist Folgendes erstellt:

- Im Zeitraum 2010–2021 erfolgte die Rechnungsstellung bei rund 10 % der in der Deponie Höli entsorgten Abfälle über einen Nichtaktionär. Bei den restlichen rund 90 % der Abfälle erfolgte die Rechnungsstellung über eine Aktionärin der Deponie Höli Liestal AG (Rz 104).
- Unter den Nichtaktionären, die zum Listenpreis Abfälle in der Deponie Höli entsorgten, befanden sich direkte Konkurrenten der Aktionäre der Deponie Höli Liestal AG, insbesondere die [F3] und die [F2] (Rz 105 ff.).

- Die [F3] und die [F2] entsorgten zusätzlich zu den von ihnen zum Listenpreis in der Deponie Höli entsorgten Abfällen grosse Mengen über die Aktionärinnen der Deponie Höli Liestal AG. Sie bezahlten den entsprechenden Aktionärinnen wesentlich mehr, als die Aktionärinnen ihrerseits der Deponie Höli Liestal AG bezahlten (Rz 110 ff.).
- Weil verschiedene Nichtaktionäre auf Rechnung einer Aktionärin in der Deponie Höli entsorgten, ist der Anteil der Abfälle, der von Baustellen von Nichtaktionären stammt, wesentlich höher als der Anteil, der auf Rechnung von Nichtaktionären in der Deponie Höli entsorgt wurde (Rz 110 ff.).
- Der Zugang zu manchen Deponien der Region Basel war nicht für alle Nachfragerinnen von Deponieraum uneingeschränkt möglich. Unter den Deponien, die überhaupt bereit waren, Abfälle entgegenzunehmen, wählten die Nachfragerinnen jeweils diejenige aus, bei welcher die Summe von Transportkosten und Deponiegebühren am tiefsten ausfiel (Rz 119 f.).

## B.1.4 Angebot

### B.1.4.1 Beweisthema

122. Zur besseren Übersicht über die verschiedenen Anbieterinnen werden zunächst die Standorte aller Deponien des Typs B der Region Basel dargestellt (Rz 123). Anschliessend wird die Entstehungsgeschichte der vorliegend besonders relevanten Anbieterin, der Deponie Höli Liestal AG, beschrieben. Dabei wird insbesondere auch die Auswahl der Minderheitsaktionärinnen durch die Bürgergemeinde Liestal thematisiert (Rz 124 ff.). Schliesslich wird untersucht, welche Arten von Abfällen in der Deponie Höli entsorgt wurden (Rz 129 ff.).

### B.1.4.2 Standorte der Deponien Typ B

123. In der nachfolgenden Abbildung 1 sind alle im entsprechenden Kartenausschnitt gelegenen Deponien des Typs B in den Kantonen Basel-Stadt, Basel-Landschaft, Solothurn, Bern und Aargau eingezeichnet. Die Grösse der eingezeichneten Kreise ist proportional zu den im Zeitraum 2010–2020 in den jeweiligen Deponien entsorgten Abfallmengen (gemäss Angaben des BAFU). Die Standorte entsprechen den vom BAFU angegebenen Koordinaten.<sup>172</sup>

<sup>164</sup> Act. III.5, Zeilen 164–171.

<sup>165</sup> Act. III.5, Zeilen 193–194.

<sup>166</sup> Act. III.5, Zeilen 193–194.

<sup>167</sup> Act. III.5, Zeilen 135–140.

<sup>168</sup> Act. III.5, Zeilen 146–149 sowie 155.

<sup>169</sup> Act. IV.8, Rz 29 sowie Rz 52; Act. III.2, Zeilen 220–229; Act. III.1, Zeilen 265–280 sowie 308–310. Vgl. auch Act. IV.6, Zeilen 66–67. Ein mögliches Motiv für die Einschränkung des Zugangs zu Drittdeponien ergibt sich aus dem Protokoll der Verwaltungsratssitzung der Deponie Höli Liestal AG vom 15.11.2012. Demnach machte der Verwaltungsrat [N4] seine Kollegen darauf aufmerksam, [dass bei der Deponie in Bennwil die offiziellen Preise durch die Firma Gysin AG als Betreiberin künstlich hoch gehalten würden, um das Deponievolumen für eigene Bedürfnisse zu sichern] (Act. IV.15.3.14, Traktandum 4). Die Deponie Bruggtal befindet sich in Bennwil (Act. II.B.8).

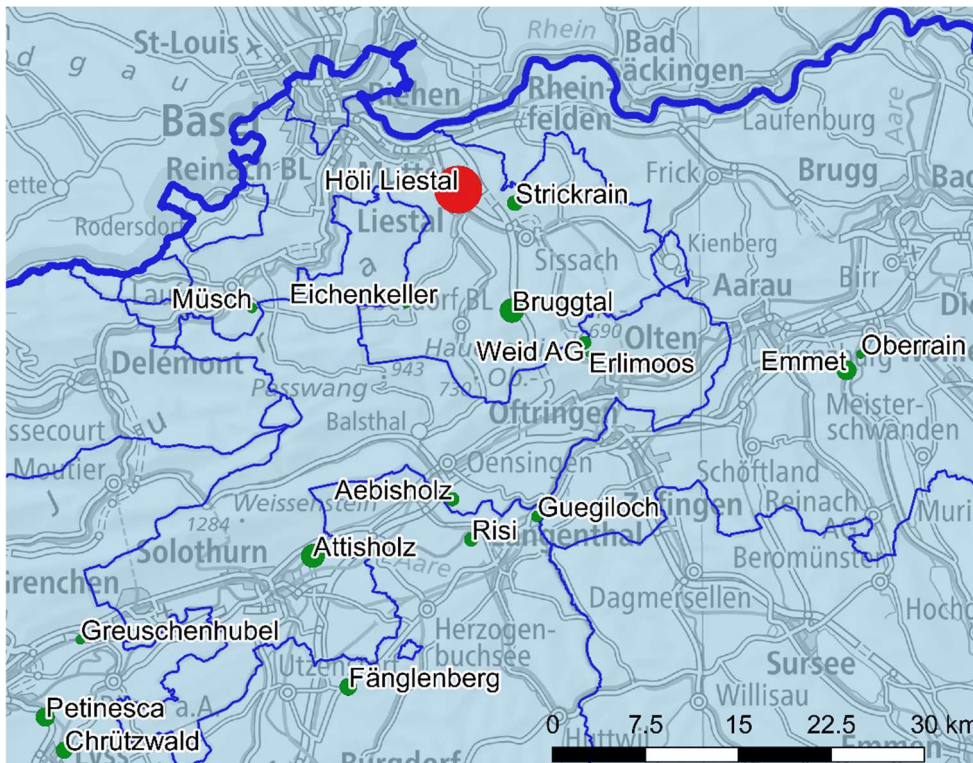
<sup>170</sup> Act. III.5, Zeilen 221–222.

<sup>171</sup> Act. III.5, Zeilen 222–223; Act. III.1, Zeilen 288–291; Act. III.2, Zeilen 361–369.

<sup>172</sup> Act. II.B.7.



Abbildung 1: Standorte Deponien Typ B, 2010–2020.



Quelle: Act. II.B.8 (BAFU); Swisstopo.

### B.1.4.3 Deponie Hölil

#### B.1.4.3.1 Entstehungsgeschichte

124. Der Standort der Deponie Hölil wurde am 14. Dezember 2000 als Festsetzung in den kantonalen Richtplan aufgenommen. Der Stadtrat von Liestal und der Einwohnerrat Liestal beschlossen 2006 bzw. 2007 die Ausscheidung einer Spezialzone für den Standort der Deponie Hölil. Diese wurde im Jahr 2008 vom Regierungsrat des Kantons Basel-Landschaft genehmigt. Anschliessend reichte die Bürgergemeinde Liestal ein Baugesuch für die Errichtung einer Deponie ein, welches am 3. November 2009 bewilligt wurde. Auch das ebenfalls erforderliche Gesuch zur Rodung der betreffenden Waldfläche wurde im Jahr 2009 bewilligt.<sup>173</sup> Am 25. Mai 2010 nahm die Deponie Hölil ihren Betrieb auf.<sup>174</sup>

125. Die Bürgergemeinde Liestal als Eigentümerin des Waldareals, auf welchem die Deponie Hölil errichtet wurde, trieb zunächst die Planungsarbeiten in Eigenregie voran. Im Sommer 2007 entschied sie, für den Betrieb der Deponie eine Aktiengesellschaft zu gründen und private Unternehmen als Minderheitsaktionärinnen einzubinden.<sup>175</sup> Daraufhin lud sie 6 private Unternehmen sowie das AIB ein, sich als Aktionärinnen der Deponie Hölil Liestal AG zu bewerben. Alle der eingeladenen Unternehmen sowie das AIB zeigten [sehr grosses Interesse an der Beteiligung].<sup>176</sup>

126. Die Bürgergemeinde wählte unter den 7 Bewerberinnen aufgrund der folgenden Kriterien 3 Minderheitsaktionärinnen aus (vgl. Aktennotiz der Bürgergemeinde vom 8. März 2008):<sup>177</sup>

- Menge an Abfällen, welche die Unternehmen anliefern können.
- Bereitschaft, den Steuersitz in die Gemeinde Liestal zu verlegen.
- Know-How für den Betrieb der Deponie.

127. Ausserdem wollte die Bürgergemeinde keine direkten Konkurrentinnen als Minderheitsaktionärinnen einbinden, weil dadurch [eine Zusammenarbeit in der Betreibergesellschaft] erschwert würde. Die Bürgergemeinde betrachtete namentlich die Interessentinnen [Aktionärin X] und die [F1] sowie [die Aktionärin Y] und die [F4] als [direkte Konkurrentinnen].<sup>178</sup>

128. Am 12. März 2008 entschied der Bürgerrat der Bürgergemeinde Liestal, [die Aktionärin X], [die Aktionärin Y] und [die Aktionärin Z] als Aktionärinnen in die Deponie Hölil Liestal AG einzubinden. Den anderen Bewerberinnen erteilte er eine Absage.<sup>179</sup>

<sup>173</sup> Act. II.A.4.2, Ziffern 1.1–1.4.

<sup>174</sup> Act. IV.8, Rz 4.

<sup>175</sup> Act. IV.8, Rz 4.

<sup>176</sup> Act. IV.8, Beilage 2, Ziffer 1.

<sup>177</sup> Act. IV.8, Beilage 2, Ziffer 3.

<sup>178</sup> Act. IV.8, Beilage 2, Ziffer 3.

<sup>179</sup> Act. IV.8, Beilage 3.

### B.1.4.3.2 In der Deponie Höli entsorgte Abfallarten

129. Beantragt ein Unternehmen eine Entsorgungsgenehmigung über EGI (vgl. Rz 44 ff.), muss es unter anderem angeben, welche Abfallart deponiert werden soll. Die Abfallart wird anhand des VeVA-Codes (vgl. Rz 42) identifiziert. Anhand dieser Angaben kann für den Zeitraum 2011–2021 untersucht werden, welche Abfallarten in der Deponie Höli entsorgt wurden.<sup>180</sup>

130. In Tabelle 3 unten ist für die verschiedenen Abfallarten der Anteil an den insgesamt zur Entsorgung in der Deponie Höli genehmigten Mengen angegeben. Dabei ist zu berücksichtigen, dass die genehmigten Mengen nur ungefähr mit den tatsächlich deponierten Mengen übereinstimmen.<sup>181</sup> Trotzdem kann anhand dieser Zahlen die relative Bedeutung der verschiedenen Abfallarten eingeschätzt werden.<sup>182</sup> Die in Tabelle 3 aufgeführten Bezeichnungen entsprechen den in den EGI-Daten enthaltenen Bezeichnungen.

Tabelle 3: In der Deponie Höli deponierte Abfallarten: Anteil an den genehmigten Mengen, 2011–2021.

Abfalltyp («VeVA-Code/ Abfalltyp (de)») gemäss EGI-Daten	Anteil an Gesamtmenge
17 05 97 ak Wenig verschmutztes Aushub- und Ausbruchmaterial	[30–40] %
17 01 07 Mischabbruch	[15–20] %
17 05 97 ak Verschmutztes Aushub-, Abraum- und Ausbruchmaterial	[15–20] %
17 05 94 Schwach verschmutztes Aushub- und Ausbruchmaterial	[10–15] %
Diverse (Individueller Anteil < 1 %)	[5–10] %
19 12 09 Mineralien (z.B. Sand, Steine)	[5–10] %
17 09 04 ak Gemischte Bauabfälle sowie sonstige verschmutzte Bauabfälle	< 5] %
17 05 94 Tolerierbares Aushub-, Abraum- und Ausbruchmaterial	< 5] %
17 05 93 Schwach belasteter Bodenaushub	< 5] %
17 06 98 Asbesthaltige Bauabfälle mit Ausnahme derjenigen, die unter 17 06 05 fallen	< 5] %

Quelle: Act. II.B.15 (EGI-Daten des Kantons Basel-Landschaft).

131. Gemäss Angaben des Kantons Basel-Landschaft können nur Abfälle mit VeVA-Code 17 05 04 oder 17 05 06 in Deponien des Typs A deponiert werden. Dabei handelt es sich um unbelasteten abgetragenen Ober- oder Unterboden (17 05 04) bzw. unverschmutztes Aushub- und Ausbruchmaterial (17 05 06).<sup>183</sup> Der Anteil dieser beiden Abfalltypen an den 2011–2021 zur Deponierung in der Deponie Höli bewilligten Mengen beträgt rund [2] %.<sup>184</sup> Die Deponiegebühren bei Deponien des Typs A sind in der Regel tiefer als bei Deponien des Typs B. Zudem gibt es mehr Deponien des Typs A als des Typs B. Dies erklärt, weshalb nur wenige Abfälle des Typs A in der Deponie Höli entsorgt wurden (vgl. Rz 23 ff.).

### B.1.4.4 Beweisergebnis

132. In Bezug auf das Angebot ist Folgendes erwiesen:

- Viele Unternehmen waren daran interessiert, Aktionärinnen der Deponie Höli Liestal AG zu werden. Die Bürgergemeinde wählte 3 Unternehmen aus. Dabei legte sie Wert darauf, keine direkten Konkurrentinnen als Aktionärinnen aufzunehmen (Rz 125 ff.).
- Bei den in der Deponie Höli entsorgten Abfällen handelt es sich vor allem um verschmutztes Aushub- und Ausbruchmaterial sowie Mischabbruch (Rz 129 f.).
- Rund 2 % der in der Deponie Höli entsorgten Abfälle sind Abfälle des Typs A (Rz 131).

<sup>180</sup> Act. II.B.15 enthält die vom Kanton Basel-Landschaft eingereichten EGI-Daten. Weil dieser das EGI-System erst im Jahr 2011 eingeführt hat, liegen für das Jahr 2010 keine EGI-Daten vor. Die erwähnten Angaben zur Abfallart sind in der Spalte «VeVA-Code/ Abfalltyp (de)» eingetragen.

<sup>181</sup> Grundsätzlich sollte die tatsächlich angelieferte Menge die bewilligte Menge nicht überschreiten. Trotzdem kommt es jedenfalls in Einzelfällen vor, dass die angelieferte Menge grösser ist als die bewilligte Menge. Umgekehrt ist zu erwarten, dass die Gesuchsteller zur Sicherheit für etwas grössere Mengen als erwartet Entsorgungsgenehmigungen einholen, falls die genaue Abfallmenge zum Zeitpunkt der Einreichung des Gesuchs nicht genau bekannt ist (vgl. die von der Deponie Höli Liestal AG eingereichten Entsorgungsgenehmigungen einschliesslich der tatsächlich angelieferten Mengen für den Zeitraum Dezember 2019–Mai 2021, Act. IV.15.4.1; Act. IV.15.4.2; Act. IV.15.4.3).

<sup>182</sup> Vgl. dazu Act.II.A.4.1, Antwort auf Frage 5.2. Darin sind die tatsächlich in der Deponie Höli entsorgten Mengen für den Zeitraum 2010–2019 angegeben, wobei die verschiedenen Abfallarten im Vergleich zu den in den EGI-Daten enthaltenen Informationen weniger detailliert aufgeschlüsselt sind.

<sup>183</sup> Act. II.A.18.2, Antwort auf Frage 8.

<sup>184</sup> Weil sowohl der Anteil von unbelastetem abgetragenen Ober- oder Unterboden als auch der Anteil des unverschmutzten Aushub- und Ausbruchmaterials unter 1 % liegt, sind die Anteile dieser Abfallarten in Tabelle 3 oben nicht separat ausgewiesen. Die entsprechenden Anteile sind unter der Bezeichnung «Diverse (Individueller Anteil < 1 %)» erfasst.

## B.1.5 Marktergebnisse

### B.1.5.1 Beweisthema

133. Nachdem die Eigenschaften von Nachfrage und Angebot untersucht wurden, werden nachfolgend die vorliegend relevanten Marktergebnisse dargestellt:

- **Einzugsgebiet der Deponie Höli** (Rz 134 ff.): Zunächst wird aufgezeigt, woher die in der Deponie Höli entsorgten Abfälle angeliefert werden.
- **Marktanteile der Deponie Höli in ihrem Kerneinzugsgebiet** (Rz 152 ff.): Die Marktanteile der Deponie Höli werden separat für die Entgegennahme von Abfällen des Typs A, wiederverwertbaren Abfällen des Typs B und nichtwiederverwertbaren Abfällen des Typs B berechnet.
- **Preislicher Spielraum der Deponie Höli Liestal AG** (Rz 189 ff.): Zur Einschätzung der Marktstellung der Deponie Höli Liestal AG ist neben den Marktanteilen insbesondere auch der preisliche Spielraum der Deponie Höli relevant. Dieser wird anhand qualitativer und quantitativer Kriterien eingeschätzt.

### B.1.5.2 Einzugsgebiet der Deponie Höli

#### B.1.5.2.1 Einleitung

134. Zur Bestimmung des Einzugsgebiets der Deponie Höli für die verschiedenen Abfallarten werden die vom Kanton Basel-Landschaft eingereichten EGI-Daten<sup>185</sup> verwendet. Zunächst wird die zur Auswertung dieser Daten verwendete Methode beschrieben (Rz 136 f.). Detailliertere Ausführungen dazu befinden sich in Act. V.1.

135. Anschliessend werden die Ergebnisse separat für Abfälle des Typs A (Rz 138 ff.) und des Typs B (Rz 140 ff.) dargestellt.<sup>186</sup> Hingegen wird nicht zwischen wiederverwertbaren und nichtwiederverwertbaren Abfällen des Typs B<sup>187</sup> unterschieden. Eine solche Differenzierung ist weder erforderlich noch exakt möglich. Die in den EGI-Daten anhand des VeVA-Codes (vgl. Rz 42 f.) erfassten Abfallarten können jedenfalls bei einigen Abfallarten nicht eindeutig der Kategorie der wiederverwertbaren oder der nichtwiederverwertbaren Abfälle des Typs B zugeordnet werden. Grund dafür ist einerseits die Tatsache, dass es innerhalb eines VeVA-Codes erhebliche Unterschiede in Bezug auf die für die Wiederverwertung ausschlaggebenden Eigenschaften (z.B. den Feinstaubanteil) geben kann. Andererseits können auch die Marktverhältnisse (z.B. die Nachfrage nach RC-Produkten) einen wesentlichen Einfluss darauf haben, ob Abfälle des Typs B zu vergleichbaren Kosten wiederverwertet werden können (vgl. Rz 61 ff.).

#### B.1.5.2.2 Methode

136. Der Herkunftsort der Abfälle wird jeweils anhand der in den EGI-Daten für jedes Entsorgungsgesuch eingetragenen Gemeindenummer bestimmt. Dadurch kann jede Gemeinde der Schweiz eindeutig identifiziert werden. Im Vergleich dazu wäre es wesentlich fehleranfälliger, die genauen in den EGI-Daten ebenfalls eingetragenen Adressen der Herkunftsorte zu verwenden. Ausserdem ist es vorliegend nicht erforderlich, die Entfernung für einzelne Lieferungen exakt bestimmen zu können. Vielmehr geht es darum, die Verteilung der Entfer-

nung zwischen der Deponie Höli und den verschiedenen Herkunftsorten einschätzen zu können. Für diesen Zweck ist die Verwendung der Gemeindenummern am besten geeignet.

137. Für jede in den EGI-Daten eingetragene Gemeindenummer wird eine Koordinate bestimmt, welche einem Durchschnittswert aller Adressen der entsprechenden Gemeinde entspricht.<sup>188</sup> Anhand der Durchschnittskordinaten der Herkunftsgemeinde und der Koordinaten des Standortes der Deponie Höli<sup>189</sup> wird anschliessend die Fahrzeit eines Lastwagens zwischen diesen beiden Punkten ermittelt. Dazu wird der Dienst von here.com verwendet.<sup>190</sup>

#### B.1.5.2.3 Abfälle Typ A

138. In Abbildung 2 ist die Verteilung der Fahrzeit zwischen dem Herkunftsort und der Deponie Höli für die im Zeitraum 2011–2021 in der Deponie Höli entsorgten Abfälle des Typs A dargestellt. Für jede an der X-Achse von Abbildung 2 angegebene Fahrzeit kann an der Y-Achse der Anteil von Gesuchen mit einer gleich grossen oder kleineren Fahrzeit an der insgesamt genehmigten Menge abgelesen werden («Anlieferungsanteil»). Aus Abbildung 2 geht zum Beispiel hervor, dass rund 40 % der genehmigten Mengen an Abfällen des Typs A von Herkunftsorten stammen, die weniger als 26 Fahrminuten vom Standort der Deponie Höli entfernt sind. Rund 80 % der angelieferten Abfälle des Typs A stammen von Baustellen, die weniger als 30 Minuten entfernt sind.

139. Dabei ist insbesondere zu berücksichtigen, dass in Abbildung 2 nur gerade [ $< 200$ ] Gesuche ausgewertet wurden, weil in der Deponie Höli nur wenige Abfälle des Typs A entsorgt wurden (vgl. Rz 131). Deshalb wird die in Abbildung 2 dargestellte Verteilung der Fahrzeiten stark von einzelnen in Bezug auf die Menge bedeutenden Gesuchen beeinflusst. Das ist auch der Grund dafür, dass der Anlieferungsanteil an manchen Stellen sprunghaft ansteigt.

Abbildung 2: Verteilung der Fahrzeit Herkunftsort-Höli, Abfälle Typ A, 2011–2021.

[...]

Quelle: Act. II.B.15 (EGI-Daten des Kantons Basel-Landschaft); here.com (Fahrzeiten).

<sup>185</sup> Act. II.B.15.

<sup>186</sup> Abfälle des Typs A sind Abfälle, die in Deponien des Typs A entsorgt werden dürfen. Abfälle des Typs B sind Abfälle, die in Deponien des Typs B, nicht aber in Deponien des Typs A entsorgt werden dürfen (vgl. Rz 27).

<sup>187</sup> Vgl. Rz 75 f. zur Unterscheidung zwischen wiederverwertbaren und nichtwiederverwertbaren Abfällen des Typs B.

<sup>188</sup> Vgl. Act. V.1 für detaillierte Erläuterungen dazu, wie diese Durchschnittskoordinate bestimmt wird.

<sup>189</sup> Als Koordinaten des Standortes der Deponie Höli werden die Werte 47,49365 / 7,74061 (WGS84) verwendet.

<sup>190</sup> Vgl. Act. V.1 für detaillierte Erläuterungen zur Abfrage der Fahrzeiten zwischen Herkunftsort und dem Standort der Deponie Höli.

#### B.1.5.2.4 Abfälle Typ B

140. In Abbildung 3 ist die Verteilung der Fahrzeit zwischen dem Herkunftsort und der Deponie Höli für die im Zeitraum 2011–2021 in der Deponie Höli entsorgten Abfälle des Typs B dargestellt. Dabei wird wie erwähnt nicht zwischen wiederverwertbaren und nichtwiederverwertbaren Abfällen unterschieden.<sup>191</sup> Der Sprung bei einer Fahrzeit von 34 Minuten ist darauf zurückzuführen, dass die Stadt Basel 34 Fahrminuten von der Deponie Höli entfernt ist. Ein grosser Teil der in der Deponie Höli entsorgten Abfälle des Typs B stammt aus der Stadt Basel.

Abbildung 3: Verteilung der Fahrzeit Herkunftsort-Höli, Abfälle Typ B, 2011–2021.

[...]

Quelle: Act. II.B.15 (EGI-Daten des Kantons Basel-Landschaft); here.com (Fahrzeiten).

141. Nachfolgend wird in Abbildung 4 die Herkunft der Abfälle des Typs B differenziert nach Herkunftsgemeinde grafisch dargestellt. Zu diesem Zweck wurden wiederum die EGI-Daten ausgewertet, welche für den Zeitraum 2011–2021 vorliegen. Zur besseren Übersichtlichkeit wurden ausschliesslich Gemeinden eingezeichnet, aus welchen Anlieferungen von mindestens 100 Tonnen Abfälle genehmigt wurden. Dadurch entfallen nur vernachlässigbare Mengen, nämlich 0,002 % der im Zeitraum 2011–2021 genehmigten Mengen für Abfälle des Typs B.<sup>192</sup> Die Kantons- und Landesgrenzen sind blau eingezeichnet.

Abbildung 4: Herkunftsgemeinden der in der Deponie Höli entsorgten Abfälle Typ B, 2011–2021.<sup>193</sup>

[...]

Quelle: Act. II.B.15 (EGI-Daten des Kantons Basel-Landschaft); Swisstopo.

142. Aus Abbildung 4 ist ersichtlich, dass praktisch alle der in der Deponie Höli deponierten Abfälle aus den Kantonen Basel-Landschaft, Basel-Stadt, Solothurn und Aargau stammen.

143. Die Verteilung der in der Deponie Höli entsorgten Abfälle des Typs B auf die verschiedenen Herkunftskantone geht noch klarer aus der nachfolgenden Abbildung 5 hervor. Datengrundlage sind wiederum die EGI-Daten des Kantons Basel-Landschaft. Zur Erstellung von Abbildung 5 wurden erneut die im Zeitraum 2011–2021 zur Entsorgung in der Deponie Höli genehmigten Abfälle des Typs B berücksichtigt.

Abbildung 5: Herkunft der zur Deponierung in der Deponie Höli genehmigten Abfälle Typ B, 2011–2021.

[Basel-Landschaft: > 50 %;

Basel-Stadt: 25–30 %;

Aargau: 15–20 %;

Solothurn: 5–10 %;

Andere: < 1 %]

Quelle: Act. II.B.15 (EGI-Daten des Kantons Basel-Landschaft).

144. Der Kanton Basel-Landschaft untersuchte unabhängig vom vorliegenden Verfahren im Hinblick auf die Beantwortung einer parlamentarischen Anfrage die Herkunft der in der Deponie Höli entsorgten Abfälle.<sup>194</sup> Die Ergebnisse der entsprechenden Abklärungen sind in Tabelle 4 dargestellt. Bei der Interpretation dieser Ergebnisse sind die folgenden Unterschiede im Vergleich zur vorangehenden Auswertung der EGI-Daten zu berücksichtigen:

- Die Zahlen des Kantons Basel-Landschaft beziehen sich auf die Jahre 2015–2017 statt auf den Zeitraum 2011–2021.
- Die Zahlen des Kantons Basel-Landschaft enthalten im Gegensatz zur vorangehenden Auswertung der EGI-Daten nicht nur Abfälle des Typs B, sondern auch Abfälle des Typs A.
- Die Zahlen des Kantons Basel-Landschaft geben die deponierten Mengen wieder, während die vorangehende Auswertung die genehmigten Mengen verwendet.

145. Trotz dieser Unterschiede entsprechen die Ergebnisse des Kantons Basel-Landschaft zur Bedeutung der verschiedenen Herkunftskantone weitgehend den in Abbildung 5 dargestellten, anhand der EGI-Daten berechneten Zahlen.

<sup>191</sup> Der Vollständigkeit halber ist die Verteilung der Fahrzeit zwischen den Herkunftsorten der Abfälle und dem Standort der Deponie Höli im Appendix separat für Mischabbruch (Abbildung 11) und andere Abfälle des Typs B (Abbildung 12) dargestellt. Grundsätzlich ist es möglich, Mischabbruch wiederzuverwerten (vgl. Rz 75 ff.). Deshalb ist es möglich, dass es sich bei einem Teil des in der Deponie Höli entsorgten Mischabbruchs um wiederverwertbare Abfälle des Typs B handelt. Aus Abbildung 11 und Abbildung 12 geht hervor, dass die Verteilung der Fahrzeit zwischen Herkunftsort und Deponie Höli bei Mischabbruch im Wesentlichen gleich ausfällt wie bei anderen Abfällen des Typs B. Auch aus diesem Grund ist keine weitere Differenzierung erforderlich.

<sup>192</sup> Der Vollständigkeit halber ist in Abbildung 13 im Appendix zusätzlich die gleiche Darstellung für Abfälle des Typs A enthalten. Auch dort sind nur Gemeinden mit mindestens 100 Tonnen an genehmigten Abfällen eingezeichnet. Dadurch entfallen rund 0,2 % der genehmigten Mengen von Abfällen des Typs A.

<sup>193</sup> Die Kategorien sind so eingeteilt, dass eine gleich grosse Anzahl von Gemeinden in jede der 5 mit unterschiedlichen Farben gekennzeichneten Kategorien fällt.

<sup>194</sup> Act. II.A.1.11, Tabelle 1, S. 5.

Tabelle 4: Herkunft der in der Deponie Höli deponierten Mengen, 2015–2017.

Herkunftskanton	Anteil
Basel-Landschaft	43–52 %
Basel-Stadt	26–30 %
Aargau	15–20 %
Solothurn	5–8 %
Diverse	0–1 %

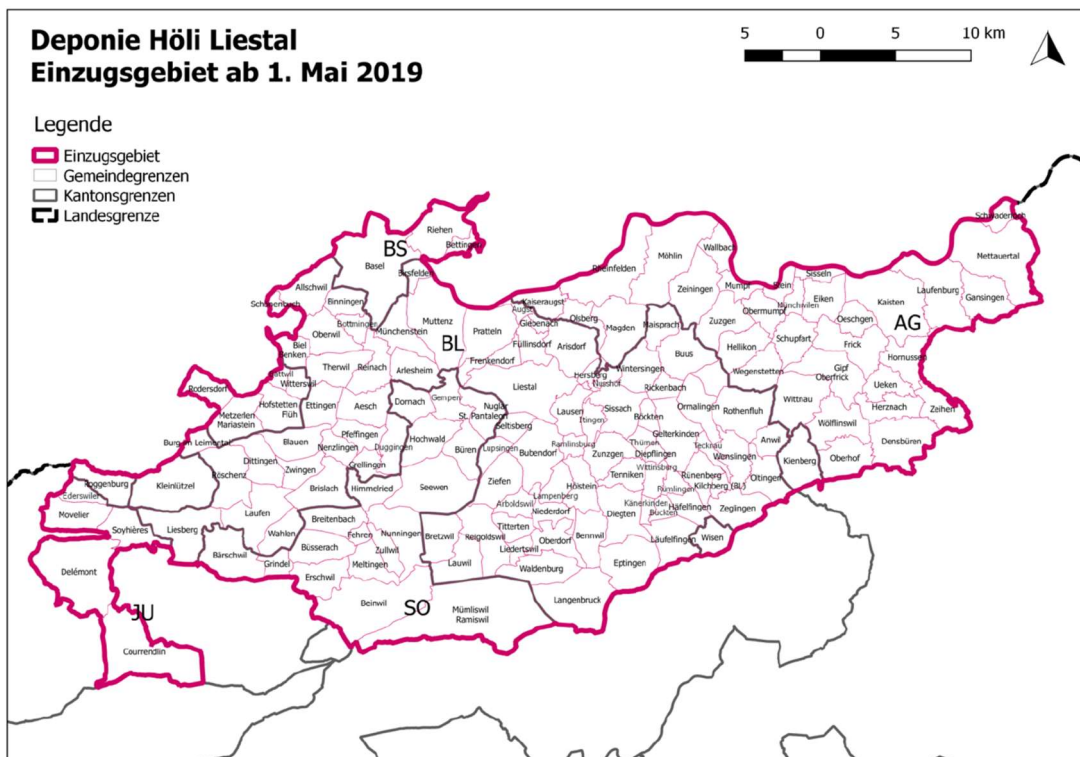
Quelle: Kanton Basel-Landschaft (Act. II.A.1.11, Tabelle 1).

146. Damit ist erstellt, dass rund 75 % der in der Deponie Höli entsorgten Abfälle des Typs B aus den Kantonen Basel-Landschaft und Basel-Stadt stammen. Die restlichen Abfallmengen stammen im Wesentlichen aus den Kantonen Aargau und Solothurn.

#### B.1.5.2.5 Einschränkung des Einzugsgebiets ab 1. Mai 2019

147. Ab dem 1. Mai 2019 legte die Deponie Höli Liestal AG ein Einzugsgebiet fest. Seither sollen nur noch Anlieferungen von Baustellen angenommen werden, die sich innerhalb dieses Einzugsgebiets befinden. Das Einzugsgebiet ist in Abbildung 6 abgebildet.<sup>195</sup>

Abbildung 6: Einzugsgebiet Deponie Höli ab 1. Mai 2019.



Quelle: Act. II.A.2.5; Act. IV.8, Rz 43.

148. Die Festlegung des erwähnten Einzugsgebiets am 1. Mai 2019 hatte einen gewissen Einfluss auf die Verteilung der Fahrzeiten zwischen den Baustellen und der Deponie Höli. Seither wurden keine Gesuche mehr für einen ausserhalb des Einzugsgebiets gelegenen Herkunftsort akzeptiert. Als Folge dessen wurden vor allem weniger Gesuche aus dem Kanton Aargau genehmigt. Die entsprechenden Veränderungen sind nicht derart gross, dass die Fahrzeiten differenziert für den Zeitraum vor und nach der erwähnten Festlegung des Einzugsgebiets am 1. Mai 2019 untersucht werden müssten. Der

Vollständigkeit halber befinden sich die entsprechenden Auswertungen in Rz 488 f. im Appendix.

<sup>195</sup> Act. IV.8, Rz 43.



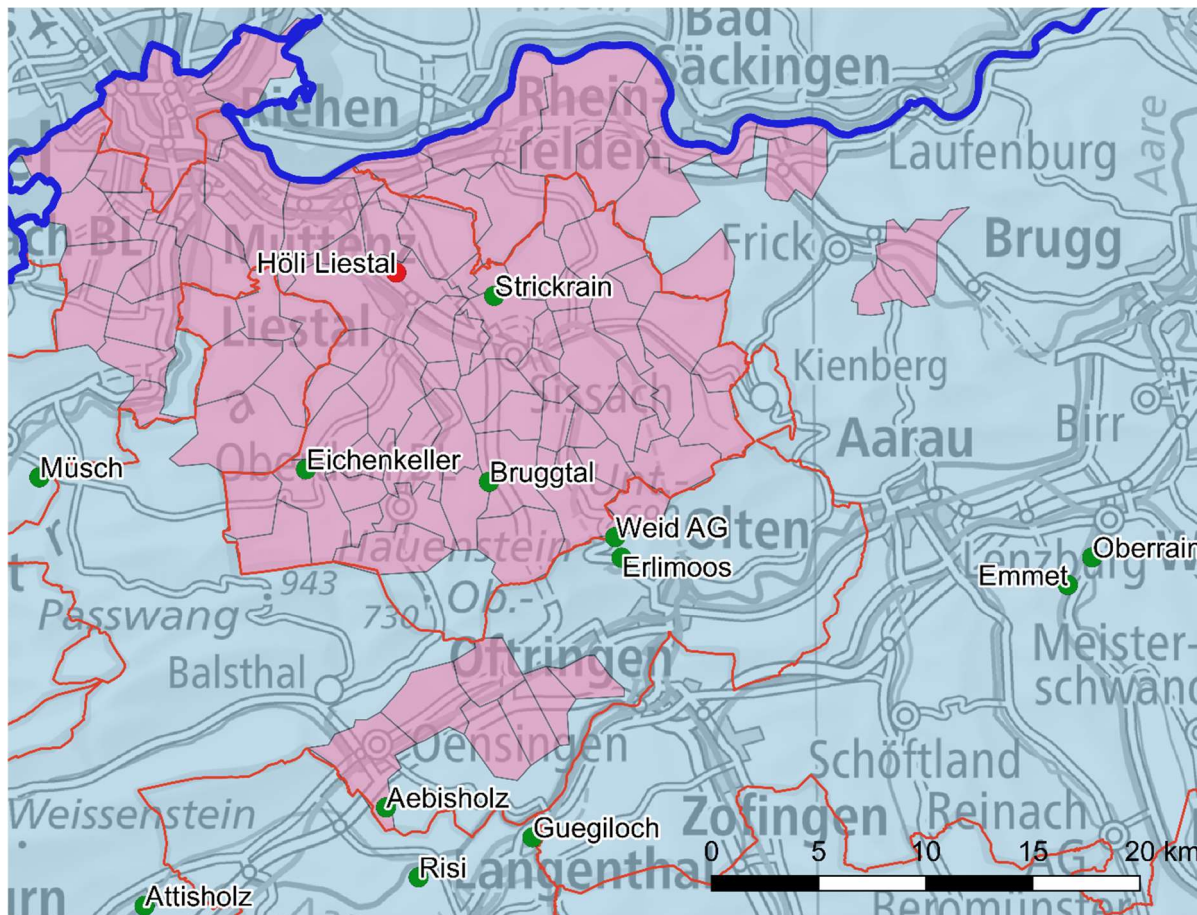
### B.1.5.2.6 Kerneinzugsgebiet für Abfälle des Typs B

149. Aus Abbildung 3 ist ersichtlich, dass der überwiegende Anteil der in der Deponie Höli entsorgten Abfälle des Typs B aus einem Umkreis von weniger als 40 Fahrminuten stammt. Für den Zeitraum vor dem 1. Mai 2019 ist dieser Anteil aufgrund der Einschränkung des Einzugsgebiets (vgl. Rz 147) etwas tiefer, für den Zeitraum nach dem 1. Mai 2019 hingegen etwas höher. Nachfolgend wird zur weiteren Untersuchung der Marktverhältnisse das folgende Kerneinzugsgebiet der Deponie Höli für Abfälle des Typs B definiert: Das Kerneinzugsgebiet entspricht dem kleinsten Fahrminutenradius um den Standort der Deponie Höli, so dass mindestens

80 % der zur Entsorgung in der Deponie Höli genehmigten Abfallmengen des Typs B aus Gemeinden stammen, die sich innerhalb dieses Fahrminutenradius befinden. Vorliegend wird dieser Anteil von 80 % bei einem Fahrminutenradius von 39 Minuten erstmals überschritten und erreicht dort einen Wert von rund 83 %.<sup>196</sup>

150. Dieses Kerneinzugsgebiet ist in Abbildung 7 dargestellt. Es handelt sich dabei nicht um ein zusammenhängendes Gebiet, weil die Fahrzeit aufgrund unterschiedlich guter Strassenverbindungen nicht mit der Distanz übereinstimmt. Wenn eine Gemeinde zum Beispiel über einen eigenen Autobahnanschluss verfügt, verkürzt sich dadurch die Fahrzeit zur Deponie Höli, die ebenfalls einen eigenen Autobahnanschluss hat.

Abbildung 7: Kerneinzugsgebiet der Deponie Höli für Abfälle des Typs B.



Quelle: here.com (Fahrzeiten); Swisstopo.

### B.1.5.3 Marktanteile der Deponie Höli

#### B.1.5.3.1 Einleitung

151. Nachfolgend werden die Marktanteile der Deponie Höli Liestal AG separat für Abfälle des Typs A (Rz 152 f.), wiederverwertbare Abfälle des Typs B (Rz 157 ff.) sowie für nichtwiederverwertbare Abfälle des Typs B (Rz 165 ff.) berechnet.

#### B.1.5.3.2 Abfälle Typ A

152. Gemäss Angaben des Kantons Basel-Landschaft schätzt die «Taskforce Baustoffkreislauf Regio Basel» (vgl. Rz 93) die jährlich in der «Region Basel»<sup>197</sup> anfallenden

Abfallmengen. Diese Schätzungen sind in Tabelle 5 eingetragen.

<sup>196</sup> Der räumlich relevante Markt wird hinten auf das Kerneinzugsgebiet abgegrenzt. Diese Marktabgrenzung wird bei der Behandlung der Rechtsfrage der Marktabgrenzung begründet (Rz 331 ff.).

<sup>197</sup> Mutmasslich ist dabei nicht der Wirtschaftsraum Basel gemeint (vgl. Fn 20), sondern das Gebiet der Kantone Basel-Landschaft und Basel-Stadt. Die genaue Definition ist vorliegend nicht relevant, weil die Deponie Höli unabhängig davon sehr tiefe Marktanteile bei der Annahme von Abfällen des Typs A erreicht.

153. Bei der Interpretation dieser Schätzungen ist zu berücksichtigen, dass mutmasslich ein Teil der «Hergestellten und verbauten Recycling-Baustoffe» aus Abfällen des Typs B hergestellt werden. Ausserdem sind in

dieser Zusammenstellung Abfälle des Typs A noch nicht enthalten, die in im Kanton Basel-Landschaft gelegenen Deponien des Typs B entsorgt wurden. Dabei dürfte es sich aber um geringe Mengen handeln (vgl. Rz 26).

Tabelle 5: In der Region Basel jährlich anfallende Abfallmengen Typ A.

Art der Entsorgung	Geschätzte Jährliche Menge
Hergestellte und verbaute Recycling-Baustoffe	550 000 t
Export unverschmutztes Aushubmaterial ins grenznahe Ausland	900 000 t
In den Kantonen BL und BS verwertetes, unverschmutztes Aushubmaterial	850 000 t
Entsorgung in Deponien des Typs A im Kanton BL	100 000 t
Total	2 400 000 t

Quelle: Kanton Basel-Landschaft (Act.II.A.4.1, Antwort auf Fragen 3 und 5.1).

154. Zusätzlich zu den Schätzungen der erwähnten Taskforce liegt eine Schätzung der Züst Engineering AG vor, welche diese im Auftrag des Kantons Basel-Landschaft vorgenommen hat. Demnach fallen in der «Region Basel» jährlich rund 2,45 Millionen Tonnen «unbelastetes Aushub- und Ausbruchsmaterial» an.<sup>198</sup>

155. In den von der Züst Engineering AG geschätzten 2,45 Millionen Tonnen an unbelastetem Aushub- und Ausbruchmaterial sind rund 50 000 Tonnen an Abfällen des Typs A enthalten, die in Deponien des Typs B entsorgt wurden.<sup>199</sup> Diese Mengen sind in den von der Taskforce geschätzten Zahlen nicht enthalten. Addiert man diese 50 000 Tonnen zu den in Tabelle 5 aufgeführten, von der Taskforce geschätzten Abfallmengen, ergibt sich wiederum eine Gesamtmenge von 2,45 Millionen Tonnen. Folglich stimmen die Zahlen der Taskforce mit denjenigen der Züst Engineering AG überein.

156. Der Anteil der Abfälle des Typs A an den in der Deponie Höli entsorgten Abfallmengen belief sich 2011–2021 auf etwa [rund 2] % (vgl. Rz 131).<sup>200</sup> Im Zeitraum 2011–2020 wurden in der Deponie Höli durchschnittlich rund 600 000 Tonnen an Abfällen entsorgt.<sup>201</sup> Folglich nahm die Deponie Höli jährlich rund 10 000 Tonnen an Abfällen des Typs A entgegen. Damit liegt der Anteil der in der Deponie Höli entsorgten Abfälle des Typs A an den insgesamt in der Region Basel anfallenden Mengen an Abfällen des Typs A bei unter einem Prozent.<sup>202</sup>

### B.1.5.3.3 Wiederverwertbare Abfälle Typ B

157. Wiederverwertbare Abfälle des Typs B, die in der Region Basel anfallen, können auf verschiedene Arten entsorgt werden:

- Die Abfälle können in der Region selber wiederverwertet werden;
- Die Abfälle können ausserhalb der Region wiederverwertet werden;
- Die Abfälle können in Deponien des Typs B entsorgt werden.

158. Zu den auf die verschiedenen Arten entsorgten bzw. wiederverwerteten Mengen dieser Abfälle liegen nur unvollständige Angaben vor. Teilweise werden die entsprechenden Daten erst seit kurzem oder gar nicht erfasst. Andere Angaben könnten zwar zusätzlich erhoben werden, das ist aber nicht erforderlich. Die vorliegenden Angaben reichen aus, um die Marktstellung der Deponie Höli im Markt für die Entgegennahme wiederverwertbarer Abfälle des Typs B einschätzen zu können.

159. Der Kanton Basel-Landschaft erfasst seit 2018 die durch stationäre Anlagen im Kanton Basel-Landschaft wiederverwerteten Mengen an Bauabfällen. Die Herkunft der dort wiederverwerteten Abfälle wird nicht erfasst. Die Erfassung der Menge erfolgt in Kubikmetern. Gemäss Angaben des Kantons Basel-Landschaft wiegt 1 Kubikmeter zwischen 1,8 und 2 Tonnen.<sup>203</sup> Die entsprechenden Mengen sind in Tabelle 6 für die Jahre 2018 und 2019 angegeben. Zur Umrechnung von Kubikmetern zu Tonnen wird ein Faktor von 1,9 Tonnen pro Kubikmeter verwendet. Bei den entsprechenden Abfällen handelt es sich um wiederverwertbare Abfälle des Typs B.

<sup>198</sup> Act. II.B.2, S. 16. Die genannte Schätzung befindet sich in der aktuellsten ausführlichen Version des Berichts Züst («Bericht – Version 13.6.2019», vgl. Rz 77). Auch an dieser Stelle muss nicht geklärt werden, ob sich diese Aussage auf das Gebiet der beiden Kantone Basel-Landschaft und Basel-Stadt oder auf die Wirtschaftsregion Basel (vgl. Fn 20) bezieht.

<sup>199</sup> Gemäss dem erwähnten Bericht der Züst Engineering AG vom 13.6.2019 werden in den Deponien des Typs B im Kanton Basel-Landschaft jährlich rund 50 000 Tonnen an Abfällen des Typs A entsorgt (Act. II.B.2, S. 14). Diese Schätzung scheint im Vergleich zum Anteil der gemäss EGI-Daten bewilligten Mengen eher hoch (vgl. Rz 131). Eine genauere Quantifizierung ist vorliegend nicht erforderlich, weil eine solche nicht zu einer anderen Beurteilung der Marktstellung der Deponie Höli bei der Annahme von Abfällen des Typs A führen kann.

<sup>200</sup> Dabei handelt es sich um den Anteil an den genehmigten Mengen.

<sup>201</sup> Act. II.B.7.

<sup>202</sup> Dabei wird nicht differenziert zwischen wiederverwertbaren Abfällen des Typs A und nichtwiederverwertbaren Abfällen des Typs A. Eine solche Differenzierung ist für Abfälle des Typs A nicht erforderlich, weil aufgrund der geringen in der Deponie Höli entsorgten Mengen deren Marktstellung auch so eingeschätzt werden kann.

<sup>203</sup> Act. II.A.4.1, Antwort auf Frage 5.1.

Tabelle 6: Marktanteil Deponie Höli wiederverwertbare Abfälle Typ B, 2018–2019.

Abfallart	2018 (t)	2019 (t)
In BL wiederverwerteter Betonabbruch	242 077	161 610
In BL wiederverwerteter Mischabbruch	34 907	5 352
In BL wiederverwerteter Strassenaufbruch	2 337	20 457
In BL wiederverwerteter Ausbauasphalt	45 777	53 196
Export Mischabbruch aus BL und BS	[10 000– 20 000]	[10 000– 20 000]
30 % der in Deponien des Typs B entsorgten Abfälle <sup>204</sup>	304 161	284 221
Total	[639 259– 649 259]	534 837– 544 837]
Davon Höli (30 % der in der Höli entsorgten Abfälle)	226 965	214 436
Anteil Höli	[34–36] %	[38–40] %

Quelle: Kanton Basel-Landschaft (Act. II.A.4.1); BAFU (Act. II.B.8; Act. II.B.12).

160. Ein Teil der in der Region Basel anfallenden wiederverwertbaren Abfälle des Typs B wird in Anlagen wiederverwertet, die sich nicht im Kanton Basel-Landschaft befinden. Ausserdem werden auch mit mobilen Anlagen Bauabfälle wiederverwertet. Zu den entsprechenden Mengen liegen keine verlässlichen Angaben vor.

161. Ein weiterer Teil der in der Region Basel anfallenden wiederverwertbaren Abfälle des Typs B wird im Ausland wiederverwertet. Gemäss Art. 17 Bst. d VeVA dürfen Abfälle grundsätzlich nicht zum Zweck der Ablagerung auf einer Deponie ins Ausland ausgeführt werden. Hingegen ist es grundsätzlich möglich, Abfälle zur Wiederverwertung ins Ausland zu exportieren (vgl. Rz 47 ff.). Gemäss Angaben des Kantons Basel-Landschaft werden seit einigen Jahren tatsächlich «geringe Mengen an ausgesuchten mineralischen Bauabfällen» exportiert.<sup>205</sup> Dabei handelt es sich insbesondere um Mischabbruch. Da solche Exporte bewilligungspflichtig sind, liegen dem BAFU Zahlen zu den ausgeführten Mengen vor. Aus den Kantonen Basel-Landschaft und Basel-Stadt wurden in den Jahren 2018 und 2019 jeweils rund [10 000–20 000] Tonnen Mischabbruch ins Ausland exportiert.<sup>206</sup> Diese Zahlen sind ebenfalls in Tabelle 6 aufgeführt.<sup>207</sup>

162. Schliesslich wird ein Teil der in der Region Basel anfallenden wiederverwertbaren Abfälle des Typs B in den Deponien des Typs B der Region entsorgt.<sup>208</sup> Dabei handelt es sich um weniger als 30 % der insgesamt in diesen Deponien entsorgten Mengen (vgl. Rz 75 ff.). Die entsprechenden Mengen sind ebenfalls in Tabelle 6 eingetragen.

163. Tabelle 6 enthält wie erwähnt nicht alle der in der Region Basel anfallenden wiederverwertbaren Abfälle des Typs B. Insbesondere in den Kantonen Basel-Stadt, Solothurn oder Aargau aufbereitete Abfälle sind nicht erfasst. Auch in mobilen Anlagen aufbereitete Abfälle sind darin nicht enthalten. Ausserdem handelt es sich beim in Tabelle 6 verwendeten Anteil von 30 % an den

in Deponien des Typs B entsorgten Abfällen um eine Obergrenze. Entsprechend sind auch die angegebenen Marktanteile der Deponie Höli als Obergrenze zu betrachten. Einerseits ist die tatsächlich in der Region Basel anfallende Menge wiederverwertbarer Abfälle des Typs B grösser, andererseits ist die in der Deponie Höli entsorgte Menge kleiner als 30 %. Deshalb ist der Marktanteil der Deponie Höli bei der Entgegennahme von wiederverwertbaren Abfällen des Typs B in der Region Basel tiefer als der in Tabelle 6 für die Jahre 2018

<sup>204</sup> Zur Berechnung der in Deponien des Typs B insgesamt entsorgten Abfallmengen werden die Angaben des BAFU verwendet (Act. II.B.8). Berücksichtigt werden alle in den Kantonen Basel-Landschaft und Basel-Stadt gelegenen Deponien des Typs B, weil sich auch die anderen in Tabelle 6 aufgeführten Angaben auf diese Kantone oder sogar nur auf den Kanton Basel-Landschaft beziehen. Konkret handelt sich um die Deponien Höli, Strickrain, Bruggtal und Müsch (die Deponie Eichenkeller nahm ab 2015 keine Abfälle mehr entgegen). Im Jahr 2018 wurden in diesen Deponien insgesamt 1 013 871 Tonnen Abfälle entsorgt, im Jahr 2019 waren es 947 403 Tonnen. Weil es sich bei maximal 30 % dieser Abfälle um wiederverwertbare Abfälle des Typs B handelt (vgl. Rz 75 ff.), sind in Tabelle 6 nur 30 % dieser Mengen, also 304 161 Tonnen für das Jahr 2018 und 284 221 Tonnen für das Jahr 2019 eingetragen.

<sup>205</sup> Beantwortung der Interpellation 2018/667 von Erika Eichenberger «Zur Deponie von Inertstoffen» durch den Regierungsrat des Kantons Basel-Landschaft, S. 7; verfügbar online unter <baselland.talus.ch/de/politik/cdws/dok\_geschaef.php?did=474386c04ad54b9cb2c7b4320cf9a098-332&filename=Beantwortung\_der\_Interpellation&v=4&r=PDF&typ=pdf> (15.6.2021).

<sup>206</sup> Act. II.B.12.

<sup>207</sup> Gemäss Angaben der Deponie Höli Liestal AG wurden im Jahr 2020 120 000 Tonnen Mischabbruch [ab Hafen] exportiert. Zusätzlich habe das Unternehmen [F7] 9609 Tonnen Mischabbruch exportiert (Act. IV.22, Beilage 1). Gemäss der «Statistik der übrigen notifizierungspflichtigen Abfälle 2020» (verfügbar unter <www.bafu.admin.ch/bafu/de/home/themen/abfall/zustand/daten.html> 17.06.2022) wurden im Jahr 2020 aus der ganzen Schweiz insgesamt 117 836 Tonnen Mischabbruch zur Wiederverwertung in das Ausland exportiert. Das entspricht etwa der von der Deponie Höli angegebenen Menge. Vorliegend sind aber nur die in der Region Basel angefallenen Abfälle relevant. Deshalb sind in Tabelle 6 nur diese Mengen eingetragen.

<sup>208</sup> Die in den Deponien Höli, Bruggtal, Strickrain und Müsch entsorgten Mengen werden dabei berücksichtigt. Es wird auf die vom BAFU angegebenen deponierten Mengen abgestellt (Act. II.B.8).



und 2019 ausgewiesene Anteil von 35–40 %. Aus diesen Gründen steht fest, dass die Deponie Höli in den Jahren 2018 und 2019 einen Marktanteil von weniger als 35–40 % im Markt für wiederverwertbare Abfälle des Typs B in der Region Basel erreichte.

164. Da die für die vorangehenden Berechnungen zentralen Zahlen erst ab dem Jahr 2018 erfasst werden,<sup>209</sup> sind keine genauen Aussagen möglich in Bezug auf den Marktanteil der Deponie Höli bei der Entgegennahme von wiederverwertbaren Abfällen des Typs B im Zeitraum 2010–2017.

#### B.1.5.3.4 Nichtwiederverwertbare Abfälle Typ B

165. Nichtwiederverwertbare Abfälle des Typs B sind Abfälle, die im Vergleich zur Deponierung nicht zu ähnlich hohen Kosten wiederverwertet werden können (vgl. Rz 75 f.). Entsprechend ist die Wiederverwertung bei diesen Abfällen keine wirtschaftlich gleichwertige Alternative zur Deponierung. Die Deponierung in anderen Deponietypen ist ebenfalls keine wirtschaftliche Alternative. Solche Abfälle dürfen nicht in Deponien des Typs A entsorgt werden. Die Entsorgung in Deponien der Typen C, D oder E ist allein schon aufgrund der deutlich höheren Deponiegebühren keine gleichwertige Alternative (vgl. Rz 25). Folglich können solche Abfälle nur in Deponien des Typs B entsorgt werden. Ausserdem ist nur die Deponierung in inländischen Deponien möglich, weil diese Abfälle nur zur Wiederverwertung, nicht aber zur Deponierung exportiert werden dürfen (vgl. Rz 47 ff.).

166. Zur Einschätzung der Marktstellung der Deponie Höli sind also nur inländische Deponien des Typs B massgebend. Ausserdem sind nur diejenigen inländischen Deponien des Typs B relevant, bei welchen die Transportkosten im Vergleich zur Entsorgung in der Deponie Höli ähnlich hoch ausfallen. Nur solche Deponien stellen aus Sicht der Marktgegenseite eine Ausweichmöglichkeit zur Entsorgung in der Deponie Höli dar.

167. Nachfolgend wird der Marktanteil der Deponie Höli an den im Zeitraum 2010–2021 im Kerneinzugsgebiet der Deponie Höli anfallenden nichtwiederverwertbaren Abfällen des Typs B berechnet. Dazu werden zunächst die EGI-Daten zu den genehmigten Abfallmengen verwendet (Rz 168 ff.). Diese Daten haben den Vorteil, dass darin der Herkunftsort der Abfälle ersichtlich ist. Dafür handelt es sich aber nicht um die tatsächlich deponierten, sondern um die genehmigten Mengen. Deshalb wird der erwähnte Marktanteil anschliessend zusätzlich anhand von Zahlen des BAFU und des Kantons Basel-Landschaft zu den tatsächlich deponierten Mengen berechnet (Rz 173 ff.), bevor die Verlässlichkeit der entsprechenden Berechnungen geprüft wird (Rz 180 ff.).

#### Genehmigte Mengen (EGI-Daten)

168. Das Kerneinzugsgebiet der Deponie Höli entspricht dem kleinsten Fahrminutenradius um den Deponiestandort, so dass mindestens 80 % der in der Deponie Höli entsorgten Abfälle aus diesem Gebiet stammen. Es besteht aus Gemeinden der Kantone Basel-Landschaft, Basel-Stadt, Solothurn und Aargau (vgl. Rz 149). Die Kantone Basel-Landschaft, Basel-Stadt und Solothurn erfassen den Herkunftsort der im Kantonsgebiet anfallenden Abfälle des Typs B über das EGI-System (vgl.

Rz 44 ff.). Anhand dieser Daten kann der Anteil der Deponie Höli an den im Kerneinzugsgebiet anfallenden Mengen nichtwiederverwertbarer Abfälle des Typs B geschätzt werden.

169. Für die im Kanton Aargau gelegenen Gemeinden liegen keine EGI-Daten und damit auch keine Angaben dazu vor, wo die dort anfallenden Abfälle deponiert werden, ausser die Deponierung erfolgte in den Kantonen Basel-Landschaft, Basel-Stadt oder Solothurn. Aus diesem Grund kann der Marktanteil der Deponie Höli aufgrund der EGI-Daten nur für denjenigen Teil des Kerneinzugsgebiets berechnet werden, der in den Kantonen Basel-Landschaft, Basel-Stadt oder Solothurn liegt. Die im Kanton Aargau gelegenen Gemeinden haben einen Anteil von rund 10 % an den insgesamt aus dem Kerneinzugsgebiet genehmigten Anlieferungen von Abfällen des Typs B an die Deponie Höli.<sup>210</sup>

170. Die EGI-Daten der Kantone Basel-Landschaft, Basel-Stadt und Solothurn liegen vor für den Zeitraum vom 7. Oktober 2011 bis zur Schliessung der Deponie Höli am 12. Mai 2021. Der Anteil der Deponie Höli an den in diesem Zeitraum genehmigten Mengen<sup>211</sup> beläuft sich auf [> 65] %. Die nächstgrösste Deponie ist die Deponie Bruggtal mit einem Anteil von [< 15 %]. Die Verteilung der genehmigten Mengen auf die verschiedenen Deponien ist in Abbildung 8 dargestellt. Lieferungen an Deponien mit einem Anteil von weniger als einem Prozent werden unter der Bezeichnung «Diverse» zusammengefasst.

Abbildung 8: Anteil an im Kerneinzugsgebiet (exkl. Aargau) angefallenen Abfallmengen Typ B gemäss EGI-Daten, 2011–2021.

[Höli: > 65 %

Bruggtal: < 15 %

Eichenkeller: < 15 %

Strickrain: < 10 %

Attisholz: < 10 %

<sup>209</sup> Act. II.A.4.1, Antwort auf Frage 5.1.

<sup>210</sup> Der Anteil der aus dem Kanton Aargau stammenden Abfälle an der insgesamt in der Deponie Höli entsorgten Menge beläuft sich auf rund [15–20] % (vgl. Abbildung 5 oben). Im Vergleich dazu ist der Anteil der Aargauer Gemeinden an den aus dem Kerneinzugsgebiet angelieferten Abfallmengen mit rund 10 % deutlich kleiner. Der Grund dafür ist, dass nur rund 83 % der in der Deponie Höli entsorgten Abfälle aus dem Kerneinzugsgebiet stammen (vgl. Rz 149). Die verbleibenden rund 17 % der Abfälle werden zu einem relativ grossen Teil aus Aargauer Gemeinden angeliefert, die ausserhalb des Kerneinzugsgebiets liegen.

<sup>211</sup> Zur Berechnung des anhand der EGI-Daten eruierten Marktanteils der Deponie Höli bei der Entgegennahme von nichtwiederverwertbaren Abfällen des Typs B werden alle in den genannten Deponien des Typs B entsorgten Abfallarten ausser Abfällen des Typs A verwendet (VeVA-Codes 17 05 04 und 17 05 06, vgl. Rz 131). Eine Unterscheidung zwischen wiederverwertbaren und nichtwiederverwertbaren Abfällen des Typs B ist zur Berechnung dieses Marktanteils hingegen weder erforderlich noch möglich. Sie ist nicht möglich, weil in den EGI-Daten Eigenschaften, welche für die Wiederverwertbarkeit entscheidend sind, nicht erfasst sind (z.B. Feinstaubanteil, vgl. Rz 61 ff.). Sie ist nicht erforderlich, weil davon auszugehen ist, dass die Anteile der vorliegend unterschiedenen Abfallarten (Typ A, wiederverwertbar Typ B, nichtwiederverwertbar Typ B) bei allen relevanten Deponien vergleichbar ausfallen (vgl. Rz 183 f.).

Müsch: < 10 %

Aebisholz: < 10 %

Diverse: < 10 %]

Quelle: Act. II.A.10; Act. II.B.13; Act. II.B.15 (EGI-Daten).

171. Der Anteil der Deponie Höli an den im Kerneinzugsgebiet angefallenen und genehmigten Abfallmengen des Typs B entspricht nicht exakt dem Marktanteil der Deponie Höli. Diesbezüglich bestehen die folgenden Unterschiede:

- Es handelt sich um die zur Deponierung genehmigten und nicht um die tatsächlich deponierten Mengen. Die tatsächlich deponierte Menge ist in der Regel etwas geringer als die bewilligte Menge (vgl. Fussnote 181). Trotzdem sind die genehmigten Mengen nützlich zur Einschätzung der deponierten Mengen. Insbesondere weil die Abweichungen in der Regel nicht sehr gross sind und weil die Gründe für allfällige Abweichungen bei allen Deponien gleichermassen Anwendung finden (vgl. Fussnote 181). Deshalb ist davon auszugehen, dass es keine relevanten Unterschiede zwischen den verschiedenen Deponien in Bezug auf die Differenz zwischen der genehmigten und der deponierten Menge gibt.
- Abfälle, welche in Aargauer Gemeinden anfallen, die im Kerneinzugsgebiet liegen, sind nicht erfasst. Diese machen rund 10 % der aus dem Kerneinzugsgebiet stammenden, in der Deponie Höli deponierten Abfälle des Typs B aus. Da die Deponie Höli im Vergleich zu den grössten Konkurrentinnen Bruggtal und Eichenkeller näher bei diesen nicht in die Auswertung einflussenden Gemeinden liegt, dürfte der Marktanteil der Deponie Höli höher ausfallen als ihr vorangehend berechneter Anteil an den genehmigten Lieferungen.<sup>212</sup>

172. Aus diesen Gründen ist davon auszugehen, dass der Marktanteil der Deponie Höli im Markt für nichtwiederverwertbare Abfälle des Typs B in ihrem Kerneinzugsgebiet im Zeitraum 2011–2021 rund [ $> 65$ ] % beträgt.

### Deponierte Mengen

173. Zur Überprüfung der anhand der EGI-Daten vorgenommenen Berechnungen werden nachfolgend Daten zu den jährlich in den relevanten Deponien des Typs B entsorgten Abfallmengen herangezogen. Im Gegensatz zu den EGI-Daten enthalten diese Daten keine Angaben zur Herkunft der Abfälle oder zur genauen, anhand eines VeVA-Codes identifizierten Abfallart. Dafür handelt es sich um die tatsächlich deponierten und nicht lediglich um die genehmigten Mengen. Während die EGI-Daten für den Zeitraum 2011–2021 vorliegen, liegen die Daten zu den tatsächlich deponierten Mengen für den Zeitraum 2010–2020 vor.

174. Zunächst muss geklärt werden, welche Deponien in die entsprechende Auswertung einbezogen werden müssen. Die Deponien Höli, Bruggtal, Eichenkeller, Strickrain und Aebisholz liegen alle im Kerneinzugsgebiet (vgl. Abbildung 7 oben). Deshalb werden die in diesen Deponien entsorgten Mengen berücksichtigt. Der Anteil der Deponie Höli an den in diesen Deponien im

Zeitraum 2010–2020 entsorgten Abfallmengen beläuft sich auf [ $< 65$ ] % und entspricht damit ziemlich genau dem Anteil der Deponie Höli an den genehmigten Mengen (vgl. Rz 168). Die Verteilung der deponierten Mengen auf die verschiedenen Deponien ist in Abbildung 9 angegeben.

Abbildung 9: Anteile an den im Kerneinzugsgebiet in Deponien des Typs B entsorgten Mengen, 2010–2020.

[Höli:  $> 65$  %

Bruggtal:  $< 20$  %

Strickrain:  $< 10$  %

Aebisholz:  $< 10$  %

Eichenkeller:  $< 10$  %]

Quelle: Act. II.B.8 (BAFU).

175. Die vom BAFU eingereichten Daten<sup>213</sup> zu den im Kanton-Basel-Landschaft gelegenen Deponien des Typs B stimmen nicht vollständig mit den vom Kanton Basel-Landschaft eingereichten Daten<sup>214</sup> überein. Die Zahlen unterscheiden sich im Wesentlichen in Bezug auf die folgenden Punkte:

- Die in der Deponie Höli im Jahr 2010 entsorgte Abfallmenge ist gemäss Kanton rund 50 000 Tonnen höher als gemäss den Zahlen des BAFU.<sup>215</sup>
- Der Kanton Basel-Landschaft führt im Jahr 2010 zusätzlich die Deponie Chueffel in Lausen auf. Darin seien im Jahr 2010 rund 115 000 Tonnen Abfälle des Typs B entsorgt worden. Erst ab 2011 seien dort keine Abfälle mehr entsorgt worden. In den Angaben des BAFU taucht diese Deponie auch für das Jahr 2010 nicht auf.
- Die in der Deponie Eichenkeller entsorgten Abfallmengen sind gemäss Kanton in den Jahren 2012–2014 geringer als gemäss BAFU. Der Unterschied beträgt rund 20 000 Tonnen in den Jahren 2013 und 2014 und rund 60 000 Tonnen im Jahr 2012.
- Die in der Deponie Strickrain im Jahr 2018 entsorgte Menge ist gemäss Kanton rund 10 000 Tonnen höher als gemäss BAFU.

<sup>212</sup> Wenn Abfall des Typs B, der in einer im Kerneinzugsgebiet gelegenen Aargauer Gemeinde in eine in den Kantonen Basel-Stadt, Basel-Landschaft oder Solothurn gelegene Deponie geliefert wird, liegt die entsprechende Genehmigung vor, da in diesem Fall ein Gesuch über das EGI-System des Standortkantons der Deponie gestellt werden muss. Hingegen liegen die Gesuche für Deponierungen in anderen Kantonen nicht vor. Schliesst man die vorliegenden Gesuche der Aargauer Gemeinden in die Berechnung des Anteils der Deponie Höli an den insgesamt zur Entsorgung bewilligten Mengen von im Kerneinzugsgebiet anfallenden Abfällen des Typs B ein, erreicht die Deponie Höli einen Anteil von [ $> 65$ ] %.

<sup>213</sup> Act. II.B.8.

<sup>214</sup> Act. II.A.4.5.

<sup>215</sup> Gemäss Angaben der Deponie Höli Liestal wurden im Jahr 2010 173 355 Tonnen Abfälle in der Deponie Höli entsorgt (Act. IV.8, Beilage 30). Diese Zahlen stimmen mit denjenigen des Kantons Basel-Landschaft überein.

176. Werden statt der vom BAFU die vom Kanton Basel-Landschaft ausgewiesenen Mengen verwendet, liegt der Anteil der Deponie Höli an den in den Deponien Höli, Bruggtal, Strickrain, Aebisholz, Eichenkeller und Chueftel entsorgten Mengen an Abfällen bei [ $> 65$ ] % und unterscheidet sich damit kaum vom anhand der Zahlen des BAFU berechneten Anteil von [ $> 65$ ] %. Ausserdem stimmen diese Zahlen mit der Einschätzung eines fachkundigen Zeugens überein.<sup>216</sup>

177. Um sicherzustellen, dass allfällige Datenfehler die berechneten Anteile der Deponie Höli nicht beeinträchtigen, wird zusätzlich ein weiterer Anteil berechnet. Für die Jahre 2010–2019 liegen für die im Kanton Basel-Landschaft gelegenen Deponien des Typs B jeweils sowohl die vom BAFU als auch die vom Kanton angegebene Menge vor. Zur Berechnung des Anteils der Deponie Höli wird jeweils die grössere der beiden Mengen verwendet, ausser bei den in der Deponie Höli entsorgten Mengen. Dort wird jeweils die kleinere Menge herangezogen. So kann eine Untergrenze für den Anteil der Deponie Höli berechnet werden. Diese liegt bei [ $> 65$ ] %. Aus diesem Grund ist es nicht erforderlich, die vorliegenden Diskrepanzen zwischen den Angaben

des Kantons Basel-Landschaft und denjenigen des BAFU genauer zu untersuchen. Unabhängig davon, welche Daten verwendet werden, ergibt sich ein Anteil der Deponie Höli von rund [ $> 65$ ] % an den im Kerneinzugsgebiet in Deponien des Typs B im Zeitraum 2010–2020 entsorgten Abfallmengen.

178. Der Vollständigkeit halber wird nachfolgend der Anteil der Deponie Höli an den im Kerneinzugsgebiet deponierten Abfällen des Typs B zusätzlich für jedes der Jahre 2010–2020 separat angegeben. Dazu werden die Angaben des BAFU verwendet. Die entsprechenden Ergebnisse sind in Tabelle 7 dargestellt. Bei der Interpretation dieser Zahlen ist zu beachten, dass die Deponie Höli ihren Betrieb erst am 25. Mai 2010 aufnahm (vgl. Rz 5). Die Deponie Höli war also im Jahr 2010 nur während rund 7 von 12 Monaten zugänglich, während alle anderen Deponien während des gesamten Jahres offenstanden. Verwendet man zur Berechnung des Anteils der Deponie Höli im Jahr 2010 nur 7/12 der in den anderen Deponien entsorgten Mengen, ergibt sich ein Marktanteil der Deponie Höli von rund [45–55] % für den Zeitraum Juni–Dezember 2010.<sup>217</sup>

Tabelle 7: Anteil der Deponie Höli an den im Kerneinzugsgebiet in Deponien des Typs B entsorgten Abfallmengen, 2010–2020.

Zeitraum	Anteil Höli
2010	[35–45] %
2011	[ $> 55$ ] %
2012	[ $> 55$ ] %
2013	[ $> 55$ ] %
2014	[ $> 55$ ] %
2015	[ $> 55$ ] %
2016	[ $> 55$ ] %
2017	[ $> 55$ ] %
2018	[ $> 55$ ] %
2019	[ $> 55$ ] %
2020	[ $> 55$ ] %
2010-2020	[ $> 65$ ] %

Quelle: Act. II.B.8 (BAFU).

### Robustheit des berechneten Marktanteils der Deponie Höli

179. Nachfolgend werden verschiedene mögliche Faktoren geprüft, welche grundsätzlich die vorangehenden Berechnungen des Marktanteils der Deponie Höli beeinträchtigen könnten. Wie dargelegt, findet vorliegend keine solche Beeinträchtigung statt.

<sup>216</sup> Gemäss der Aussage von [N5] hat die Deponie Höli einen Anteil von rund [ $> 65$ ] % an den insgesamt in Deponien des Typs B in der Region Nordwestschweiz abgelagerten Mengen (Act. III.4, Zeilen 180–181). Die Aussage bezieht sich also im Gegensatz zu den vorangehenden berechneten Marktanteilen nicht auf das Kerneinzugsgebiet, sondern auf ein im Vergleich dazu grösseres Gebiet.

<sup>217</sup> Die anderen Deponien hatten im Jahr 2010 einen Anteil von rund [55–65] % (100 % abzüglich des Anteils der Deponie Höli von [35–45] %). Gewichtet man diesen mit 7/12, reduziert er sich auf rund [32–37] % ([55–65] % multipliziert mit 7/12) [...]. Aus diesem Grund ist die Behauptung der Deponie Höli Liestal AG irreführend, sie habe im Jahr 2010 einen Marktanteil von nur [35–45] % erreicht (Act. V.25, Rz 165).

*Im Kerneinzugsgebiet anfallende Mengen, die ausserhalb deponiert werden*

180. Anhand der EGI-Daten kann überprüft werden, ob im Kerneinzugsgebiet anfallende Abfälle des Typs B in grossen Mengen ausserhalb des Kerneinzugsgebiets deponiert werden. Das ist nicht der Fall. Rund 96 % der im Kerneinzugsgebiet anfallenden, für die Entsorgung in einer Deponie des Typs B genehmigten Abfallmengen werden im Zeitraum 2011–2021 in den im Kerneinzugsgebiet gelegenen Deponien Höli, Bruggtal, Strickrain, Aebisholz oder Eichenkeller entsorgt. Deshalb ist es nicht erforderlich, ausserhalb des Kerneinzugsgebiets gelegene Deponien bei der Berechnung des Anteils der Deponie Höli zu berücksichtigen.

*Ausserhalb des Kerneinzugsgebiets anfallende Mengen, die innerhalb deponiert werden*

181. Ein Teil der in den im Kerneinzugsgebiet gelegenen Deponien entsorgten Abfallmengen wird von ausserhalb des Kerneinzugsgebiets gelegenen Baustellen angeliefert. Dieser Anteil ist je nach Deponie unterschiedlich hoch und ist im Vergleich zur Ausfuhr von Abfällen des Typs B aus dem Kerneinzugsgebiet in andere Gebiete wesentlich bedeutender. In Tabelle 8 ist für die im Kerneinzugsgebiet gelegenen Deponien des Typs B angegeben, welcher Anteil der dort zur Entsorgung genehmigten Abfälle des Typs B von ausserhalb des Kerneinzugsgebiets stammen. Dazu wurden wiederum die EGI-Daten verwendet. Deshalb beziehen sich diese Ergebnisse wiederum auf den Zeitraum 2011–2021.

182. Aus Tabelle 8 geht hervor, dass bei den Deponien Aebisholz und Bruggtal im Vergleich zur Deponie Höli ein höherer Anteil an Abfällen von ausserhalb des Kerneinzugsgebiets stammt. Hingegen ist dieser Anteil bei den Deponien Eichenkeller und Strickrain tiefer als bei der Deponie Höli. Weil die Deponien Aebisholz und Bruggtal wesentlich grösser sind als die Deponien Eichenkeller und Strickrain, fallen Letztere deutlich weniger stark ins Gewicht (vgl. Abbildung 9 oben). Vergleicht man also den Anteil der Abfälle, der von ausserhalb des Kerneinzugsgebiets stammt, liegt dieser bei der Deponie Höli tiefer als im Durchschnitt der anderen, ebenfalls für die Berechnung des Marktanteils herangezogenen Deponien Aebisholz, Bruggtal, Eichenkeller und Strickrain. Der Durchschnitt dieses Anteils,<sup>218</sup> gewichtet nach den genehmigten Abfallmengen, liegt bei den Deponien Aebisholz, Bruggtal, Eichenkeller und Strickrain bei 30,7 % während die Deponie Höli einen Anteil von lediglich [< 20] % erreicht. Deshalb ist davon auszugehen, dass der Anteil der Deponie Höli an den im Kerneinzugsgebiet angefallenen Abfällen eher höher ausfällt als ihr in Rz 173 ff. berechneter Anteil von rund [> 65] % an den im Kerneinzugsgebiet deponierten Mengen. Dabei ist ausserdem zu berücksichtigen, dass die Einfuhr von Abfällen des Typs B in das Kerneinzugsgebiet mengenmässig bedeutender ist als deren Ausfuhr. Aus diesen Gründen würde eine genaue Berücksichtigung der Zufuhr von ausserhalb des Kerneinzugsgebiets sowie der Ausfuhr aus dem Kerneinzugsgebiet eher zu einem höheren Marktanteil der Deponie Höli führen.

Tabelle 8: Anteil Abfälle Typ B mit Herkunftsort ausserhalb des Kerneinzugsgebiets, 2011–2021.

Deponie	Anteil der Abfälle Typ B mit Herkunftsort ausserhalb des Kerneinzugsgebiets
Aebisholz	[80–95 %]
Bruggtal	[15–30 %]
Höli	[< 20] %
Eichenkeller	[0–15 %]
Strickrain	[0–15 %]
Durchschnitt ohne Höli (gewichtet mit genehmigter Menge)	30,7 %

Quelle: Act. II.A.10; Act. II.B.13; Act. II.B.15 (EGI-Daten).

*Differenzierung nach Abfallarten*

183. Die jährlich in den verschiedenen Deponien des Typs B entsorgten Abfallmengen sind in den vom BAFU und dem Kanton Basel-Landschaft eingereichten Zahlen nicht nach Abfallart (z.B. VeVA-Code) differenziert. Diese Angaben liegen nur in den EGI-Daten vor. Sollte sich der Anteil der nichtwiederverwertbaren Abfälle des Typs B bei der Deponie Höli vom entsprechenden Anteil bei den anderen im Kerneinzugsgebiet gelegenen Deponien unterscheiden, könnte dadurch die Berechnung des Marktanteils der Deponie Höli im Markt für die Entgegennahme von nichtwiederverwertbaren Abfällen des Typs B verfälscht werden. Das ist aber nicht der Fall. Die

entsprechenden Anteile sind in Tabelle 9 angegeben. Dabei wird der Anteil der anderen im Kerneinzugsgebiet gelegenen Deponien Aebisholz, Bruggtal, Strickrain und Eichenkeller als mit der jeweiligen Menge gewichteter Durchschnitt berechnet.

<sup>218</sup> Zur Berechnung dieses gewichteten Durchschnitts wird zunächst für jede Deponie der Anteil der von ausserhalb stammenden Abfälle kalkuliert. Als nächstes wird dieser Anteil für jede Deponie mit der genehmigten Menge multipliziert. Erst dann wird der Durchschnitt der so gewichteten Anteile berechnet.

184. Aus Tabelle 9 geht hervor, dass der Anteil der Abfälle des Typs A bei der Deponie Höli geringer ist als bei den anderen im Kerneinzugsgebiet gelegenen Deponien des Typs B. Wiederverwertbare Abfälle des Typs B können nicht genau identifiziert werden. Als Anhaltspunkt wird deshalb der Anteil von Mischabbruch an den insgesamt deponierten Mengen angegeben, weil diese Abfallart jedenfalls aus technischer Sicht wiederverwertbar ist

(vgl. Rz 79). Der Anteil von Mischabbruch ist bei der Deponie Höli mit [15–20] % etwas tiefer als im Durchschnitt der anderen Deponien. Daher steht insgesamt fest, dass der Anteil der nichtwiederverwertbaren Abfälle des Typs B bei der Deponie Höli ähnlich hoch ausfällt wie bei den anderen im Kerneinzugsgebiet gelegenen Deponien. Deshalb sind diesbezüglich keine weiteren Differenzierungen oder Korrekturen erforderlich.

Tabelle 9: Anteil der verschiedenen Abfallarten der Deponien Typ B des Kerneinzugsgebiets, 2011–2021.

Deponie	Abfallart	Anteil
Höli	Typ B ohne Mischabbruch	[> 75] %
Höli	Mischabbruch	[15–20] %
Höli	Typ A	[rund 2] %
Andere Durchschnitt	Typ B ohne Mischabbruch	78,0 %
Andere Durchschnitt	Mischabbruch	16,0 %
Andere Durchschnitt	Typ A	5,9 %

Quelle: Act. II.A.10; Act. II.B.13; Act. II.B.15 (EGI-Daten).

#### Einbezug zusätzlicher Deponien

185. Zur vorangehend beschriebenen Berechnung des Anteils der Deponie Höli an den in ihrem Kerneinzugsgebiet angefallenen, nichtwiederverwertbaren Abfällen des Typs B wurden die in den Deponien Höli, Bruggtal, Eichenkeller, Strickrain und Aebisholz entsorgten Mengen berücksichtigt (vgl. Rz 174). Die Einschränkung auf diese Deponien ist insbesondere deshalb sachgerecht, weil kaum Abfälle aus dem Kerneinzugsgebiet exportiert werden (vgl. Rz 180 ff.).

186. Nachfolgend wird geprüft, wie stark der Marktanteil der Deponie Höli zurückgeht wenn stattdessen sämtliche Abfälle berücksichtigt werden, die in Deponien des Typs B der Kantone Basel-Landschaft, Basel-Stadt,<sup>219</sup> Solothurn oder Aargau im Zeitraum 2010–2020 entsorgt wurden. Der Einbezug all dieser Deponien entspricht einer starken Ausweitung des Gebiets, für welches die Marktanteile gemessen werden, weil nicht mehr nur die im Kerneinzugsgebiet gelegenen Deponien einbezogen werden, sondern alle in den genannten Kantonen gelegenen Deponien.

187. Der Anteil der Deponie Höli an den im Zeitraum 2010–2020 in Deponien des Typs B der Kantone Basel-Landschaft, Basel-Stadt, Solothurn und Aargau entsorgten Mengen beträgt mehr als [> 50] %.<sup>220</sup> Folglich bleibt der Marktanteil der Deponie Höli selbst bei einer wesentlichen Vergrößerung des zur Messung herangezogenen Gebiets immer noch hoch.

#### Zwischenergebnis

188. Es ist erstellt, dass die Deponie Höli einen Anteil von rund [> 65] % an den im Zeitraum 2010–2021 in ihrem Kerneinzugsgebiet angefallenen, nichtwiederverwertbaren Abfällen des Typs B aufwies.

#### B.1.5.4 Preislicher Spielraum der Deponie Höli

##### B.1.5.4.1 Einleitung

189. Der Eröffnung einer neuen Deponie des Typs B stehen hohe Markteintrittsschranken entgegen (vgl. Rz 29 ff.). Ausserdem können die bestehenden Anbieter im Gegensatz zu vielen anderen Märkten kein neues Volumen produzieren. Dazu wären Neueröffnungen oder mindestens Erweiterungen bestehender Deponien erforderlich. Wenn in dieser Situation die Nachfrage nach der Entsorgung von Abfällen des Typs B im Verhältnis zu den von den bestehenden Deponien entgegengenommenen Mengen relativ hoch ausfällt, haben die bestehenden Anbieter eine starke Verhandlungsposition und können im Markt hohe Preise durchsetzen. Vorliegend ist daher zu ermitteln, ob die Deponie Höli Liestal AG über genügend preislichen Spielraum verfügt, um sich unabhängig von anderen Marktteilnehmern zu verhalten.

190. Dazu ist zunächst festzuhalten, dass die Deponie Höli ihre Preise seit dem Jahr 2015 kontinuierlich erhöht hat (vgl. Rz 227 ff.). Trotzdem gingen die deponierten Mengen nicht zurück.<sup>221</sup> Das scheint ein erstes Indiz dafür, dass die Deponie Höli einen grossen preislichen Spielraum hatte. Zusätzlich liegen qualitative Aussagen vor, die zur Einschätzung des preislichen Spielraums der Deponie Höli relevant und nachfolgend zu würdigen sind (Rz 191 ff.). Ausserdem wird das Ausmass des preislichen Spielraums für den Zeitraum 2010–2020 anhand des Aufschlags der Deponie Höli Liestal AG auf ihre Kosten quantifiziert. Dazu werden zunächst die Kosten erfasst (Rz 206 ff.). Damit kann anschliessend die Marge der Deponie Höli berechnet werden (Rz 219 ff.).

<sup>219</sup> Im Kanton Basel-Stadt wurden im Zeitraum 2010–2020 keine Deponien des Typs B betrieben (Act. II.B.8).

<sup>220</sup> Zur Berechnung des Anteils der Deponie Höli wurden die Angaben des BAFU zu den in den genannten Deponien entsorgten Mengen verwendet (Act. II.B.8).

<sup>221</sup> Act. IV.15.1.12.

### B.1.5.4.2 Qualitative Aussagen

191. Beide einvernommenen Zeugen sagten aus, dass sich die anderen Deponien an der Preissetzung der Deponie Höli orientieren würden.<sup>222</sup>

«Preisführer ist klar die Deponie Höli. Die zwei kleineren Deponien Strickrain und Bruggtal passen ihre Preise denjenigen der Deponie Höli an» (Aussage [N5]).<sup>223</sup>

«Die anderen Deponien haben sich an der Preissetzung der Deponie Höli orientiert. Sie war die grösste Deponie und hatte die beste Lage» (Aussage [N6]).<sup>224</sup>

192. Umgekehrt orientierte sich die Deponie Höli bei ihrer Preissetzung gemäss der Parteiaussage von [N1] nicht am Verhalten anderer Marktteilnehmenden. Auf die Frage, ob es ausser dem Einfluss des Kantons noch andere Faktoren gebe, welche die Preise der Deponie Höli beeinflussen würden, antwortete er «Nein, jedenfalls nicht, seit ich Verwaltungsrat bin» (d.h. seit 2017).<sup>225</sup> Auf die Nachfrage «Haben die Preise der anderen Deponien einen Einfluss auf die Preissetzung der Deponie Höli Liestal AG» antwortete er «Nein». <sup>226</sup> Auch [N2] erwähnte anlässlich einer mündlichen Ergänzung zur Selbstanzeige den Einfluss des Kantons auf die Preissetzung der Deponie Höli, nicht aber den Einfluss anderer Marktteilnehmer.<sup>227</sup>

193. Grundsätzlich berücksichtigen praktisch alle Unternehmen jedenfalls zu einem gewissen Grad die Verhaltensweise ihrer Konkurrentinnen und passen ihr eigenes Verhalten entsprechend an. Die Aussagen von [N1] und [N2] sind Indizien dafür, dass die Deponie Höli jedenfalls nur zu einem geringen Grad Rücksicht auf die Preissetzung anderer Deponien nehmen musste. Die Aussagen weisen darauf hin, dass das politische und regulatorische Umfeld eine nicht unwesentliche Rolle spielte.<sup>228</sup>

194. [N7, Mitglied des Verwaltungsrates der Deponie Höli Liestal AG,] sagte anlässlich seiner Parteieinvernahme aus, dass der Listenpreis abzüglich des Aktionärsrabatts dem Marktpreis entspreche. Unter dem Marktpreis verstehe er den Preis, den die Konkurrentinnen der Aktionärinnen der Deponie Höli Liestal AG bei anderen Deponien zahlen würden.<sup>229</sup> [N4] erwähnte im Rahmen seiner Parteieinvernahme sowohl den Kanton als auch den Marktpreis als Faktoren, welche einen Einfluss auf die von der Deponie Höli festgelegten Preise hätten.<sup>230</sup> Nach seinen Aussagen könnte es ausserdem sein, dass die anderen Deponien ihre Preise an diejenigen der Deponie Höli anpassen würden.<sup>231</sup>

195. Zur Würdigung dieser Aussagen ist relevant, ob es überhaupt einen «Marktpreis» gibt. Gemäss einer von [N1] erstellten Übersicht über die Preise der Deponien des Typs B der «Region BS/BL/SO/AG»<sup>232</sup> kennen die meisten Deponien einerseits einen Listenpreis, zusätzlich aber auch einen im Vergleich dazu deutlich tieferen «Unternehmerpreis». Gemäss der Aussage von [N1] seien je nach Deponie andere Kriterien dafür ausschlaggebend, welche Unternehmen zum tieferen «Unternehmerpreis» deponieren könnten.<sup>233</sup> Ausserdem unterscheiden sich gemäss der erwähnten Übersicht sowohl die Listenpreise als auch die «Unternehmerpreise» je nach Deponie teilweise stark. Damit steht fest, dass es

im vorliegenden Markt keinen einheitlichen Marktpreis gibt. Insbesondere aus diesem Grund bleibt unklar, wie die Deponie Höli die Preise anderer Deponien genau berücksichtigt haben soll. Ausserdem erwähnt auch [N4] zusätzlich zum Marktpreis den Einfluss des Kantons auf die Preissetzung der Deponie Höli Liestal AG. Aus diesen Gründen ändern die Aussagen von [N7] und [N4] nichts an der Einschätzung, dass die Deponie Höli nur in geringem Mass Rücksicht auf die Preise anderer Deponien nehmen musste.

196. Darüber hinaus liegen Aussagen verschiedener Verwaltungsräte der Deponie Höli Liestal AG vor, die sich zu den möglichen Auswirkungen von Preiserhöhungen auf die angelieferte Abfallmenge äusserten. Diese Aussagen wurden den Verwaltungsratsprotokollen der Deponie Höli Liestal AG entnommen, wo die jährlichen Entscheide über die Preise für das jeweilige Folgejahr festgehalten wurden. In manchen Jahren wurden Stellungnahmen zu den möglichen Auswirkungen von Preiserhöhungen protokolliert, welche nachfolgend gewürdigt werden. Zusätzlich werden auch die entsprechenden Aussagen der Vertreter der Deponie Höli Liestal AG im Rahmen der im vorliegenden Verfahren durchgeführten Einvernahmen gewürdigt.

197. Noch vor der Eröffnung der Deponie Höli vertrat [N8, damaliges Mitglied des Verwaltungsrates der Deponie Höli Liestal AG], am 20. April 2010 die Ansicht, [dass man mit dem Deponiemarkt heute dank einem krassen Missverhältnis zwischen Angebot und Nachfrage problemlos umgehen könne, dass aber unklar sei, wie die Situation in 10–20 Jahren aussehe].<sup>234</sup> Er plädierte unter anderem deshalb für eine Einbindung der

<sup>222</sup> Vgl. dazu die Aussage von [N4], wonach der Listenpreis der Deponie Höli heute über dem Marktpreis liege. Deshalb könne es sein, dass die anderen Deponien mit dem Preis nachziehen würden (Act. III.3, Zeilen 187–188). In ihrer Stellungnahme zum Antrag des Sekretariats bringt die Deponie Höli Liestal AG vor, andere Deponien seien preislich nicht nachgezogen, als die Deponie Höli im Jahr 2022 ihre Preise erhöht habe (Act. V.25, Rz 80). Aus der von der Deponie Höli Liestal AG in Rz 80 ihrer Stellungnahme abgebildeten Tabelle geht hervor, dass auch die Deponien Bruggtal und Strickrain ihre Listenpreise von 2021 auf 2022 und erneut von 2022 auf 2023 erhöhten. Es ist jedoch nicht ersichtlich, inwiefern diese Tatsache gegen eine Preisführerschaft der Deponie Höli sprechen soll. Weil die zu beurteilenden Verhaltensweisen den Zeitraum 2010–2021 betreffen (Rz 347), ist ausserdem irrelevant, ob die Deponie Höli Liestal AG im Jahr 2022 Preisführerin war.

<sup>223</sup> Act. III.4, Zeilen 178–179. Vgl. dazu auch Beilage 1 zu Act. III.4.

<sup>224</sup> Act. III.5, Zeilen 150–151.

<sup>225</sup> Act. III.2, Zeile 152.

<sup>226</sup> Act. III.2, Zeilen 153–155.

<sup>227</sup> Act. IV.5, Zeilen 107–110.

<sup>228</sup> Vgl. Act. IV.22, Rz 6.

<sup>229</sup> Act. III.1, Zeilen 320–325.

<sup>230</sup> Act. III.3, Zeilen 164–180. Vgl. auch Zeilen 187–188 sowie das Protokoll der Verwaltungsratssitzung der Deponie Höli Liestal AG vom 21.11.2013. Demnach nannte [N4] an der erwähnten Sitzung die unveränderten Preise der Deponie [...] als Argument dafür, die Preise der Deponie Höli im Jahr 2014 im Vergleich zum Jahr 2013 unverändert zu lassen (Act. IV.15.3.20, Traktandum 3).

<sup>231</sup> Act. III.3, Zeilen 187–188.

<sup>232</sup> Act. II.A.1.17. Vgl. dazu die Aussagen von [N1] anlässlich der Parteieinvernahme vom 10.6.2021 (Act. III.2, Zeilen 204–233).

<sup>233</sup> Act. III.2, Zeilen 204–233.

<sup>234</sup> Act. IV.15.1.1, S.1.

Minderheitsaktionäre, weil seines Erachtens unklar war, ob dieses Missverhältnis auch noch in 10–20 Jahren bestehen würde. Diese Aussage spricht dafür, dass die Deponie Höli Liestal AG zum Zeitpunkt der Eröffnung einen erheblichen preislichen Spielraum hatte, weil die Nachfrage nach Deponieraum das entsprechende Angebot überstieg.

198. Kurz nach der Eröffnung der Deponie Höli gab [N9] anlässlich der Verwaltungsratssitzung der Deponie Höli Liestal AG vom 3. Februar 2011 zu bedenken, dass eine Änderung der Preispolitik den Erfolg der Deponie Höli gefährden könnte.<sup>235</sup> Die Aussage von [N9] ist zwar nicht eindeutig. Er schien aber zu befürchten, dass höhere Preise zu geringeren Mengen führen könnten. Dabei ist allerdings zu berücksichtigen, dass [N9] [eine] Minderheitsaktionärin vertrat. Diese war bereits im Jahr 2010 für [einen grossen Teil] der in der Deponie Höli entsorgten Abfälle verantwortlich<sup>236</sup> (vgl. Tabelle 1 oben). Im Vergleich dazu war der Anteil [dieser Minderheitsaktionärin] am Aktienkapital der Deponie Höli Liestal AG mit rund [ $< 20$ ] % wesentlich kleiner.<sup>237</sup> Aus diesem Grund hatte [die genannte Minderheitsaktionärin] kein Interesse an Preiserhöhungen, selbst dann nicht, wenn diese entgegen der von [N9] geäusserten Befürchtung zu *keinem* Rückgang der angelieferten Mengen führen würden. Denn mehr als [...] allfälliger höherer Preise hätte [die genannte Minderheitsaktionärin] bezahlen müssen. Dem Unternehmen hätten aber nur [ $< 20$ ] % der dadurch anfallenden höheren Gewinne zugestanden. Aufgrund dieser Interessenlage hatte [N9] unabhängig von seiner tatsächlichen Einschätzung der Marktverhältnisse einen Anreiz, auf die von ihm erwähnte angebliche Gefahr für den Erfolg der Deponie Höli hinzuweisen, weshalb seiner Aussage höchstens ein geringer Beweiswert zukommt.

199. Im Jahr 2012 stellte [N8] die Frage, was bei einer Preiserhöhung passieren würde. Die Einschätzungen der Verwaltungsräte sind im entsprechenden Protokoll nicht festgehalten, gingen aber offenbar [auseinander].<sup>238</sup> Daraus lassen sich keine Rückschlüsse auf die damaligen Marktverhältnisse ziehen.

200. Gemäss der Einschätzung von [N4] im Jahr 2014 würde eine Erhöhung der Preise der Deponie Höli nicht zu einem spürbaren Rückgang der dort entsorgten Mengen führen: [N4 zeigte sich überzeugt, dass eine Änderung der Deponiepreise kaum zu einem Rückgang des Deponievolumens führen würde.]<sup>239</sup> [N4] vertritt die Aktionärin [...] im Verwaltungsrat der Deponie Höli Liestal AG. Deren Anteil an der angelieferten Menge entspricht etwa ihrem Anteil am Aktienkapital, sowohl im Jahr 2014 als auch insgesamt im Zeitraum 2010–2020.<sup>240</sup> Deshalb hatte [N4] im Gegensatz zu [N9] jedenfalls kein klares Interesse daran, für oder gegen Preiserhöhungen zu argumentieren. Seiner Aussage kommt deshalb ein grösserer Beweiswert als derjenigen von [N9] zu.

201. [N1] gab im Jahr 2017 anlässlich der Besprechung der Deponiepreise 2018 im Verwaltungsrat der Deponie Höli Liestal AG die folgende Einschätzung ab: [N1 vertrat die Meinung, dass die Preise keinen wesentlichen Einfluss auf die Deponiemenge hätten und dass eine Preiserhöhung an die Kunden weitergegeben würde.]<sup>241</sup> Bei der Würdigung dieser Aussage ist zu beachten, dass

[N1] die Aktionärin [...] vertritt. Diese lieferte im Jahr 2017 mit über [ $> 40$ ] % einen im Vergleich zum Jahr 2010 noch höheren Anteil der insgesamt in der Deponie Höli entsorgten Abfälle an. Entsprechend hatte [N1] genauso wie [N9] einen Anreiz, sich gegen Preiserhöhungen einzusetzen. Deshalb kommt auch dieser Aussage nur ein geringer Beweiswert zu.<sup>242</sup>

202. [N1] schätzte allerdings die Lage auch zum Zeitpunkt der Parteieinvernahme vom 10. Juni 2021 ähnlich ein. Auf die Frage des Rechtsvertreters der Deponie Höli Liestal AG, ob die Deponie Höli den Deponiepreis erhöhen könnte und das Material trotzdem geliefert würde, antwortete er «*Es spielt keine Rolle, wie hoch der Preis ist. Das Deponiematerial fällt trotzdem an. Das Material ist sowieso vorhanden, weil wir keinen Absatz haben.*»<sup>243</sup> Die Deponie Höli habe ihre Preise nicht noch weiter erhöht, weil sie mit den tatsächlich vorgenommenen Preiserhöhungen auf Kritik gestossen sei.<sup>244</sup> Im Rahmen der Parteieinvernahme vom 10. Juni 2021 vertrat [N1] die Deponie Höli Liestal AG gegenüber dem Sekretariat. Im Gegensatz zur erwähnten Verwaltungsratssitzung ging es nicht um die Festlegung der Preise der Deponie Höli Liestal AG. Deshalb und weil [N1] seine Aussage damit begründen konnte, dass es «*keinen Absatz*» für Bauabfälle gebe, kommt seiner Aussage ein höherer Beweiswert zu als der im Verwaltungsratsprotokoll enthaltenen, sinn gleichen Aussage aus dem Jahr 2017.

203. Auch [N3] scheint die Lage ähnlich einzuschätzen, da er aussagte[, dass der Preis für die Deponierung irrelevant sei, weil das Material weggebracht werden müsse].<sup>245</sup> Diese Einschätzung teilt auch [N7]. Er bezweifelt, dass höhere Deponiegebühren zu tieferen Mengen führen würden, weil Alternativen zur Deponierung weitgehend fehlen würden.<sup>246</sup>

<sup>235</sup> Act. IV.15.3.6, Traktandum 4.

<sup>236</sup> Act. IV.8, Beilage 30.

<sup>237</sup> Act. IV.8, Rz 7.

<sup>238</sup> Act. IV.15.3.14, Traktandum 5.

<sup>239</sup> Act. IV.15.3.24, Traktandum 5.

<sup>240</sup> Act. IV.8, Beilage 30.

<sup>241</sup> Protokoll der Verwaltungsratssitzung der Deponie Höli Liestal AG vom 30.11.2017 (Act. IV.15.3.43, Traktandum 9).

<sup>242</sup> Das politische Klima hatte sich im Vergleich zum Jahr 2011 inzwischen verändert. Entsprechend ist an der gleichen Stelle des Verwaltungsratsprotokolls, an welcher sich auch die genannte Aussage von [N1] befindet, Folgendes festgehalten: [Gemäss N10 hätten gewisse politische Kreise in Liestal den Eindruck, dass die Deponiepreise der Deponie Höli zu günstig seien, was zu einer hohen Deponiemenge führen würde] (Act. IV.15.3.43, Traktandum 9). Deshalb hatte der Vertreter [einer Minderheitsaktionärin] im Jahr 2017 zwar immer noch den gleichen Anreiz, gegen Preiserhöhungen zu argumentieren. Die zu diesem Zweck geeigneten Argumente hatten sich aber möglicherweise verändert. Während im Jahr 2011 die Angst vor einer zu geringen Anlieferungsmenge im Vordergrund stand, war es im Jahr 2017 eher die Angst vor zu grossen Anlieferungsmengen.

<sup>243</sup> Act. III.2, Zeilen 417–420.

<sup>244</sup> Act. III.2, Zeilen 427–430.

<sup>245</sup> Act. IV.6, Zeilen 110–111.

<sup>246</sup> Act. III.1, Zeilen 373–376. Vgl. auch die Aussage von [N4] anlässlich der Parteieinvernahme vom 11.06.2021, in welcher er mögliche Gründe dafür angibt, weshalb eine Preiserhöhung nicht zwingend zu tieferen Mengen führt: Im Moment sei der Recyclingkreislauf nicht geschlossen. Deshalb sei es schwierig, aufbereitetes Material zu verkaufen (Act. III.3, Zeilen 165–175).

204. Die Aussagen der Verwaltungsräte stimmen mit Ausnahme der Aussage von [N9] im Jahr 2012 insofern überein, als sie davon ausgehen, dass die angelieferte Abfallmenge kaum auf Preiserhöhungen reagieren würde. Falls diese Einschätzungen zutreffen, hätte sich die Deponie Höli insofern unabhängig von anderen Marktteilnehmenden verhalten können, als sie Preiserhöhungen an ihre Kundschaft hätte weitergeben können und sich kaum Sorgen über eine Abwanderung der Kundschaft zu anderen Deponien hätte machen müssen. Da der abweichenden Aussage von [N9] wie erwähnt höchstens ein geringer Beweiswert zukommt, deuten die gewürdigten Aussagen darauf hin, dass die Deponie Höli bei der Preissetzung einen grossen Spielraum hatte und ihre Preise möglicherweise sogar noch stärker hätte erhöhen können, als sie es tatsächlich getan hat, ohne grosse Mengeneinbussen befürchten zu müssen.

205. Nachfolgend wird untersucht, wie hoch die Margen der Deponie Höli ausfielen. Daran lässt sich erkennen, ob die Deponie Höli ihre Preise tiefer hätte ansetzen können, ohne Verluste zu erleiden. Zu diesem Zweck müssen zunächst die Kosten der Deponie Höli ermittelt werden. Dazu wird der in den Geschäftsberichten ausgewiesene Aufwand herangezogen (Rz 206). Dieser

Aufwand muss um die an die Bürgergemeinde Liestal zusätzlich zu den ursprünglich vereinbarten Zahlungen ausbezahlten Pachtzinsen bereinigt werden, da es sich dabei nicht um Kosten im ökonomischen Sinn handelt (Rz 207 ff.). Auf dieser Grundlage kann anschliessend die von der Deponie Höli auf ihre Kosten geschlagene Marge berechnet werden (Rz 219 ff.).

#### B.1.5.4.3 Ausgewiesener Aufwand

206. Zur Einschätzung der Kosten der Deponie Höli Liestal AG werden die jährlichen Erfolgsrechnungen<sup>247</sup> verwendet. Darin ist jeweils der Nettoerlös aus Lieferungen und Leistungen (nachfolgend: Nettoerlös) ausgewiesen. Ausserdem enthalten die Erfolgsrechnungen den Betriebserfolg vor Zinsen, Steuern und Abschreibungen (nachfolgend: Betriebserfolg). Die Differenz zwischen dem Nettoerlös und dem Betriebserfolg entspricht dem in Tabelle 10 für jedes der Jahre 2010–2020 angegebenen Aufwand.<sup>248</sup> Zusätzlich sind in Tabelle 10 die in den Erfolgsrechnungen ausgewiesenen Ausgaben für Abschreibungen (3. Spalte) und für Zinsen und Steuern (4. Spalte) angegeben.<sup>249</sup> Der in der 5. Spalte aufgeführte «Aufwand Total» entspricht der Summe von Aufwand, Abschreibungen, Zinsen und Steuern.

Tabelle 10: Von der Deponie Höli Liestal AG ausgewiesener Aufwand, 2010–2020.

Jahr	Aufwand (Fr.)	Abschreibungen (Fr.)	Zinsen und Steuern (Fr.)	Aufwand Total (Fr.)
2010	[...]	[...]	[...]	[...]
2011	[...]	[...]	[...]	[...]
2012	[...]	[...]	[...]	[...]
2013	[...]	[...]	[...]	[...]
2014	[...]	[...]	[...]	[...]
2015	[...]	[...]	[...]	[...]
2016	[...]	[...]	[...]	[...]
2017	[...]	[...]	[...]	[...]
2018	[...]	[...]	[...]	[...]
2019	[...]	[...]	[...]	[...]
2020	[...]	-	[...]	[...]
<b>Total</b>	<b>[&gt; 60 Mio.]</b>			<b>[&gt; 60 Mio.]</b>

Quelle: Erfolgsrechnungen der Deponie Höli Liestal AG.<sup>250</sup>

<sup>247</sup> Act. IV.15.1.2 (2010); Act. IV.15.2.2 (2011); Act. IV.15.2.3 (2012); Act. IV.15.2.4 (2013); Act. IV.15.2.5 (2014); Act. IV.15.2.6 (2015); Act. IV.15.2.7 (2016); Act. IV.15.2.8 (2017); Act. IV.15.2.9 (2018); Act. IV.15.2.10 (2019); Act. IV.15.2.11 (2020).

<sup>248</sup> Dabei handelt es sich um Material- und Warenaufwand, Personalaufwand und übrigen betrieblichen Aufwand.

<sup>249</sup> Der Betriebserfolg abzüglich Abschreibungen, Zinsen und Steuern entspricht in den Jahren 2012, 2013, 2014 und 2019 nicht dem ausgewiesenen Jahresgewinn, weil in diesen Jahren ausserordentliche Erfolge ausgewiesen wurden.

<sup>250</sup> Act. IV.15.1.2 (2010); Act. IV.15.2.2 (2011); Act. IV.15.2.3 (2012); Act. IV.15.2.4 (2013); Act. IV.15.2.5 (2014); Act. IV.15.2.6 (2015); Act. IV.15.2.7 (2016); Act. IV.15.2.8 (2017); Act. IV.15.2.9 (2018); Act. IV.15.2.10 (2019); Act. IV.15.2.11 (2020).



#### B.1.5.4.4 Pachtzinsen

##### Einleitung

207. Bei einem erheblichen Anteil des von der Deponie Höli Liestal AG ausgewiesenen Aufwands handelt sich um die an die Bürgergemeinde Liestal entrichtete Entschädigung für die Nutzung des rund 15 Hektaren grossen Waldareals,<sup>251</sup> auf welchem sich die Deponie Höli befindet. Wie nachfolgend dargelegt, entsprechen diese sogenannten Pachtzinsen jedenfalls teilweise nicht einem tatsächlich angefallenen Aufwand, sondern dienen der Ausschüttung von Gewinnen an die Bürgergemeinde Liestal. Deshalb ist zur Einschätzung der Kosten der Deponie Höli Liestal AG erforderlich, den in den Erfolgsrechnungen ausgewiesenen Aufwand entsprechend nach unten zu korrigieren.

208. Zu diesem Zweck wird nachfolgend zunächst der ursprünglich zwischen der Deponie Höli Liestal AG und der Bürgergemeinde Liestal vereinbarte Pachtzins ermittelt (Rz 209). Anschliessend wird die Entwicklung der Höhe des Pachtzinses untersucht. Auf dieser Grundlage kann die Grössenordnung der tatsächlich ausbezahlten Pachtzinsen berechnet werden. Dabei wird zudem dargelegt, aus welchen Gründen die Deponie Höli Liestal AG den Pachtzins im Verlauf der Zeit massiv erhöht hat

(Rz 210 ff.). Anschliessend wird untersucht, wie hoch die ökonomischen Kosten der Bereitstellung des Deponieareals ausfielen (Rz 216 f.). Diese Kosten sind anstelle der überhöhten Pachtzinsen zur Berechnung der Marge der Deponie Höli Liestal AG zu verwenden (Rz 218).

##### Ursprünglich vereinbarter Pachtzins

209. Gemäss Ziffer 7 des am 14. Dezember 2009 unterzeichneten Aktionärbindungsvertrags<sup>252</sup> war vorgesehen, dass die Bürgergemeinde Liestal mit der Deponie Höli Liestal AG einen Pachtvertrag abschliessen soll. In diesem Pachtvertrag sollte sich die Deponie Höli Liestal AG zur Zahlung einer jährlichen Entschädigung von [< 500 000] Franken verpflichten. Zusätzlich war eine vom Nettobetriebsertrag abhängige Entschädigung vorgesehen. Die genaue Höhe dieser zusätzlichen Entschädigung sollte jährlich vom Verwaltungsrat der Deponie Höli Liestal AG festgelegt werden. Sie hätte maximal [< 10] % des Nettobetriebsertrags betragen dürfen. Für den Zeitraum 2010–2020 ergeben sich gemäss dieser Regelung bei Verwendung der maximalen Entschädigung von [< 10] % des Nettobetriebsertrages Pachtzinsen in der Höhe von rund [< 15,5] Millionen Franken. Die entsprechende Berechnung ist in Tabelle 11 dargestellt.

Tabelle 11: Ursprünglich vereinbarter Pachtzins, 2010–2020.

Jahr	Nettobetriebsertrag (Fr.)	5% Nettobetriebsertrag (Fr.)	Fixe Entschädigung (Fr.)
2010	[...]	[...]	[< 500 000]
2011	[...]	[...]	[< 500 000]
2012	[...]	[...]	[< 500 000]
2013	[...]	[...]	[< 500 000]
2014	[...]	[...]	[< 500 000]
2015	[...]	[...]	[< 500 000]
2016	[...]	[...]	[< 500 000]
2017	[...]	[...]	[< 500 000]
2018	[...]	[...]	[< 500 000]
2019	[...]	[...]	[< 500 000]
2020	[...]	[...]	[< 500 000]
Summe		[< 10 000 000]	[< 5 500 000]
<b>Total</b>			<b>[&lt;15 500 000]</b>

Quelle: Erfolgsrechnungen der Deponie Höli Liestal AG.<sup>253</sup>

##### Nachträgliche Erhöhung der Pachtzinsen

210. Anfang 2013 beschlossen die Aktionärinnen der Deponie Höli Liestal AG, den Pachtzins rückwirkend ab deren Inbetriebnahme zu erhöhen. Die ursprünglich vereinbarte pauschale Entschädigung von [< 500 000] Franken wurde durch eine Entschädigung von Fr. [> 1.50] pro Tonne, mindestens aber [< 500 000]

<sup>251</sup> Act. II.A.2.1., S.2.

<sup>252</sup> Act. III.8, Beilage 5.

<sup>253</sup> Act. IV.15.1.2 (2010); Act. IV.15.2.2 (2011); Act. IV.15.2.3 (2012); Act. IV.15.2.4 (2013); Act. IV.15.2.5 (2014); Act. IV.15.2.6 (2015); Act. IV.15.2.7 (2016); Act. IV.15.2.8 (2017); Act. IV.15.2.9 (2018); Act. IV.15.2.10 (2019); Act. IV.15.2.11 (2020).

Franken ersetzt. Die bereits bestehende vom Nettobetriebsertrag abhängige Entschädigung blieb unverändert.<sup>254</sup> Ab dem 1. Januar 2015 wurde die Entschädigung der Bürgergemeinde erneut erhöht und zwar um [ $> 5$ ] % auf Fr. [ $> 1.50$ ] pro Tonne.<sup>255</sup>

211. Am 18. August 2016 beschlossen die Aktionärinnen der Deponie Höli Liestal AG eine weitere Erhöhung des Pachtzinses. Rückwirkend auf den 1. Januar 2016 wurde die von der deponierten Menge abhängige Entschädigung auf Fr. [ $> 5.-$ ] pro Tonne erhöht. Die minimale Entschädigung wurde unverändert bei [ $< 500\,000$ ] Franken belassen. Die vom Nettobetriebsertrag abhängige Entschädigung wurde gestrichen.<sup>256</sup>

212. Die Aktionärinnen der Deponie Höli Liestal AG hielten in einem Nachtrag zum erwähnten Aktionärsbindungsvertrag fest, weshalb sie den Pachtzins dermassen erhöhten: [Rabatte und Rückvergütungen könnten dazu führen, dass die Gewinnerwartungen zu Gunsten der rabattbegünstigten Parteien verschoben würden. Aus diesem Grund würden die Parteien die Entschädigung der Bürgergemeinde Liestal mit dem 2. Nachtrag des Aktionärsbindungsvertrages an die bisher gewährten und zukünftig möglichen Rabatte und Rückvergütungen anpassen].<sup>257</sup> Weiter wird Folgendes festgehalten: [Der Verwaltungsrat werde ermächtigt, den Pachtzins bei allfälligen Gewinnvorwegnahmen zwischen der Bürgergemeinde und den Minderheitsaktionärinnen anzupassen, wobei die Anpassung unter Berücksichtigung der zur ursprünglich auf 40 Jahre berechneten Pachtzinsersparnis der Bürgergemeinde Liestal insgesamt dem Verhältnis der Aktienquote (52,5 % zu 47,5 %) entsprechen müsse].<sup>258</sup>

213. Die Deponie Höli bediente demnach die [Gewinnerwartungen] ihrer Minderheitsaktionärinnen in Form von Rabatten und Rückvergütungen. Die Gewinnerwartungen der Bürgergemeinde Liestal, die selber keine Abfälle in der Deponie Höli deponierte, wurden hingegen in Form des Pachtzinses zufriedengestellt. Die Aktionärinnen erhöhten also den Pachtzins nicht, um damit angestiegene Kosten abzudecken. Vielmehr sollte auf diese Weise der Gewinn übersteigenden, erwirtschafteten Gewinn im gewünschten Verhältnis an die verschiedenen Aktionärinnen ausgeschüttet werden können.

214. Die genaue Höhe der im Zeitraum 2010–2021 tatsächlich ausbezahlten Pachtzinsen geht nicht aus den Erfolgsrechnungen hervor, da der Pachtzins nachträglich rückwirkend erhöht wurde. Trotzdem kann die Grössenordnung der ausbezahlten Pachtzinsen berechnet werden. Die entsprechenden Zahlen befinden sich in Tabelle 12. Von 2010–2014 wurde eine mengenabhängige Entschädigung von Fr. [ $> 1.50$ ] pro Tonne ausbezahlt, die für das Jahr 2015 auf Fr. [ $> 1.50$ ] pro Tonne und ab 2016 auf Fr. [ $> 5.-$ ] pro Tonne erhöht wurde. Diese mengenabhängige Entschädigung ist in der 3. Spalte von Tabelle 12 ausgewiesen.

215. Im Zeitraum 2010–2015 wurde zusätzlich zur mengenabhängigen Entschädigung eine umsatzabhängige Entschädigung von bis zu [ $< 10$ ] % des Nettobetriebsertrags ausbezahlt. Aufgrund des Bestrebens der Deponie Höli Liestal AG, höhere Auszahlungen an die Bürgergemeinde vorzunehmen sowie aufgrund der vorliegenden

Angaben zu den tatsächlich vorgenommenen Auszahlungen<sup>259</sup> ist davon auszugehen, dass die umsatzabhängige Entschädigung jeweils rund [ $< 10$ ] % des Nettobetriebsertrages betrug. Diese umsatzabhängige Entschädigung ist in der 4. Spalte von Tabelle 12 ausgewiesen. Der insgesamt an die Bürgergemeinde überwiesene Pachtzins entspricht der Summe der mengen- und der umsatzabhängigen Komponente. Diese ist in der 5. Spalte von Tabelle 12 aufgeführt. Insgesamt zahlte die Deponie Höli Liestal AG der Bürgergemeinde Liestal im Zeitraum 2010–2020 also rund [30–40] Millionen Franken an Pachtzinsen aus.

<sup>254</sup> Act. III.8, Beilage 5, Nachtrag; Act. IV.15.3.16, Traktandum «3. Vertragsänderungen Pacht- und Aktionärsbindungsvertrag».

<sup>255</sup> Act. IV.15.3.25, Traktandum [7. Neue Entschädigung ab 1.1.2015].

<sup>256</sup> Act. IV.8, Beilage 5, 2. Nachtrag.

<sup>257</sup> Act. IV.8, Beilage 5, 2. Nachtrag, 3. Absatz der Präambel.

<sup>258</sup> Act. IV.8, Beilage 5, 2. Nachtrag, Dividendenpolitik/Anreizsystem für Aktionäre/Pachtvertrag.

<sup>259</sup> Gemäss Traktandum 6 des Protokolls der Verwaltungsratssitzung der Deponie Höli Liestal AG vom 30.1.2014 (Act. IV.15.3.21), flossen der Bürgergemeinde im Jahr 2013 einschliesslich Dividenden Zahlungen von rund [1–5] Millionen Franken zu. Gemäss der Erfolgsrechnung 2013 wurden [0,5–5] Millionen Franken an Dividenden ausbezahlt (Act. IV.15.2.4). Der Anteil der Bürgergemeinde belief sich auf 52,5 %, was rund [0,25–2,5 Millionen] Franken entspricht. Demnach erhielt die Bürgergemeinde im Jahr 2013 Pachtzinsen in der Höhe von rund [0,5–5] Millionen Franken ([1–5 Millionen Franken] abzüglich der Dividendenzahlung von [0,5–2,5 Millionen Franken]). Folglich belief sich die umsatzabhängige Entschädigung der Bürgergemeinde im Jahr 2013 auf rund [ $< 10$ ] % des Nettobetriebsertrages. Eine analoge Überprüfung kann für das Jahr 2012 vorgenommen werden (Act. IV.15.3.16, Traktandum 4 enthält den insgesamt an die Bürgergemeinde ausbezahlten Betrag, Act. IV.15.2.3 können die Dividendenzahlungen entnommen werden).

Tabelle 12: An die Bürgergemeinde Liestal ausbezahlter Pachtzins, 2010–2020.

Jahr	Deponierte Menge (t)	Mengenabhängige Komponente (Fr.)	Umsatzabhängige Komponente (Fr.)	Pachtzins insgesamt (Fr.)
2010	173 355	[...]	[...]	[...]
2011	219 746	[...]	[...]	[...]
2012	357 754	[...]	[...]	[...]
2013	525 223	[...]	[...]	[...]
2014	652 119	[...]	[...]	[...]
2015	571 194	[...]	[...]	[...]
2016	850 019	[...]	[...]	[...]
2017	713 624	[...]	[...]	[...]
2018	756 550	[...]	[...]	[...]
2019	714 786	[...]	[...]	[...]
2020	679 716	[...]	[...]	[...]
<b>Total</b>	<b>6 214 086</b>			<b>[30–40 Mio.]</b>

Quellen: Act. IV.15.1.12 (Deponierte Mengen); Act. IV.8, Beilage 5; Act. IV.15.3.25 (Höhe der mengenabhängigen Entschädigung); Erfolgsrechnungen der Jahre 2010–2020<sup>260</sup> (Nettoerträge).

### Kosten der Bereitstellung des Deponieareals

216. Weil es sich bei den tatsächlich ausbezahlten Pachtzinsen jedenfalls teilweise um Gewinnausschüttungen handelte (vgl. Rz 212 f.), entsprechen diese nicht den Kosten der Bereitstellung des Deponieareals. Diese werden nachfolgend berechnet.

217. Zunächst ist festzuhalten, dass die Bewirtschaftung von Wald nicht gewinnbringend ist.<sup>261</sup> Deshalb konnte die Bürgergemeinde Liestal mit dem Deponieareal keinen wesentlichen Ertrag erzielen, ausser sie nutzt es für den Betrieb einer Deponie. Hingegen hätte die Bürgergemeinde Liestal das entsprechende Waldstück einer anderen Gesellschaft zur Nutzung als Deponieareal überlassen können. Beim entsprechenden entgangenen Gewinn handelt es sich um sogenannte Opportunitätskosten. Sie entsprechen dem Ertrag der einträglichsten alternativen Nutzung.<sup>262</sup> Diese Opportunitätskosten entsprechen in casu ungefähr dem ursprünglich vereinbarten maximalen Pachtzins in Höhe von rund [ $< 15,5$ ] Millionen Franken (vgl. Rz 209). Zu diesem Preis war die Bürgergemeinde Liestal bereit, das Deponieareal der Deponie Höli Liestal AG zur Nutzung zu überlassen, weshalb die ökonomischen Kosten der Bereitstellung des Deponieareals rund [ $< 15,5$ ] Millionen Franken betragen. Dieser Preis entspricht ausserdem in etwa den im Jahresbericht 2009 der Deponie Höli Liestal AG veranschlagten Kosten von insgesamt [ $< 15,5$ ] Millionen Franken für die [Bereitstellung des Deponieareals].<sup>263</sup>

### Zwischenergebnis

218. Die Deponie Höli Liestal AG zahlte der Bürgergemeinde Liestal Pachtzinsen in der Höhe von rund [30–40] Millionen Franken (Rz 214 f.). Die ökonomischen Kosten der Bereitstellung des Deponieareals fielen im Vergleich dazu mit rund [ $< 15,5$ ] Millionen Franken deutlich tiefer aus (Rz 216 f.). Deshalb ist der von der Depo-

nie Höli Liestal AG ausgewiesene Aufwand um die Differenz, also um rund [ $> 15$ ] Millionen Franken zu reduzieren. Der tatsächliche Aufwand der Deponie Höli Liestal AG betrug deshalb in den Geschäftsjahren 2010–2020 nicht rund [ $> 60$ ] Millionen Franken, sondern lediglich rund [ $< 60$ ] Millionen Franken (bzw. rund [...] Millionen wenn zusätzlich Abschreibungen, Zinsen und Steuern berücksichtigt werden; vgl. Tabelle 10 oben).

### B.1.5.4.5 Marge

219. Wie bereits erwähnt, wies die Deponie Höli im Zeitraum 2010–2020 einen Aufwand von rund [ $> 60$ ] Millionen Franken aus (vgl. Rz 206). Werden zusätzlich Abschreibungen, Zinsen und Steuern berücksichtigt, ergibt sich ein Aufwand von rund [ $> 60$ ] Millionen Franken (vgl. Rz 206). Zieht man davon die rund [ $> 15$ ] Millionen Franken ab, welche die Deponie Höli der Bürgergemeinde in Form von nachträglich erhöhten Pachtzinsen zusätzlich zu den ökonomischen Kosten für die Bereitstellung des Deponieareals überwiesen hat (vgl. Rz 218), ergibt sich ein Nettoaufwand von rund [ $< 60$ ] Millionen Franken (bzw. rund [...] Millionen Franken einschliesslich Abschreibungen, Zinsen und Steuern). Da im Zeitraum 2010–2020 rund 6 Millionen Tonnen an Abfällen in der Deponie Höli entsorgt wurden (vgl. Tabelle 12 oben), hatte die Deponie Höli pro Tonne Abfall einen Aufwand

<sup>260</sup> Act. IV.15.1.2 (2010); Act. IV.15.2.2 (2011); Act. IV.15.2.3 (2012); Act. IV.15.2.4 (2013); Act. IV.15.2.5 (2014); Act. IV.15.2.6 (2015); Act. IV.15.2.7 (2016); Act. IV.15.2.8 (2017); Act. IV.15.2.9 (2018); Act. IV.15.2.10 (2019); Act. IV.15.2.11 (2020).

<sup>261</sup> Act. III.1., Zeilen 180–184; Act. III.3, Zeilen 96–97.

<sup>262</sup> Vgl. z.B. ROBERT S. PINDYCK/DANIEL L. RUBINFELD, Mikroökonomie, 8. Auflage, 2013, S. 317.

<sup>263</sup> Act. IV.15.1.1. In der Aufstellung [Facts & Figures] auf S. 4 des Jahresberichts befindet sich unter der Überschrift [Kosten (exkl. Betrieb), Preisbasis 2009] die Position [Bereitstellung Deponieareal], für welche 6,5 Millionen Franken vorgesehen sind.

von rund [4–12] Franken pro Tonne (vgl. Tabelle 13 für die entsprechenden Berechnungen).

220. Die Listenpreise der Deponie Höli ohne VASA-Gebühr betragen ursprünglich 23 Franken pro Tonne und wurden schrittweise auf 35 Franken pro Tonne im Jahr 2020 angehoben.<sup>264</sup> Entsprechend lag der Listenpreis der Deponie Höli je nach Listenpreis und je nachdem, ob Abschreibungen, Zinsen und Steuern berück-

sichtigt werden, [weit] über dem Aufwand. Wird stattdessen der von den Aktionärinnen bezahlte Preis herangezogen, fallen die entsprechenden Aufschläge mit rund [...] % etwas tiefer aus. Sowohl die Preise für Aktionärinnen als auch die Listenpreise der Deponie Höli lagen also im gesamten Zeitraum 2010–2020 immer weit über den Kosten. Die entsprechenden Berechnungen sind in Tabelle 13 zusammengefasst.

Tabelle 13: Marge der Deponie Höli Liestal AG, 2010–2020.

	Ohne Abschreibungen, Zinsen und Steuern	Mit Abschreibungen, Zinsen und Steuern
<b>Aufwand</b>	[> 60] Fr.	[> 60] Fr.
<b>Pachtzins</b>	- [30–40 Mio.] Fr.	- [30–40 Mio.] Fr.
<b>Kosten Deponieareal</b>	[< 15,5 Mio.] Fr.	[< 15,5 Mio.] Fr.
<b>Nettoaufwand</b>	[< 60 Mio.] Fr.	[< 60 Mio.] Fr.
<b>Nettoaufwand / t</b>	[4–12] Fr.	[4–12] Fr.
<b>Listenpreis / t</b>	23–35 Fr.	23–35 Fr.
<b>Aktionärspreis / t</b>	16–29 Fr.	16–29 Fr.
<b>Aufschlag Listenpreis</b>	[...] %	[...] %
<b>Aufschlag Preis Aktionärinnen</b>	[...] %	[...] %

Quelle: Act. IV.8, Rz 33–34; Act. IV.15.3.6, Traktandum 4 (Preise).

221. Bei der Interpretation der Margen der Deponie Höli ist zu berücksichtigen, dass auch grosse Entsorgungsunternehmen erhebliche Mengen zu den Listenpreisen der Deponie Höli entsorgten. Namentlich entsorgte die [F1] im Jahr 2016 [> 5000] Tonnen und im Jahr 2017 [> 5000] Tonnen zu Listenpreisen in der Deponie Höli<sup>265</sup> (vgl. Rz 106 ff.). In den Jahren 2019 und 2020 konnte die [F1] über die Aktionärin [Y] Abfälle in der Deponie Höli entsorgen und zwar zu einem Preis, der nur rund [< 5] Franken unter dem Listenpreis lag. Im Jahr 2019 entsorgte die [F1] auf diesem Weg [> 5000] Tonnen und im Jahr 2020 sogar [> 20 000] Tonnen in der Deponie Höli<sup>266</sup> (vgl. Rz 112 ff.).

222. Die [F2] deponierte im Zeitraum 2015–2020 jeweils rund [500–7500] Tonnen an Abfällen zum Listenpreis in der Deponie Höli<sup>267</sup> (vgl. Rz 108). Zusätzlich deponierte sie im gleichen Zeitraum rund [15 000–50 000] Tonnen über einen Aktionär der Deponie Höli<sup>268</sup> und zwar zu einem Preis, der rund [2–8] Franken unter dem Listenpreis der Deponie Höli lag<sup>269</sup> (vgl. Rz 115 ff.).

223. Grosse Entsorgungsunternehmen haben also grosse Mengen zum Listenpreis oder zu nur geringfügig tieferen Preisen in der Deponie Höli entsorgt. Das spricht dafür, dass die Deponie Höli ihre Preise deutlich über die Aktionärspreise hinaus hätte anheben können, ohne einen wesentlichen Rückgang der angelieferten Mengen befürchten zu müssen.

#### B.1.5.4.6 Zwischenergebnis

224. Die Deponie Höli erhöhte ab 2015 ihre Preise deutlich. Trotzdem ging die angelieferte Menge nicht zurück.

Das spricht dafür, dass die Deponie Höli einen grossen preislichen Spielraum hatte. Auch die vorliegenden Aussagen bestätigen diese Einschätzung. Damit konsistent ist auch die grosse Marge der Deponie Höli. Damit steht fest, dass die Deponie Höli im Zeitraum 2010–2021 einen grossen Spielraum bei ihrer Preissetzung hatte. Sie hätte ihre Preise sowohl wesentlich tiefer als auch wesentlich höher ansetzen können, ohne dadurch massgebende Verluste befürchten zu müssen.

225. Entgegen des Vorbringens der Deponie Höli Liestal AG<sup>270</sup> ändern an dieser Einschätzung allfällige Bemühungen des Kantons Basel-Landschaft um höhere Deponiegebühren nichts. Dieser kann insbesondere keine Mindestgebühr für Deponien festlegen<sup>271</sup> und hat sich nie für eine Ungleichbehandlung von Aktionärinnen und Nichtaktionären eingesetzt. Ausserdem handelt es sich beim Kanton nicht um einen Marktteilnehmer, sondern um die für die Regulierung des Deponiewesens zuständige Behörde.

<sup>264</sup> Act. IV.8, Rz 33–34 (Jahre 2011–2020); Act. IV.15.3.6, Traktandum 4 (Jahr 2010).

<sup>265</sup> Act. III.4, Beilage 1.

<sup>266</sup> Act. III.4, Beilage 1 und Zeilen 126–128.

<sup>267</sup> Act. IV.22, Rz 49; Act. III.5, Zeilen 193–194.

<sup>268</sup> Act. IV.22, Rz 49; Act. III.5, Zeilen 193–194.

<sup>269</sup> Act. III.5, Zeilen 135–149.

<sup>270</sup> Vgl. etwa Act. V.25, Rz 76 f., Rz 85 und Rz 126.

<sup>271</sup> Act. II.A.1.11, S. 7.

### B.1.5.5 Beweisergebnis

226. In Bezug auf die Marktergebnisse ist Folgendes erwiesen:

- Rund 75 % der in der Deponie Höli 2011–2021 entsorgten Abfälle des Typs B stammen aus den Kantonen Basel-Landschaft und Basel-Stadt. Die restlichen Abfallmengen stammen im Wesentlichen aus den Kantonen Aargau und Solothurn (Rz 141 ff.).
- Rund 80 % der in der Deponie Höli 2011–2021 entsorgten Abfälle des Typs B stammen von Baustellen, die sich innerhalb eines Fahrminutenradius von 39 Minuten um den Standort der Deponie Höli befinden (Kerneinzugsgebiet; Rz 140; Rz 149 f.).
- Weniger als 1 Prozent der in der Region Basel jährlich im Zeitraum 2011–2021 anfallenden Abfälle des Typs A wurden in der Deponie Höli entsorgt (Rz 152 ff.).
- Weniger als 35–40 % der in der Region Basel 2018–2019 jährlich anfallenden wiederverwertbaren Abfälle des Typs B wurden in der Deponie Höli entsorgt (Rz 157 ff.).
- Rund [ $>$  65] % der im Kerneinzugsgebiet der Deponie Höli 2010–2021 angefallenen nichtwiederverwertbaren Abfälle des Typs B wurden in der Deponie Höli entsorgt (Rz 165 ff.).
- Die Deponie Höli hatte im Zeitraum 2010–2021 einen sehr grossen preislichen Spielraum. Ihre Preise lagen deutlich über ihren Kosten. Vermutlich hätte sie ihre Preise sogar noch weiter erhöhen können, ohne dass die angelieferte Menge dadurch stark eingebrochen wäre (Rz 189 ff.).

## B.2 Vorzugskonditionen für Aktionärinnen

### B.2.1 Beweisthema

227. In diesem Kapitel wird untersucht,

- Ob die Aktionärinnen der Deponie Höli Liestal AG zu tieferen Preisen deponieren konnten als andere Kundinnen (Rz 228 ff.);
- Wie gross der erwähnte Preisunterschied ausfiel (Rz 231 ff.);
- In welchem Zeitraum die Deponie Höli Liestal AG ihren Aktionärinnen Vorzugskonditionen gewährte (Rz 231 ff.);
- Welche Auswirkungen die erwähnten Vorzugskonditionen auf den Wettbewerb hatten (Rz 264 ff.).

### B.2.2 Grundsatz der Vorzugskonditionen für Aktionärinnen

#### B.2.2.1 Beweisthema

228. Nachfolgend wird untersucht, ob die Aktionärinnen der Deponie Höli Liestal AG zu tieferen Preisen deponieren konnten als andere Kundinnen.

#### B.2.2.2 Beweismittel

229. Die Behörde stützt sich im Wesentlichen auf die nachfolgend aufgeführten Beweismittel.

- Ziffer 7 des Aktionärsbindungsvertrags, einschliesslich der Nachträge zu dieser Bestimmung, wonach die Aktionärinnen einen Rabatt auf die offiziellen Deponiegebühren erhalten hätten.<sup>272</sup>
- Die schriftliche Selbstanzeige der Deponie Höli Liestal AG, gemäss welcher sie ihren Aktionärinnen einen Rabatt auf die publizierten Listenpreise<sup>273</sup> und – je nach Geschäftsverlauf – eine mengenabhängige Rückvergütung gewährt habe.<sup>274</sup>
- Die Aussagen der Vertreter der Deponie Höli Liestal AG wonach die Aktionärinnen zu tieferen Preisen hätten deponieren können als andere Kundinnen.<sup>275</sup>

### B.2.2.3 Beweiswürdigung und Beweisergebnis

230. Die vorliegenden Urkundenbeweise und Aussagen stimmen überein. Sie beweisen, dass die Aktionärinnen der Deponie Höli Liestal AG zu tieferen Preisen deponieren konnten als andere Kundinnen. Nur ihnen wurde ein Rabatt auf den Listenpreis gewährt und nur ihnen wurden Rückvergütungen ausbezahlt.

## B.2.3 Ausmass und Dauer der Vorzugskonditionen für Aktionärinnen

### B.2.3.1 Beweisthema

231. Nachfolgend wird für jedes der Jahre 2010–2021 untersucht, wie hoch die Rabatte und Rückvergütungen ausfielen, welche die Deponie Höli Liestal AG ausschliesslich ihren Aktionärinnen gewährte.

### B.2.3.2 Beweismittel

232. Die Behörde stützt sich zur Untersuchung von Ausmass und Dauer der Rabatte und Rückvergütungen für Aktionärinnen im Wesentlichen auf Protokolle der Verwaltungsratssitzungen der Deponie Höli Liestal AG. Diese enthalten die nachfolgend aufgeführten Beweiselemente.

- Angaben zu den Preisen der Deponie Höli Liestal AG.<sup>276</sup> Mit Ausnahme des Jahres 2010 sind diese auch in der Selbstanzeige der Deponie Höli Liestal AG enthalten.<sup>277</sup>

<sup>272</sup> Act. IV.8, Beilage 5.

<sup>273</sup> Act. IV.8, Rz 32; Act. IV.22, Rz 1.

<sup>274</sup> Act. IV.8, Rz 34; Act. IV.22, Rz 1.

<sup>275</sup> Act. III.1, Zeile 327 ([N7]); Act. III.2, Zeilen 176–179 ([N1]); Act. III.3, Zeile 208 ([N4]); Act. IV.5, Zeilen 108–110 ([N2]); Act. IV.6, Zeilen 164–179 ([N3]).

<sup>276</sup> Es handelt sich um folgende Protokolle: Act. IV.15.3.63, Traktandum 5 (2021); Act. IV.15.3.54, Traktandum 4.1 (2020); Act. IV.15.3.48, Traktandum 6 (2019); Act. IV.15.3.43, Traktandum 9 (2018); Act. IV.15.3.37, Traktandum 9 (2017); Act. IV.15.3.31, Traktandum 7 (2016); Act. IV.15.3.25, Traktandum 8 (2015); Act. IV.15.3.20, Traktandum 3 (2014); Act. IV.15.3.14, Traktandum 5 (2013 und 2012); Act. IV.15.3.9, Traktandum 3.3 (2011); Act. IV.15.3.5, Traktandum 8 (2010). Gemäss dem Protokoll der Verwaltungsratssitzung vom 21.8.2014 beschloss dieser, die Preise für unverschmutztes Aushubmaterial mit sofortiger Wirkung um 6 Franken anzuheben (Act. IV.15.3.24, Traktandum 5). Da nur sehr geringe Mengen unverschmutztes Aushubmaterial in der Deponie Höli entsorgt werden (vgl. Rz 131) wird diese Preisanpassung nachfolgend nicht berücksichtigt.

<sup>277</sup> Act. IV.8, Rz 32–33. Die Angaben in der Selbstanzeige sind mit den Angaben in den genannten Verwaltungsratsprotokollen konsistent. Gemäss dem Protokoll der Verwaltungsratssitzung der Deponie Höli Liestal AG vom 29.10.2010 stimmte der Verwaltungsrat einem Budgetentwurf für das Jahr 2011 mit unveränderten Preisen zu (Act. IV.15.3.5, Traktandum 8).

- Abgaben zur Höhe der Rückvergütungen an die Aktionärinnen der Deponie Höli Liestal AG.<sup>278</sup> Mit Ausnahme des Jahres 2010 sind diese auch in der Selbstanzeige der Deponie Höli Liestal AG enthalten.<sup>279</sup>

### B.2.3.3 Beweiswürdigung

233. Seit der Eröffnung der Deponie Höli im Mai 2010 erhielten die Aktionärinnen der Deponie Höli Liestal AG einen *Rabatt* auf den von Nichtaktionären bezahlten Listenpreis. Zusätzlich entrichtete ihnen die Deponie Höli Liestal AG eine *Rückvergütung*, welche sie proportional

zur deponierten Menge ausbezahlte. Nichtaktionäre erhielten keine solche Rückvergütung (Rz 228 ff.). Die Höhe dieser Rabatte und Rückvergütungen ist in Tabelle 14 angegeben, zusammen mit dem «*Nettopreis Aktionärinnen*». Dieser entspricht dem Listenpreis abzüglich des den Aktionärinnen gewährten Rabatts und abzüglich der an die Aktionärinnen ausbezahlten Rückvergütung. Es handelt sich dabei also um den tatsächlich von den Aktionärinnen an die Deponie Höli Liestal AG bezahlten Nettopreis. Ausserdem ist die Höhe der VASA-Gebühr angegeben, welche sowohl von Aktionärinnen als auch Nichtaktionären bezahlt werden muss (vgl. Rz 25).

Tabelle 14: Preise und Rückerstattungen der Deponie Höli Liestal AG, 2010–2021.

Jahr	Listenpreis (exkl. VASA, Fr./t)	Rabatt (Fr./t)	Rückvergütung (Fr./t)	Nettopreis Aktionärinnen (Fr./t)	VASA- Gebühr (Fr./t)
2010	23.00	7.00	2.00	14.00	3.00
2011	23.00	7.00	2.00	14.00	3.00
2012	23.00	7.00	4.00	12.00	3.00
2013	23.00	7.00	5.50	10.50	3.00
2014	23.00	7.00	6.00	10.00	3.00
2015	25.00	9.00	6.00	10.00	3.00
2016	25.00	9.00	3.60	12.40	5.00
2017	27.00	9.00	3.60	14.40	5.00
2018	29.00	9.00	3.60	16.40	5.00
2019	31.00	11.00	3.60	16.40	5.00
2020	35.00	11.00	3.60	20.40	5.00
2021	40.00	11.00			5.00
Durchschnitt pro Jahr 2010–2020	26.09	8.45	3.95	13.68	3.91
Durchschnitt pro Tonne 2010–2020	26.88	8.83	4.15	13.90	4.20

Quelle: Protokolle der Verwaltungsratssitzungen der Deponie Höli Liestal AG (Rz 232). Act. IV.15.1.12, S. 5 (Jahresmengen zur Berechnung des Durchschnitts pro Tonne).

<sup>278</sup> Es handelt sich um die folgenden Protokolle: Act. IV.15.3.66, Traktandum 7 (2020); Act. IV.15.3.57, Traktandum 8 (2019); Act. IV.15.3.51, Traktandum 6 (2018); Act. IV.15.3.43, Traktandum 6 (2017); Act. IV.15.3.37, Traktandum 6 (2016 und 2015); Act. IV.15.3.25, Traktandum 3 (2014); Act. IV.15.3.20, Traktandum 3 (2014); Act. IV.15.3.15, Traktandum 4/5 (2012 und 2011); Act. IV.15.3.6, Traktanden 1 und 3 (2010).

<sup>279</sup> Act. IV.8, Rz 34. Die Angaben in der Selbstanzeige sind mit den Angaben in den genannten Verwaltungsratsprotokollen konsistent. Dem Protokoll der Verwaltungsratssitzung der Deponie Höli Liestal AG vom 3.2.2011 kann entnommen werden, dass seit der Eröffnung rund [75 000–150 000] Tonnen [entgeltliches Deponiematerial] in der Depo-

nie Höli entsorgt wurden (Act. IV.15.3.6, Traktandum 1). Das entspricht der in der Jahresrechnung 2010 erwähnten, entgeltlichen Abfallmenge (Act. IV.15.1.2, S. 1). Ausserdem sieht der provisorische Abschluss 2010 mengenmässige Rückvergütungen von [200 000–300 000] Franken vor (Act. IV.15.3.6, Traktandum 3). Daraus folgt, dass für das Jahr 2010 eine mengenmässige Rückvergütung von rund 2 Franken pro Tonne vorgesehen war. Das entspricht der für das Jahr 2011 ausbezahlten Rückvergütung pro Tonne und ist damit auch mit dem Verwaltungsratsbeschluss vom 23.9.2010 konsistent, wonach das Budget für das Jahr 2011 unveränderte Preise vorsah (Act. IV.15.3.5, Traktandum 8).

<sup>280</sup> Act. IV.8, Rz 34.

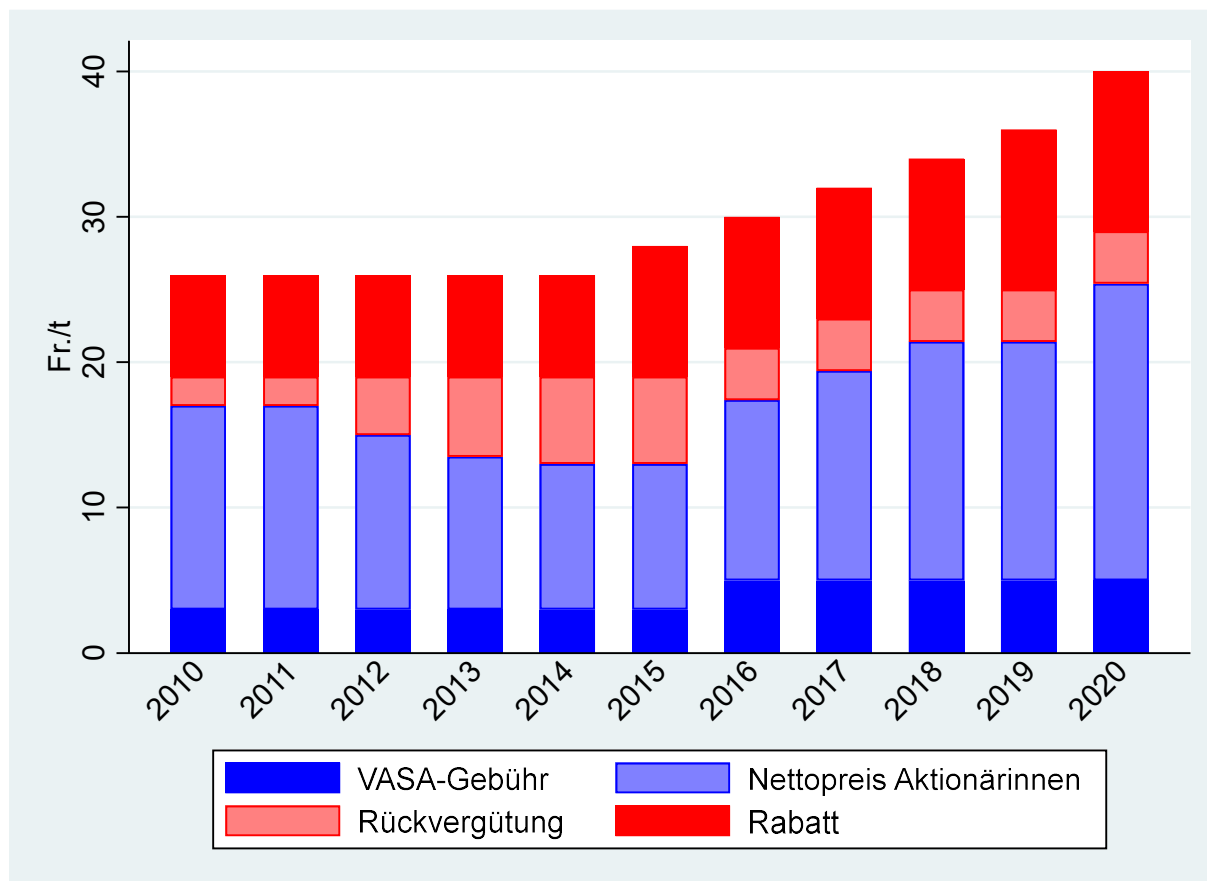
234. Die Höhe der Rückvergütungen legte die Deponie Höli Liestal AG jeweils Ende Jahr fest. Gemäss ihren Angaben erhielten die Aktionärinnen [je nach Geschäftsverlauf] eine Rückvergütung.<sup>280</sup> Tatsächlich wurde die Rückvergütung mit steigenden Annahmemengen von ursprünglich 2 Franken pro Tonne im Jahr 2010 auf 6 Franken pro Tonne in den Jahren 2014 und 2015 erhöht.<sup>281</sup> Ab dem Jahr 2016 reduzierte der Verwaltungsrat allerdings die Rückvergütung auf Fr. 3.60 pro Tonne, obwohl die in der Deponie Höli entsorgten Abfallmengen wie auch die Deponiegebühren weiter anstiegen (vgl. Tabelle 12 oben). Die Reduktion der Rückvergütungen an die Minderheitsaktionärinnen wurde mit den höheren Auszahlungen an die Bürgergemeinde in Form von Pachtzinsen begründet. Die Deponie Höli Liestal AG wollte mit der Anpassung von Pachtzins und Rückvergütungen [die proportionale Gleichbehandlung der beiden Aktionärsgruppen] sicherstellen, also der Bürgergemeinde Liestal einerseits und den Minderheitsaktionärinnen andererseits (vgl. Rz 207 ff.).<sup>282</sup>

235. Während die Aktionärinnen die genaue Höhe des Rabatts auf den Listenpreis zum Zeitpunkt der Deponie-

rung kannten, war ihnen zu diesem Zeitpunkt die genaue Höhe der Rückvergütung noch nicht bekannt. Da die Rückvergütung aber immer mindestens 2 Franken pro Tonne betrug und im Zeitraum 2016–2020 trotz Umsatzenschwankungen immer unverändert auf Fr. 3.60 pro Tonne festgelegt wurde, war ihnen trotzdem auch im Voraus die ungefähre Höhe der Rückvergütung bewusst. Deshalb konnten sie sowohl den Rabatt auf den Listenpreis als auch die Rückvergütung bei der Kalkulation von Offerten oder auch beim Entscheid, welche Mengen auf welche Art und Weise entsorgt werden sollen, berücksichtigen.

236. Die Entwicklung der verschiedenen Preiselemente der Deponie Höli Liestal AG ist in Abbildung 10 dargestellt. Die Aktionärinnen bezahlten die VASA-Gebühr sowie den «Nettopreis Aktionärinnen». Nichtaktionäre leisteten ebenfalls die VASA-Gebühr und den «Nettopreis Aktionärinnen». Zusätzlich enthält der von ihnen bezahlte Preis die Rückvergütung sowie den Rabatt für Aktionärinnen, da diese Vergünstigungen nur den Aktionärinnen zu Gute kamen.

Abbildung 10: Preiselemente der Deponie Höli Liestal AG, 2010–2020.



Quelle: Protokolle der Verwaltungsratssitzungen der Deponie Höli Liestal AG (Rz 232).

237. Aus Tabelle 14 und Abbildung 10 geht hervor, dass die Aktionärinnen der Deponie Höli Liestal AG deutlich weniger bezahlten als Nichtaktionäre. Die entsprechende Preisdifferenz entspricht der Summe der Rückvergütung und des Rabatts, da nur die Aktionärinnen von diesen beiden Vergünstigungen profitieren konnten.

<sup>281</sup> Die Erhöhungen wurden jeweils mit Verweis auf den im laufenden Geschäftsjahr erzielten Umsatz festgelegt. Erhöhung von Fr. 2.– auf Fr. 4.– im Jahr 2012: Act. IV.15.3.15; Erhöhung von Fr. 4.– auf Fr. 5.50 im Jahr 2013: Act. IV.15.3.20; Erhöhung von Fr. 5.50 auf Fr. 6.– im Jahr 2014: Act. IV.15.3.25.

<sup>282</sup> Act. IV.15.3.37, Traktandum 6.

238. In Tabelle 15 ist die Grösse dieser Preisdifferenz in Prozent des von den Nichtaktionären bezahlten Listenpreises inklusive VASA-Gebühr angegeben. In manchen Jahren bezahlten die Aktionärinnen nur rund die Hälfte des Preises, welchen die Deponie Höli den Nichtaktionären verrechnete. Im Durchschnitt der Jahre 2010–2020

bezahlten die Aktionärinnen der Deponie Höli Liestal AG 42 % weniger als die Nichtaktionäre. Allein der Rabatt machte im Durchschnitt der Jahre 2010–2021 mehr als ein Viertel des von den Nichtaktionären bezahlten Listenpreises aus.

Tabelle 15: Bedeutung von Rabatt und Rückvergütung der Aktionärinnen, 2010–2020.

Jahr	Rabatt in % des Listenpreises inkl. VASA-Gebühr	Rückvergütung in % des Listenpreises inkl. VASA-Gebühr	Rabatt + Rückvergütung in % des Listenpreises inkl. VASA-Gebühr
2010	27 %	8 %	35 %
2011	27 %	8 %	35 %
2012	27 %	15 %	42 %
2013	27 %	21 %	48 %
2014	27 %	23 %	50 %
2015	32 %	21 %	54 %
2016	30 %	12 %	42 %
2017	28 %	11 %	39 %
2018	26 %	11 %	37 %
2019	31 %	10 %	41 %
2020	28 %	9 %	37 %
2021	24 %		
Durchschnitt pro Jahr 2010–2020	28 %	14 %	42 %
Durchschnitt pro Tonne 2010–2020	28 %	13 %	42 %

Quelle: Protokolle der Verwaltungsratssitzungen der Deponie Höli Liestal AG (Rz 232).

239. Die Deponie Höli Liestal AG beauftragte im Frühjahr 2021 eine Anwaltskanzlei damit, ihre Preispolitik kartellrechtlich zu beurteilen.<sup>283</sup> Diese liess der Deponie Höli Liestal AG am 27. Mai 2021 eine entsprechende Einschätzung zukommen. Gemäss dem Protokoll der Verwaltungsratssitzung der Deponie Höli Liestal AG vom 27. Mai 2021 beschloss der Verwaltungsrat noch am gleichen Tag, den Aktionärinnen nach Wiedereröffnung der Deponie keine Preisvergünstigungen mehr zu gewähren.<sup>284</sup> [N7] sagte am 7. Juni 2021 Folgendes aus: «Wir haben vor, bei der nächsten Verwaltungsratssitzung zu beschliessen, dass wir ein anderes Preissystem machen wollen, wenn es aktuell unzulässig ist».<sup>285</sup> Gemäss dieser Aussage wäre der Beschluss zur Aufhebung der Vorzugskonditionen also erst nach der Eröffnung der vorliegenden Untersuchung am 7. Juni 2021 gefallen. In dubio pro reo ist davon auszugehen, dass die Vorzugskonditionen bereits am 27. Mai 2021 aufgehoben wurden.

### B.2.3.4 Beweisergebnis

240. Es ist erwiesen, dass die Deponie Höli Liestal AG

- ihren Aktionärinnen einen Rabatt auf den von den Nichtaktionären bezahlten Listenpreis inkl. VASA-

Gebühr gewährte. Dieser Rabatt belief sich in den Jahren 2010–2020 auf durchschnittlich rund Fr. 8.50 pro Tonne bzw. rund einen Viertel des Listenpreises inkl. VASA-Gebühr (Rz 229 ff.);

- ihren Aktionärinnen zusätzlich zum erwähnten Rabatt jährlich Rückvergütungen auszahlte. Diese Rückvergütungen beliefen sich in den Jahren 2010–2020 auf durchschnittlich rund 4 Franken pro Tonne bzw. mehr als 10 % des Listenpreises inkl. VASA-Gebühr (Rz 229 ff.);
- ihren Aktionärinnen im Jahr 2021 bis zur Schliessung der Deponie am 12. Mai 2021 einen Rabatt auf den Listenpreis in der Höhe von 11 Franken pro Tonne gewährte (Rz 234);
- am 27. Mai 2021 beschloss, die Vorzugskonditionen für Aktionärinnen aufzuheben (Rz 239).

<sup>283</sup> Act. III.1, Zeilen 80–81; Act. IV.15.3.72, Traktandum 5.

<sup>284</sup> Act. IV.15.3.67, Traktandum 4.

<sup>285</sup> Act. III.1, Zeilen 83–84.



## B.2.4 Auswirkungen der Vorzugskonditionen für Aktionärinnen

### B.2.4.1 Beweisthema

241. Nachfolgend werden die folgenden Fragen untersucht:

- Welche Bedeutung hatten die Gebühren der Deponien des Typs B in den nachgelagerten Märkten<sup>286</sup> im Vergleich zu anderen Kostenfaktoren?
- Konnten Nichtaktionäre Abfälle des Typs B statt in der Deponie Höli bei anderen Deponien zu im Vergleich zu den Aktionärskonditionen der Deponie Höli ähnlichen Bedingungen entsorgen?
- Führten die Vorzugskonditionen für Aktionärinnen der Deponie Höli Liestal AG zu einer Verschiebung der Marktanteile im Muldengeschäft zu Gunsten der Aktionärin [X]?

242. Die entsprechenden Ergebnisse sind zusammen mit weiteren Beweisergebnissen relevant zur Beurteilung der Eignung der Vorzugskonditionen, den Wettbewerb zu beeinträchtigen (vgl. Rz 394 ff.).

### B.2.4.2 Beweismittel

243. Die Behörde stützt sich zur Untersuchung der obgenannten Beweisthemen im Wesentlichen auf die nachfolgenden Beweismittel.

### Zeugenaussagen

244. [N5] sagte anlässlich der Zeugeneinvernahme vom 25. August 2021 insbesondere Folgendes aus: Die [F1] erstelle in der Regel Offerten für Transport, Entsorgung und Belieferung mit Baumaterial. Dabei seien die Kosten für die Entsorgung von Material des Typs B ein entscheidender Faktor in Bezug auf die Erteilung des Zuschlags.<sup>287</sup> Der [F1] sei verschiedentlich von Auftraggebern mitgeteilt worden, dass sie aufgrund der zu hohen, in der Offerte eingetragenen Preise für die Deponierung von Abfällen des Typs B den Zuschlag für die entsprechenden Aufträge nicht erhalten habe.<sup>288</sup>

245. [N6] sagte anlässlich der Zeugeneinvernahme vom 30. August 2021 insbesondere Folgendes aus: Die Aktionärin [X] habe mit den Preisen der Deponie Höli innert kürzester Zeit ihren Marktanteil drastisch steigern können und sei unterdessen Marktführerin im Muldengeschäft. Im Gegenzug habe die [F2] aufgrund der Deponiepreise, welche [die Aktionärin X] anbiete, massiv an Marktanteilen verloren.<sup>289</sup>

### Mündliche Aussagen von Vertretern der Deponie Höli Liestal AG

246. [N7] sagte anlässlich der Parteieinvernahme vom 8. Juni 2021 namentlich aus, jeder Marktteilnehmer habe eine bevorzugte Deponie, bei welcher er zum gleichen Preis, dem Marktpreis, deponieren könne.<sup>290</sup>

247. [N4] sagte anlässlich der Parteieinvernahme vom 11. Juni 2021 insbesondere aus: «Wenn wir als [Minderheitsaktionärin der Deponie Höli Liestal AG] den Listenpreis bei unseren Offerten eingesetzt hätten, hätten wir das gleiche Ergebnis bekommen, wie mit dem Null Preis für den Recyclingkies. Wir hätten die Aufträge nicht erhalten.»<sup>291</sup>

248. [N2] liess sich anlässlich der mündlichen Ergänzung zur Selbstanzeige vom 15. Juni 2021 wie folgt vernehmen: [Bevor sich die [F6] im Jahr [...] an der Deponie Höli beteiligt habe, sei die [F6] ebenfalls in der Lage gewesen, Aufträge einzuholen und sei konkurrenzfähig gewesen. In Bezug auf die Gesamtkosten der [F6] würden die Kosten für die Deponierung rund 2–4 % ausmachen.]<sup>292</sup>

### Schriftliche Eingaben der Deponie Höli Liestal AG

249. Die Deponie Höli Liestal AG machte in ihren schriftlichen Eingaben insbesondere die folgenden Aussagen:

- Die [F2] habe rund 40 [Welaki-Fahrzeuge]. [Die Aktionärin X] sei mit 2 solchen Fahrzeugen in das Muldengeschäft eingestiegen und habe heute 12.<sup>293</sup>
- Die [F2] habe im Zeitraum 2015–2020 die in Tabelle 16 unten angegebenen Abfallmengen in der Deponie Höli entsorgt. Diese Zahlen würden zeigen, dass der Einstieg [der Aktionärin X] das Geschäft der [F2] mit Mulden kaum beeinträchtigt habe.<sup>294</sup>
- Die Deponie Bruggtal habe einer zu [einem grossen vertikal integrierten Bauunternehmen] gehörenden Gesellschaft in einer Offerte vom 7. Oktober 2020 einen Deponiepreis (inkl. VASA-Gebühr) von Fr. [33–38] pro Tonne angeboten. Im Vergleich dazu hätten die Aktionärinnen der Deponie Höli Liestal AG im Jahr 2020 29 Franken pro Tonne bezahlt. Deshalb seien die Konkurrentinnen der Aktionärinnen der Deponie Höli Liestal AG im Markt kaum benachteiligt gewesen.<sup>295</sup>
- Die KieferTrans GmbH sei innert weniger Jahre zu einem der grösseren Transporteure der Region gewachsen. Daraus folge, dass dieses Unternehmen seine Abfälle in anderen Deponien zu Vorzugskonditionen entsorgen könne.<sup>296</sup>

<sup>286</sup> Unter «nachgelagerten Märkten» sind Märkte zu verstehen, in welchen die Entgegennahme von Abfällen des Typs B ein Input ist, den die in den nachgelagerten Märkten tätigen Unternehmen zur Produktion der ihrerseits angebotenen Güter verwenden (vgl. z.B. PINDYCK/RUBINFELD, Fn 262, S. 871). Ein Beispiel von in nachgelagerten Märkten tätigen Unternehmen sind Transport- und Entsorgungsunternehmen, welche die Deponien für die Entgegennahme von Abfällen des Typs B entschädigen und ihrerseits ein Gesamtpaket von Dienstleistungen für Transport und Entsorgung von Abfällen anbieten. Bezogen auf die zeitliche Abfolge, in welcher Bauabfälle die verschiedenen Marktstufen durchlaufen, stehen diese «nachgelagerten Märkte» vor der Deponierung. Trotzdem handelt es sich um nachgelagerte Märkte. Ein dem Markt für die Entgegennahme von Abfällen des Typs B vorgelagerter Markt wäre zum Beispiel der Markt für Waagen, welche von den Deponien bei der Zugangskontrolle benötigt werden.

<sup>287</sup> Act. III.4, Zeilen 333–337.

<sup>288</sup> Act. III.4, Zeilen 199–201.

<sup>289</sup> Act. III.5, Zeilen 300–305.

<sup>290</sup> Act. III.1, Zeilen 353–354.

<sup>291</sup> Act. III.3, Zeilen 223–225.

<sup>292</sup> Act. IV.5, Zeilen 117–119.

<sup>293</sup> Act. IV.22, Rz 48.

<sup>294</sup> Act. IV.22, Rz 49 f.

<sup>295</sup> Act. IV.22, Rz 30–32.

<sup>296</sup> Act. IV.8, Rz 54, Punkt 4.

- Die [F1] könne in der Deponie Bruggtal zu Vorzugskonditionen deponieren.<sup>297</sup> Die [F2] könne sowohl in der Deponie Bruggtal als auch in der Deponie Strickrain zu Vorzugskonditionen deponieren, während die Aktionärinnen der Deponie Höli keinen solchen Zugang zu anderen Deponien hätten.<sup>298</sup>
- In den meisten Fällen würden verschiedene Arten von Bauabfällen und nicht nur nichtwiederverwertbare Abfälle des Typs B von den Baustellen abtransportiert und der Deponierung oder der Wiederverwertung zugeführt. Nur rund ein Viertel des anfallenden Materials werde deponiert.<sup>299</sup>

### B.2.4.3 Beweiswürdigung

#### B.2.4.3.1 Bedeutung der Deponiegebühren in den nachgelagerten Märkten

250. Der Anteil der Deponiegebühren an den Gesamtkosten ist je nach Auftrag stark unterschiedlich. So ist zum Beispiel der Anteil der Deponiegebühren relativ gering, wenn ein Auftrag die ganze Erstellung eines Gebäudes einschliesslich der Entsorgung von verschmutztem Aushub- oder Abbruchmaterial in einer Deponie des Typs B umfasst. Dabei ist aber zu berücksichtigen, dass die wenigsten Bauunternehmen den Abtransport und die Entsorgung von Bauabfällen selber übernehmen. Gemäss Aussage von [N1] sind die beiden Bauunternehmen [Aktionärin Y] und [Aktionärin Z] «*unter den letzten übrig gebliebenen, die noch über eigene Lastwagen verfügen*».<sup>300</sup> Beide können als Aktionärinnen der Deponie Höli Liestal AG zu Vorzugskonditionen deponieren. Andere Bauunternehmen vergeben hingegen den Transport und die Entsorgung der auf ihren Baustellen anfallenden Abfälle regelmässig an spezialisierte Unternehmen, so zum Beispiel an die [Aktionärin X] oder [F1].

251. Diese Transport- und Entsorgungsunternehmen holen in der Regel die verschiedenen, auf einer Baustelle anfallenden Abfallarten ab. Je nach Beschaffenheit der Abfälle und je nach der aktuellen Nachfrage nach RC-Produkten werden die abgeholt Abfälle anschliessend deponiert oder wiederverwertet. Insbesondere um die für den Abtransport verwendeten Fahrzeuge besser auszulasten, bringen diese teilweise auf der Hinfahrt Baumaterialien wie zum Beispiel Kies oder Beton zur Baustelle.<sup>301</sup>

252. Die Bedeutung der Deponiegebühren ist aus diesen Gründen je nach Auftrag und Baustelle stark unterschiedlich. Sie spielen dann eine zentrale Rolle, wenn die abtransportierten Abfälle vorwiegend in Deponien des Typs B entsorgt werden müssen. In diesem Fall bestehen die anfallenden Kosten im Wesentlichen aus den Deponiegebühren und den Transportkosten. Der genaue Anteil der Deponiegebühren ist bei solchen Aufträgen insbesondere von der Entfernung zwischen Baustelle und Deponie abhängig: Je grösser die Fahrzeit, desto höher fallen die Transportkosten und damit auch deren Anteil an den Gesamtkosten aus. Der Anteil der Deponiegebühren an der Summe von Transportkosten und Deponiegebühren beträgt bei solchen Aufträgen regelmässig rund 75 % (vgl. Rz 52 ff.).<sup>302</sup> Bei solchen Aufträgen sind die von den im Wettbewerb stehenden Transport- und Entsorgungsunternehmen bezahlten

Deponiegebühren folglich entscheidend dafür, welches Unternehmen den Zuschlag erhält.

253. Der andere Extremfall besteht aus Aufträgen, bei welchen nicht nur der Transport und die Deponierung von Abfällen des Typs B, sondern ein ganzes Bauprojekt inklusive beispielsweise die Erstellung eines Gebäudes ausgeschrieben wird. Bei solchen Aufträgen spielen die Gebühren der Deponien des Typs B eine weniger grosse Rolle. [N2] schätzt den Anteil der Kosten für die Deponierung auf rund 2–4 % der Gesamtkosten der [F6].<sup>303</sup> Bei der [F6] handelt es sich um ein Bauunternehmen, die ihre eigenen Abfälle entsorgt.<sup>304</sup> Obwohl Bauabfälle nicht nur in Deponien des Typs B entsorgt werden, spielt dieser Deponietyp bei Bauabfällen eine sehr wichtige Rolle.<sup>305</sup> Deshalb haben die Gebühren der Deponien des Typs B selbst bei Aufträgen, bei welchen neben der Entsorgung von Abfällen des Typs B noch zahlreiche weitere Leistungen eingekauft werden, einen spürbaren Einfluss auf die Gesamtkosten der im Wettbewerb stehenden Anbieterinnen.<sup>306</sup>

254. Im Vergleich zu den von Bauunternehmen ausgeführten Bauprojekten sind die Deponiegebühren für die von den Transport- und Entsorgungsunternehmen ausgeführten Aufträge wesentlich bedeutender. Besteht ein Auftrag ausschliesslich aus Transport und Deponierung

<sup>297</sup> Act. IV.22, Rz 40.

<sup>298</sup> Act. IV.22, Rz 48.

<sup>299</sup> Act. V.25, Rz 31 ff.

<sup>300</sup> Act. III.2, Zeilen 270–272.

<sup>301</sup> Act. III.4, Zeilen 333–337; Act. V.25, Rz 31 sowie Beilagen 6 und 7.

<sup>302</sup> Dabei ist zu berücksichtigen, dass die [F1] Abfälle des Typs B primär mit Kippern transportiert. Die Transportkosten sind höher, wenn dafür Mulden statt Kipper eingesetzt werden (vgl. Rz 50 f.). Entsprechend ist der Anteil der Deponiegebühren an der Summe von Deponiegebühren und Transportkosten im Muldengeschäft tiefer als bei Aufträgen, bei welchen ein Transport mit Kippern möglich ist.

<sup>303</sup> Act. IV.5, Zeilen 118–119.

<sup>304</sup> Act. IV.5, Zeile 187.

<sup>305</sup> Wenn Bauabfälle deponiert werden, geschieht dies im Wesentlichen in Deponien des Typs B und zu einem geringen Teil in Deponien des Typs A. Gemäss Angaben des Kantons Basel-Landschaft wurden im Jahr 2018 im Kanton Basel-Landschaft rund 80 000 Tonnen Abfälle in Deponien des Typs A entsorgt. Im gleichen Jahr wurden mehr als eine Million Tonnen Abfälle in den Deponien des Typs B im Kanton Basel-Landschaft entsorgt (Act. II.A.4.1, Antwort auf Frage 3). Die Abfälle des Typs B machten also mehr als 90 % der insgesamt im Kanton Basel-Landschaft deponierten Bauabfälle aus. Zusätzlich ist zu berücksichtigen, dass Abfälle des Typs A in grossen Mengen ins grenznahe Ausland exportiert und dort jedenfalls teilweise ebenfalls deponiert werden. Gemäss einer Schätzung der im Jahr 2018 eingesetzten Taskforce Baustoffkreislauf Regio Basel handelt es sich dabei um rund 900 000 Tonnen pro Jahr (Act. II.A.4.1, Antwort auf Frage 5.1). Deshalb dürften die jährlich deponierten Mengen der in den Kantonen Basel-Landschaft und Basel-Stadt angefallenen Abfälle des Typs A und des Typs B etwa ähnlich gross ausfallen. Insbesondere weil die Gebühren der Deponien des Typs B wesentlich höher sind als diejenigen der Deponien des Typs A, haben erstere einen grossen Anteil an den insgesamt anfallenden Deponiegebühren für Bauabfälle.

<sup>306</sup> Die Deponie Höli Liestal AG stellt sich auf den Standpunkt, dass ein Kostenanteil von rund 2–4 % «*definitiv nicht ins Gewicht*» falle (Act. V.25, Rz 89). Dem ist nicht zuzustimmen. Wenn, wie vorliegend, Aktionärinnen rund 40 % weniger für die Deponierung bezahlen als Nichtaktionäre (Rz 231 ff.), ergibt sich selbst bei einem relativ geringen Anteil der Deponiegebühren an den Gesamtkosten immer noch ein spürbarer Kostennachteil, der gerade in kompetitiven nachgelagerten Märkten durchaus den Ausschlag darüber geben kann, welches Unternehmen den Zuschlag erhält.

von Abfällen des Typs B, beträgt der Anteil der Deponiegebühren an den Gesamtkosten wie erwähnt regelmässig rund 75 % (Rz 252). Da in der Regel nicht alle der zu entsorgenden Abfälle in einer Deponie des Typs B entsorgt werden, fällt der Anteil der Deponiegebühren an den Gesamtkosten aber häufig tiefer aus. Der genaue Kostenanteil ist von Baustelle zu Baustelle unterschiedlich.

255. Gemäss Zeugenaussage von [N5] ist die Entsorgung von Abfällen des Typs B in der Regel selbst dann «*ein entscheidender Faktor für den Zuschlag*», wenn verschiedene Abfallarten transportiert und entsorgt werden müssen und zusätzlich Baustoffe geliefert werden.<sup>307</sup> [N5] und [N6] sagten übereinstimmend und unabhängig voneinander aus, dass die Deponiegebühren Typ B einen Einfluss auf die Vergabe von Aufträgen haben.<sup>308</sup> Deshalb ist davon auszugehen, dass die Deponiegebühren Typ B bei einem wesentlichen Anteil der Aufträge für Transport und Entsorgung eine bedeutende Rolle spielen.

256. Diese Einschätzung ist konsistent mit der Aussage von [N4] wonach [eine Aktionärin der Deponie Höli Liestal AG] jedenfalls gewisse Aufträge nicht erhalten hätte, wenn [die genannte Aktionärin] zum Listenpreis der Deponie Höli hätte offerieren müssen.<sup>309</sup> Auch die schriftliche Aussage der Deponie Höli Liestal AG, wonach die KieferTrans GmbH nicht gleichermassen hätte wachsen können, wenn sie nicht zu Vorzugskonditionen in anderen Deponien hätte entsorgen können,<sup>310</sup> stützt die Einschätzung, dass die Deponiegebühren eine wesentliche Rolle spielen.

257. Hingegen sagte [N2] aus, dass die [F6] auch vor der Übernahme der [...] im Jahr [...] konkurrenzfähig war. Erst ab diesem Zeitpunkt konnte die [F6] zu Vorzugskonditionen in der Deponie Höli Abfälle entsorgen. Da die [F6] im Gegensatz zur [F1] oder zur [F2] nicht auf Transport und Entsorgung spezialisiert ist, steht diese Aussage der vorangehenden Einschätzung nicht entgegen. Die Bedeutung der Deponiegebühren ist für ein integriertes Bauunternehmen wie die [F6] im Vergleich zu Transport- und Entsorgungsunternehmen geringer, jedenfalls wenn die entsprechende Einschätzung nicht in Bezug auf einzelne Aufträge, sondern in Bezug auf das Unternehmen als Ganzes vorgenommen wird.

258. Zusammenfassend ist erwiesen, dass die Gebühren der Deponien des Typs B bei vielen Aufträgen insbesondere für Transport und Entsorgung von Bauabfällen eine wesentliche Rolle spielen, wobei der genaue Anteil an den Gesamtkosten je nach Auftrag unterschiedlich ausfällt.

#### **B.2.4.3.2 Ausweichmöglichkeiten der Nichtaktionäre**

259. Die Deponie Höli Liestal AG behauptet, alle Marktteilnehmenden könnten zum gleichen Preis wie die Aktionärinnen der Deponie Höli Liestal AG deponieren, wenn auch nicht in der Deponie Höli.<sup>311</sup> Diese Behauptung trifft aus den folgenden Gründen nicht zu:

- Gemäss Angaben der Deponie Höli Liestal AG sei sie die [als einzige für sämtliche Nachfrager bis 2019 ohne Mengenbeschränkung zugängliche Deponie]<sup>312</sup> (vgl. Rz 119). Daraus folgt, dass Nichtaktionäre

grundsätzlich nicht beliebige Mengen in anderen Deponien entsorgen konnten.

- Gemäss Angaben der Deponie Höli Liestal AG habe die Deponie Bruggtal einer zu [einer vertikal integrierten grossen Bauunternehmung] gehörenden Gesellschaft in einer Offerte vom 7. Oktober 2020 einen Deponiepreis (inkl. VASA-Gebühr) von Fr. [33–38] pro Tonne angeboten. Die Aktionärinnen der Deponie Höli Liestal AG bezahlten im Jahr 2020 einen Preis von 29 Franken pro Tonne und erhielten zusätzlich eine Rückvergütung in der Höhe von Fr. 3.60 pro Tonne (vgl. Tabelle 14 oben). Entsprechend beliefen sich die Kosten der Aktionärinnen der Deponie Höli Liestal AG auf Fr. 25.40 pro Tonne und lagen damit um Fr. [ > 6] unter dem von der Deponie Bruggtal offerierten Preis. Dieser Unterschied entspricht einem Aufschlag auf den Preis für Aktionärinnen der Deponie Höli von mehr als [25] %. Ausserdem war der Listenpreis der Deponie Bruggtal im Jahr 2020 gemäss Angaben der Deponie Höli Liestal AG mit 38 Franken<sup>313</sup> sogar noch höher. Deshalb konnten selbst grosse Unternehmen wie [eine grosse vertikal integrierte Bauunternehmung] in der Deponie Bruggtal nicht zu Preisen deponieren, die mit den Preisen der Aktionärinnen der Deponie Höli vergleichbar gewesen wären.
- Sowohl die [F3] als auch die [F2] deponierten in der Deponie Höli grosse Mengen zu Preisen, die wesentlich über den von den Aktionärinnen der Deponie Höli bezahlten Preisen lagen (vgl. Rz 106 ff.). Diese Nichtaktionäre hätten die entsprechenden Mengen statt in der Deponie Höli in einer anderen, ähnlich weit von den betroffenen Baustellen entfernten Deponie entsorgt, wenn sie dort weniger hätten bezahlen müssen.
- Die Deponie Höli ist gemessen an ihrem Marktanteil mit Abstand die grösste Deponie der Region (vgl. Rz 165 ff.). Grosse Mengen hätten deshalb nicht ohne Weiteres in anderen Deponien entsorgt werden können, während bei Kleinmengen bei allen Deponien grundsätzlich die Listenpreise zur Anwendung kommen.

260. Damit ist erstellt, dass Nichtaktionäre höchstens in beschränktem Ausmass auf andere Deponien ausweichen konnten. Sie hatten nicht die Möglichkeit, in anderen Deponien zu gleichermassen günstigen Preisen ähnlich grosse Mengen zu entsorgen, wie die Aktionärinnen der Deponie Höli Liestal AG in der Deponie Höli.

<sup>307</sup> Act. III.4, Zeilen 333–337.

<sup>308</sup> Act. III.4, Zeilen 199–201, vgl. auch Zeilen 355–356 und Zeilen 189–190 ([N5]); Act. III.5, Zeilen 300–305 ([N6]).

<sup>309</sup> Act. III.3, Zeilen 223–225.

<sup>310</sup> Act. IV.8, Rz 54, Punkt 4.

<sup>311</sup> So die Aussage von [N7] (Act. III.1, Zeilen 353–354), welche die Deponie Höli Liestal AG in ihrer schriftlichen Eingabe vom 23.11.2021 bekräftigt (Act. IV.22, Rz 32).

<sup>312</sup> Act. IV.8, Rz 29.

<sup>313</sup> Act. III.2, Zeilen 204–217.

261. Die Deponie Höli Liestal AG bringt weiter vor, sie erachte die Auswirkungen der von ihr gewährten Vorzugskonditionen für Aktionärinnen unter anderem deshalb als gering bis inexistent, weil die von Dritten [in Eigenregie] deponierten Abfallmengen im Zeitraum 2010–2019 trotz der Erhöhung der Listenpreise der Deponie Höli [weitgehend konstant] geblieben seien. Es sei zu vermuten, dass Dritte versucht hätten, anderweitig zu deponieren oder die Entsorgung an andere Unternehmen auszulagern.<sup>314</sup>

262. Dieser Auffassung ist aus den folgenden Gründen nicht zu folgen:

- Gemäss Einschätzung der Deponie Höli Liestal AG blieben die von Nichtaktionären zum Listenpreis in der Deponie Höli entsorgten Abfallmengen 2010–2019 [weitgehend konstant]. Trotz der Erhöhung des Listenpreises scheiterten also offenbar allfällige Versuche der Nichtaktionäre, die bisher zum Listenpreis in der Deponie Höli entsorgten Mengen auf anderem Weg zu entsorgen. Wenn also aus den von der Deponie Höli Liestal AG beschriebenen Zahlen Schlussfolgerungen in Bezug auf die Ausweichmöglichkeiten der Nichtaktionäre möglich sind, dann dass diese beschränkt waren.
- Selbst wenn die von Dritten in der Deponie Höli zum Listenpreis entsorgten Mengen nach der Listenpreiserhöhung deutlich zurückgegangen wären, liesse sich daraus nicht folgern, dass Dritte problemlos auf andere Deponien ausweichen können. Die von Nichtaktionären zum Listenpreis in der Deponie Höli entsorgte Abfallmenge könnte nämlich auch deshalb zurückgehen, weil die Nichtaktionäre durch die Vorzugskonditionen Marktanteile an die Aktionärinnen der Deponie Höli verlieren und deshalb insgesamt geringere Mengen durch Nichtaktionäre entsorgt werden.
- Die von Dritten in der Deponie Höli entsorgten Abfallmengen sind deutlich grösser, als die von Dritten zum Listenpreis (bzw. [in Eigenregie]) in der Deponie Höli entsorgten Mengen (vgl. Rz 103 ff.).<sup>315</sup> Allein schon deshalb sind die von der Deponie Höli Liestal AG vorgebrachten Zahlen untauglich zur Beurteilung des Ausweichverhaltens der Nichtaktionäre.

263. Aus diesen Gründen ändern die Vorbringen der Deponie Höli Liestal AG nichts am Beweisergebnis, dass Nichtaktionäre höchstens in einem beschränkten Ausmass auf andere Deponien ausweichen konnten.

#### **B.2.4.3.3 Auswirkungen der Vorzugskonditionen auf den Wettbewerb im Muldengeschäft**

264. Bauabfälle können mit Kippern oder mit Mulden transportiert werden. Manche Entsorgungsunternehmen sind auf den Transport mit Mulden oder den Transport mit Kippern spezialisiert. So war zum Beispiel die Aktionärin [X] auf den Transport mit Kippern spezialisiert. Im Jahr 2018 stieg [die Aktionärin X] zusätzlich in das Muldengeschäft ein (vgl. Rz 109). Gemäss Angaben der Deponie Höli Liestal AG hat [die Aktionärin X] mit 2 Fahrzeugen angefangen und besitzt aktuell 12.<sup>316</sup> Damit steht fest, dass [die Aktionärin X] ihre Aktivitäten im Muldengeschäft im Zeitraum 2010–2021 wesentlich ausbauen konnte.

265. Die [F2] setzt primär auf Mulden für den Transport von Abfällen des Typs B<sup>317</sup> und ist eine Konkurrentin [der Aktionärin X] (vgl. Rz 109). Gemäss der Zeugenaussage von [N6] waren die Vorzugskonditionen für Aktionärinnen jedenfalls ein Grund dafür, dass [die Aktionärin X] ihre Marktanteile im Muldengeschäft ausbauen konnte: «*Sie [Aktionärin X] hat von Null auf angefangen, aber konnte mit den Preisen in der Deponie Höli innert kürzester Zeit ihren Marktanteil drastisch steigern.*»<sup>318</sup>

266. Die Vorzugskonditionen bei der mit Abstand grössten Deponie der Region führten auch im Muldengeschäft dazu, dass die Aktionärinnen der Deponie Höli Liestal AG jedenfalls bei manchen Aufträgen einen wesentlichen Vorteil hatten (vgl. Rz 250 ff.). Dieser Vorteil war dem Einstieg der Aktionärin [X] in das Muldengeschäft und dem nachfolgenden Ausbau der entsprechenden Aktivitäten förderlich. Hingegen ist unklar, wie bedeutend der Beitrag der Vorzugskonditionen zur Expansion der Aktionärin [X] in die erwähnten neuen Geschäftsbereiche war. Neben den Deponiepreisen haben auch andere Faktoren einen Einfluss auf den Geschäftserfolg. Zusätzlich zu den Transportkosten spielen zum Beispiel auch die Qualität der internen Organisation und deren Auswirkungen auf Faktoren wie zum Beispiel die Pünktlichkeit eine Rolle.<sup>319</sup>

267. Die Deponie Höli Liestal AG geht davon aus, dass das Geschäft der [F2] durch den Einstieg [der Aktionärin X] in das Muldengeschäft kaum beeinträchtigt worden sei. Grundlage für diese Einschätzung sind die Abfallmengen, welche die [F2] im Zeitraum 2015–2020 in der Deponie Höli entsorgte. Diese hätten sich im Jahr 2020 signifikant erhöht, obwohl [die Aktionärin X ihre] Fahrzeugflotte im Muldenbereich auf insgesamt 12 Fahrzeuge erweitert habe.<sup>320</sup>

268. In Tabelle 16 sind die erwähnten, von der Deponie Höli Liestal AG eingereichten Zahlen dargestellt. Tabelle 16 entspricht Tabelle 2 oben, ausser dass für jedes Jahr zusätzlich angegeben ist, wie gross die jährlich deponierte Menge in Prozent der im Jahr 2015 deponierten Menge ausfiel. Daraus geht hervor, dass die von der [F2] in der Deponie Höli entsorgten Mengen im Jahr 2018 im Vergleich zum Jahr 2015 auf [60–70] % einbrachen. Auch im Vergleich zu den in den Jahren 2016 oder 2017 entsorgten Mengen handelt es sich bei der im Jahr 2018 entsorgten Menge um einen signifikant tieferen Wert. Genau im Jahr 2018 stieg [die Aktionärin X] in das Muldengeschäft ein. In den Jahren 2019 und 2020 erholten sich die von der [F2] in der Deponie Höli entsorgten Mengen zwar, sie blieben aber unter den in den Jahren 2015–2017 erreichten Mengen.

<sup>314</sup> Act. IV.8, Rz 54.

<sup>315</sup> So deponierte zum Beispiel die [F1] im Jahr [...] rund [> 20 000] Tonnen Abfälle auf Rechnung von [Aktionärin Y] in der Deponie Höli. Das ist eine grössere Menge als [...] (von der [F1] entsorgte Menge: Act. III.4, Beilage 1; zum Listenpreis entsorgte Menge: Act. IV.8, Beilage 30; Act. II.A.1.8; Act. II.A.5).

<sup>316</sup> Act. IV.22, Rz 48.

<sup>317</sup> Act. III.5, Zeilen 73–75.

<sup>318</sup> Act. III.5, Zeilen 300–301.

<sup>319</sup> Vgl. Act. III.4, Zeilen 342–343.

<sup>320</sup> Act. IV.22, Rz 49 f.

Tabelle 16: Angaben der Deponie Höli Liestal AG zur den von der [F2] in der Deponie Höli entsorgten Abfallmengen (t), 2015–2020.

	2015	2016	2017	2018	2019	2020
<b>Direktverrechnung</b>	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
<b>Verrechnung über Aktionär</b>	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
<b>Total</b>	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
<b>Total in % Total 2015</b>	100 %	[100–110] %	[95–105] %	[60–70] %	[70–80] %	[80–90] %

Quelle: Act. IV.22, Rz 49 und Beilage 9.

269. Bei der Interpretation dieser Zahlen ist zu berücksichtigen, dass die [F2] auch in anderen Deponien Abfälle entsorgte und dass sich das Volumen des Muldengeschäfts insgesamt möglicherweise veränderte. Deshalb ist die Aussagekraft dieser Zahlen in Bezug auf die Auswirkungen des Eintritts [der Aktionärin X] in das Muldengeschäft auf die [F2] gering. Trotzdem ist der Einbruch der von der [F2] in der Deponie Höli entsorgten Mengen genau zum Zeitpunkt des Markteintritts [der Aktionärin X] im Jahr 2018 ein Indiz dafür, dass dieser Markteintritt negative Auswirkungen auf das Geschäft der [F2] hatte.

270. Vorliegend ist aber nicht der Einfluss des Markteintritts [der Aktionärin X] in das Muldengeschäft relevant. Vielmehr sind die Auswirkungen der Vorzugskonditionen für Aktionärinnen zu beurteilen. Insbesondere hat der Markteintritt einer neuen Konkurrentin in der Regel auch dann negative Auswirkungen auf die bereits im Markt tätigen Unternehmen, wenn die neu eintretende Konkurrentin keinen Vorteil durch nur ihr gewährte Vorzugskonditionen hat. Daher lassen sich aus den Zahlen zu den von der [F2] in der Deponie Höli entsorgten Abfallmengen diesbezüglich keine klaren Rückschlüsse ziehen.

271. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Aktionärinnen der Deponie Höli Liestal AG auch im Muldengeschäft durch die Vorzugskonditionen einen Vorteil hatten. Hingegen bleibt der genaue Beitrag dieses Vorteils zur Expansion [der Aktionärin X] in das Muldengeschäft unklar.

#### B.2.4.4 Beweisergebnis

272. Es ist erwiesen, dass

- die Gebühren der Deponien des Typs B bei vielen Aufträgen in den nachgelagerten Märkten und insbesondere bei Aufträgen für Transport und Entsorgung von Bauabfällen eine wesentliche Rolle spielten (Rz 250 ff.);
- jedenfalls manche direkt mit den Aktionärinnen der Deponie Höli Liestal AG in Konkurrenz stehende Nichtaktionäre nicht in der Lage waren, in anderen Deponien zu ähnlich günstigen Preisen ähnlich grosse Mengen zu entsorgen wie die Aktionärinnen der Deponie Höli Liestal AG in der Deponie Höli (Rz 259 ff.).

### B.3 Annahmerestriktionen gegenüber Nichtaktionären im Herbst 2020

#### B.3.1 Beweisthema

273. Gegenstand der vorliegenden Untersuchung bildet weiter, ob die Deponie Höli Liestal AG im Herbst 2020 die Annahme von Deponiematerial von Nichtaktionären verweigert oder eingeschränkt hat. Dabei stellen sich folgende Sachverhaltsfragen:

- ob und welche Annahmerestriktionen die Deponie Höli Liestal AG gegenüber Nichtaktionären im Herbst 2020 beschlossen und durchgesetzt hat (vgl. Rz 284 ff. betreffend die Schliessung der Deponie Höli für Nichtaktionäre und Rz 296 ff. betreffend Kontingentierung der Annahmemenge für Nichtaktionäre);
- bis wann für Nichtaktionäre allfällige Annahmerestriktionen galten (Rz 299 ff.);
- welche Auswirkungen die allfälligen Annahmerestriktionen für Nichtaktionäre hatten (Rz 304 ff.).

#### B.3.2 Beweismittel

274. Zur Beurteilung der genannten Sachverhaltsfragen stützt sich die WEKO im Wesentlichen auf folgende Beweismittel:

#### Urkunden

- Verwaltungsratsprotokolle der Deponie Höli Liestal AG von August 2020–Januar 2021;<sup>321</sup>
- Schreiben des Baumeisterverbands der Region Basel BRB an die BUD vom 28. September 2020 betreffend «*Deponieraum-Notstand in der Region – Massnahmen jetzt ergreifen*»;<sup>322</sup>
- E-Mail von [N11], Betriebsleiter der Deponie Höli, an Regierungsrat [N12], BUD-Vorsteher, und [N13], BUD-Generalsekretärin, vom 29. September 2020 betreffend «*WG: Höli Mengensteuerung für das Jahr 2020*»;<sup>323</sup>

<sup>321</sup> Es handelt sich um die Verwaltungsratsprotokolle vom 13.8.2020 (Act. IV.15.3.63), 24.9.2020 (Act. IV.15.3.64), 15.10.2020 (Act. IV.15.3.65), 19.11.2020 (Act. IV.15.3.66) und 25.1.2021 (Act. IV.15.3.69).

<sup>322</sup> Act. II.A.1.3.

<sup>323</sup> Act. II.A.18.3a.

- E-Mail von [N3] an [N14], stellvertretender Betriebsleiter der Deponie Höli, vom 29. September 2020 betreffend «Höli Mengensteuerung für das Jahr 2020»;<sup>324</sup>
- E-Mail von [N4] an [N11] vom 16. November 2020 betreffend «Mengen Deponie Hölle per 30. November», inklusive Anhang «Restvolumen Höli per 15. November 2020»;<sup>325</sup>
- E-Mailverkehr zwischen [N11] und [N15], Mitarbeiter Kohler AG Muldenservice, vom 5. Oktober 2020;<sup>326</sup>
- E-Mailverkehr zwischen [N3] und [N11] vom 24./25. November 2020 betreffend «Lieferungen Höli ab 2021»;<sup>327</sup>
- E-Mail von [N3] an [N11] vom 15. Dezember 2020 betreffend «Höli Mengenbeschränkung für Dritte», inkl. Anhang «Festlegung der Mengensteuerung für das Jahr 2021 – Festlegung der Anlieferungen für Dritte»;<sup>328</sup>
- Schreiben des BUD-Vorstehers, [N12], an die Bürgergemeinde Liestal vom 11. Januar 2021 betreffend «Diskriminierungsfreier Zugang zur Deponie Höli»;<sup>329</sup>
- Jahresstatistik 2020 der Deponie Höli Liestal AG;<sup>330</sup>
- Jahresstatistik 2021 der Deponie Höli Liestal AG;<sup>331</sup>
- Dokument «EGI-Daten der Deponie Höli Liestal AG von 1. Oktober 2020 bis 12. Mai 2021»;<sup>332</sup>

#### Aussagen und Eingaben der Deponie Höli Liestal AG

275. [N7] sagte am 8. Juni 2021 aus, der Regierungsrat des Kantons Basel-Landschaft habe in einem Brief moniert, dass die Deponie Höli zu schnell gefüllt werde. Der Bürgerrat der Bürgergemeinde Liestal habe daraufhin entschieden, die Annahmemenge im Jahr 2021 auf 700 000 Tonnen zu limitieren. Das Restvolumen sei anteilmässig kontingentiert worden.<sup>333</sup>

276. [N1] führte an der Einvernahme vom 10. Juni 2021 im Wesentlichen aus, dass die Bürgergemeinde Liestal im August 2020 auf Druck des Kantons Basel-Landschaft beschlossen habe, die Annahmemenge für das Jahr 2020 auf 700 000 Tonnen zu begrenzen. Die Deponie Höli Liestal AG habe nie diskriminiert, aber es seien für kurze Zeit keine neuen EGI-Genehmigungen erteilt worden. Zu dieser Zeit sei nur noch ein kleines Restvolumen vorhanden gewesen. Unternehmen, die bereits eine EGI-Genehmigung gehabt hätten, hätten weiterhin deponieren können.<sup>334</sup>

277. [N4] gab am 11. Juni 2021 zu Protokoll, dass die Bürgergemeinde Liestal auf Druck des Kantons Basel-Landschaft für das Jahr 2020 eine Annahmegrenze von 700 000 Tonnen beschlossen habe. Im September 2020 habe das Restvolumen bis zu dieser Grenze 140 000 Tonnen betragen. Das Restkontingent sei anteilmässig auf die 3 Aktionärinnen der Deponie Höli Liestal AG aufgeteilt worden. Der für die EGI-Genehmigungen zuständigen Stelle sei mitgeteilt worden, dass sie keine neuen Bewilligungen ausstellen und gestellte, aber noch nicht bewilligte EGI-Anträge aus Platzgründen ablehnen solle. Die Genehmigungen der Aktionärinnen habe man weiterlaufen lassen.<sup>335</sup> Eine kleine Menge des Restvolumens, ca. 5000 Tonnen, sei für Dritte offengelassen

worden.<sup>336</sup> Die Beschränkung der Annahmemenge im Herbst 2020 sei einmalig gewesen. Vorher habe es keine solchen Beschränkungen gegeben.<sup>337</sup>

278. [N2] sagte am 15. Juni 2021 aus, dass der Verwaltungsrat der Deponie Höli Liestal AG Ende September 2020 beschlossen habe, Nichtaktionären der Deponie Höli Liestal AG keine weiteren EGI-Genehmigungen mehr zu erteilen. Die Restriktionen hätten von Anfang Oktober–Mitte Dezember 2020 gegolten. Seiner Meinung nach hätte die Deponie Höli Liestal AG keine solche Begrenzung für Nichtaktionäre einführen müssen.<sup>338</sup>

279. [N3] weigerte sich an der Befragung vom 16. Juni 2020 zunächst, zum Vorwurf der Annahmeverweigerung Stellung zu nehmen.<sup>339</sup> Auf Nachfrage gab er schliesslich zu Protokoll, dass er [N11] den Verwaltungsratsbeschluss der Deponie Höli Liestal AG betreffend die Annahmerestriktionen im Herbst 2020 mitgeteilt und ihn angewiesen habe, diesen umzusetzen.<sup>340</sup>

280. In ihrer Eingabe vom 30. Juni 2021 führte die Deponie Höli Liestal AG aus, dass sie am 13. August 2020 beschlossen habe, die Deponie zu schliessen, sobald die angelieferte Menge 700 000 Tonnen erreiche. Am 24. September 2020 habe sie die Materialanlieferungen für das Jahr 2020 auf 700 000 Tonnen und für das Jahr 2021 auf 650 000 Tonnen begrenzt. Im Zusammenhang mit der beschlossenen Annahmebeschränkung habe der Verwaltungsrat am 24. September 2020 beschlossen, dass per sofort alle laufenden EGI-Genehmigungen von Nichtaktionären sistiert würden. Dies nachdem bereits keine neuen EGI-Gesuche (also auch solche von Aktionärinnen) mehr angenommen worden seien.<sup>341</sup> Die verbleibende Restmenge von rund 100 000 Tonnen sei unter Abzug eines Kontingents von rund 5000 Tonnen, welches für Nichtaktionäre reserviert gewesen sei, zu gleichen Teilen auf die Aktionärinnen aufgeteilt worden.<sup>342</sup> Die Kontingentierung für Dritte sei mit Verwaltungsratsbeschluss vom 25. Januar 2021 formell aufgehoben worden und es seien wieder EGI-Genehmigungen an Dritte erteilt worden. Demgegenüber sei die Kontingentierung unter den Aktionärinnen der Deponie Höli AG mit Blick auf die baldige Schliessung der Deponie Höli beibehalten worden.<sup>343</sup>

<sup>324</sup> Act. II.A.18.3b.

<sup>325</sup> Act. II.A.18.3e.

<sup>326</sup> Act. II.A.18.3m.

<sup>327</sup> Act. II.A.18.3d.

<sup>328</sup> Act. II.A.18.3f.

<sup>329</sup> Act. II.A.1.6.

<sup>330</sup> Act. IV.15.6.1.

<sup>331</sup> Act. IV.15.6.2.

<sup>332</sup> Act. IV.15.4.3.

<sup>333</sup> Act. III.1, Zeilen 88–91.

<sup>334</sup> Act. II.2, Zeilen 303–327.

<sup>335</sup> Act. III.3, Zeilen 274–281.

<sup>336</sup> Act. III.3, Zeile 304 f. und 314.

<sup>337</sup> Act. III.3, Zeile 316 f.

<sup>338</sup> Act. IV.5, Zeilen 196–204.

<sup>339</sup> Act. IV.6, Zeilen 204–211.

<sup>340</sup> Act. IV.6, Zeilen 228–233.

<sup>341</sup> Act. IV.8, Rz 23 f. und Rz 36.

<sup>342</sup> Act. IV.8, Rz 37.

<sup>343</sup> Act. IV.8, Rz 50.

281. In der Eingabe vom 23. November 2021 hielt die Deponie Höli Liestal AG fest, es sei unbestritten, dass sie im Herbst 2020 einen Annahmestopp ausgesprochen habe und die verbleibende Restmenge auf ihre Aktionärinnen aufgeteilt worden sei.<sup>344</sup>

### Zeugenaussagen

282. [N5] sagte an der Einvernahme vom 25. August 2021 aus, dass die [F1] die Deponie Höli am 16. Oktober 2020 angefragt habe, ob sie zum Listenpreis in der Deponie Höli deponieren könne. Das Amt für Umwelt und Energie habe ihr daraufhin mitgeteilt, dass das restliche Volumen den Aktionärinnen der Deponie Höli Liestal AG vorbehalten sei.<sup>345</sup> Der Annahmestopp für Nichtaktionäre im Herbst 2020 sei kurzfristig angeordnet worden und die [F1] habe kurzfristig auf andere Deponien ausweichen müssen. Das habe vor allem Auswirkungen auf die Transportwege und damit auch auf die Transportkosten gehabt.<sup>346</sup>

283. [N6] gab am 30. August 2021 zu Protokoll, er habe Kenntnis davon, dass die Deponie Höli im Herbst 2020 für eine gewisse Zeit keine Anlieferungen von Nichtaktionären angenommen habe. Es habe sich hierbei um eine kurze Zeit gehandelt. Sein Unternehmen habe dadurch keine grösseren Probleme gehabt, da es Zugang zu 2 anderen Deponien gehabt habe. Es sei ihm nicht klar, ob diese Massnahme nur Nichtaktionäre der Deponie Höli Liestal AG betroffen habe.<sup>347</sup>

### B.3.3 Beweiswürdigung

#### B.3.3.1 Schliessung der Deponie Höli für Nichtaktionäre im Herbst 2020

284. Dass die Deponie Höli Liestal AG im Herbst 2020 Annahmerestriktionen beschlossen hat, ist unbestritten.<sup>348</sup> Die einzelnen Beschlüsse und deren Umsetzung sind schriftlich dokumentiert. Aufschlussreich sind insbesondere die Verwaltungsratsprotokolle der Deponie Höli Liestal AG, diverse E-Mailkorrespondenz und die interne Mengenstatistik. Anzeichen, dass diese Beweismittel den Sachverhalt in Bezug auf die Annahmerestriktionen im Herbst 2020 unzutreffend wiedergeben, bestehen nicht und wurden auch nicht vorgebracht. Vielmehr bilden die entsprechenden Beweismittel eine hinreichende und eindeutige Grundlage für die nachfolgenden Tatsachenfeststellungen. Im Einzelnen steht Folgendes fest:

285. Der Verwaltungsrat der Deponie Höli Liestal AG beschloss an der Sitzung vom 13. August 2020, die Deponie Höli zu schliessen, sobald die im Jahr 2020 angelieferte Menge 700 000 Tonnen erreichen würde, was gemäss damaligen Annahmen etwa Mitte Oktober 2020 der Fall sein würde.<sup>349</sup>

286. Im Protokoll der darauffolgenden Verwaltungsratsitzung der Deponie Höli Liestal AG vom 24. September 2020 ist festgehalten, dass zu diesem Zeitpunkt keine EGI-Gesuche mehr genehmigt wurden. Darüber hinaus beschloss der Verwaltungsrat der Deponie Höli Liestal AG an der Sitzung vom 24. September 2020, per sofort alle bereits genehmigten EGI-Gesuche von Nichtaktionären zu [sistieren].<sup>350</sup> Gemeint war damit, dass die Nichtaktionäre auch im Rahmen bereits genehmigter EGI-Gesuche kein Material mehr anliefern konnten. Der Verwaltungsrat der Deponie Höli Liestal AG beschloss

also, die Deponie Höli für Nichtaktionäre zu schliessen. Demgegenüber sollten zwar keine neuen EGI-Gesuche von Aktionärinnen genehmigt werden (vgl. dazu aber Rz 295); diese sollten aber immerhin im Rahmen bereits genehmigter EGI-Gesuche bis zum Erreichen der für das Jahr 2020 beschlossenen Annahmeschwelle von 700 000 Tonnen (Restmenge) weiterhin deponieren können.

287. Die am 24. September 2020 beschlossene Schliessung der Deponie gegenüber Nichtaktionären setzte die Deponie Höli Liestal AG spätestens ab dem 29. September 2020 um. [Der damalige Verwaltungsratspräsident der Deponie Höli Liestal AG] erteilte in der E-Mail vom 29. September 2020 an [N14] folgende Anweisungen:

*«Der Bürgerrat und der Verwaltungsrat haben für das Betriebsjahr 2020 per sofort eine Mengenbegrenzung von 700'000 Tonnen festgelegt.*

- *Die Steuerung und Umsetzung obliegt dem Verwaltungsrat der Deponie Höli Liestal AG.*
- *Alle EGI Gesuchen mit Ausnahme der drei Aktionären werden sistiert*
- *Neue EGI Gesuche werden keine bewilligt.*
- *Das Amt für Industrielle Betriebe (AIB) meldet der Deponie Höli Liestal AG jeweils Ende und Mitte Monat die genauen Mengendaten.*
- *Sobald der Mengenstand von 650'000 Tonnen erreicht ist, muss Deponie Höli Liestal AG ([N3]) informiert werden.*
- *Hat die Deponie die festgelegte Menge von 700'000 Tonnen erreicht, wird der Deponiebetrieb für das Jahr 2020 eingestellt».*<sup>351</sup>

288. Wie der E-Mail von [N11], Betriebsleiter der Deponie Höli, vom 29. September 2020 an mehrere BUD-Vertreter zu entnehmen ist, wurde die Schliessung der Deponie für Nichtaktionäre auf operativer Ebene tatsächlich umgesetzt. Konkret hielt [N11] darin unter anderem Folgendes fest:

*«Wir haben nun heute die schriftliche Anweisung der Deponie Höli Liestal AG erhalten, dass sämtliche Fremdlieferanten bis Ende dieses Jahres, wegzuweisen sind! [...] Wir haben nun heute Mittag begonnen, diese Anweisungen vollumfänglich umzusetzen!».*<sup>352</sup>

<sup>344</sup> Act. IV.22, Rz 1.

<sup>345</sup> Act. III.4, Zeilen 233–236.

<sup>346</sup> Act. III.4, Zeilen 348–356.

<sup>347</sup> Act. III.5, Zeilen 285–287.

<sup>348</sup> Vgl. z.B. Act. IV.22, Rz 1.

<sup>349</sup> Act. IV.15.3.63, Traktandum 4.

<sup>350</sup> Act. IV.15.3.64, Traktandum 5.b.

<sup>351</sup> Act. II.A.18.3b.

<sup>352</sup> Act. II.A.18.3a.

289. Exemplarisch für dieses Vorgehen ist der E-Mailverkehr zwischen [N11] und [N15], Mitarbeiter Kohler AG Muldenservice, vom 5. Oktober 2020.<sup>353</sup> Die Kohler AG Muldenservice verfügte über eine gültige EGI-Genehmigung für die Deponierung des Baustoffs Eternit. Über die Schliessung der Deponie gegenüber Nichtaktionären wurde sie nicht informiert. Als sie die Anlieferung am 1. Oktober 2020 vornehmen wollte, wurde dem Chauffeur vor Ort mitgeteilt, dass das Material letztmals entgegengenommen werden könne, aber zumindest bis Ende Jahr keine weiteren Anlieferungen mehr möglich seien. Konkret hielt dies [N11] in der E-Mail an die Kohler AG Muldenservice vom 5. Oktober 2020 wie folgt fest: *«Wir haben Ihrem Chauffeur am 1. Oktober 2020 vor Ort mitgeteilt, dass wir die Mulde nochmals entgegen nehmen können. Gleichzeitig haben wir das Schreiben der Deponie Höli Liestal AG mitgegeben, mit dem Hinweis, dass zumindest für dieses Jahr keine weiteren Anlieferungen mehr möglich sind. Der Rückzug des EGI Nr. 19622 ist heute um 13.12 Uhr erfolgt!»*.<sup>354</sup>

290. Zu nennen ist in diesem Zusammenhang sodann auch die Zeugenaussage von [N5]. Danach habe die [F1] die Deponie Höli am 16. Oktober 2020 angefragt, ob sie zum Listenpreis deponieren könne. Das AUE habe ihr daraufhin mitgeteilt, dass das restliche Volumen den

Aktionärinnen der Deponie Höli Liestal AG vorbehalten sei.<sup>355</sup>

291. In Bezug auf die Umsetzung der Massnahmen ist weiter die interne Mengenstatistik der Deponie Höli aufschlussreich. Aus dem Dokument mit der Bezeichnung *«Restvolumen Deponie Höli per 15. November 2020»*<sup>356</sup> geht hervor, dass bis Ende August 2020 Material im Umfang von 569 059 Tonnen deponiert wurde. Die Restmenge (Differenz zu 700 000 Tonnen) sollte im Wesentlichen zu gleichen Teilen auf die 3 Aktionärinnen aufgeteilt werden, wie der Untertitel *«Anteil Partner je 1/3 von Restmenge Ende August / Übrige»* offenbart.<sup>357</sup>

292. Aus der *«Jahresstatistik 2020»* der Deponie Höli Liestal AG<sup>358</sup> ist ersichtlich, dass die Nichtaktionäre im September 2020 noch rund 3000 Tonnen deponiert haben, während die Deponie Höli von ihnen von Oktober–Dezember 2020 Material im Umfang von lediglich rund 202 Tonnen angenommen hat. Dagegen deponierten die Aktionärinnen der Deponie Höli Liestal AG von Oktober–Dezember 2020 insgesamt 67 000 Tonnen in der Deponie Höli. Der Anteil der von Nichtaktionären deponierten Menge beträgt in diesem Zeitraum somit rund 0,3 %. Im Vergleich dazu belief sich der auf Rechnung der Nichtaktionäre deponierte Anteil von 2010–Mai 2021 auf immerhin 11,4 % (vgl. Tabelle 1 oben).

Tabelle 17: Deponierte Mengen, Oktober–Dezember 2020.

Zeitraum	Von Aktionärinnen deponierte Menge		Von Nichtaktionären deponierte Menge	
	t	Anteil	t	Anteil
Oktober 2020	27 100	99,4 %	163	0,6 %
November 2020	23 239	99,8 %	36	0,2 %
Dezember 2020	16 892	100,0 %	4	0,0 %
<b>Oktober–Dezember 2020</b>	<b>67 230</b>	<b>99,7 %</b>	<b>202</b>	<b>0,3 %</b>

Quelle: Act. IV.15.6.1.

293. Dass Nichtaktionäre im Herbst 2020 weiterhin in der Deponie Höli deponieren wollten, zeigen die Beispiele der [F1] und der Kohler AG Muldenservice. Der Einbruch der von Nichtaktionären deponierten Mengen ist folglich auf die Annahmerestriktionen zurückzuführen.

294. Im Ergebnis steht Folgendes fest: Die Deponie Höli Liestal AG hat ab Ende September 2020 die Annahme von Deponiematerial von Nichtaktionären im Wesentlichen verweigert, während die Aktionärinnen das Restvolumen (Differenz zu 700 000 Tonnen) für sich beanspruchen konnten.

295. Die von der Deponie Höli Liestal AG eingereichten EGI-Daten sind mit diesem Beweisergebnis konsistent.<sup>359</sup> Die EGI-Daten zeigen, dass den Aktionärinnen der Deponie Höli Liestal AG in den Monaten Oktober–Dezember 2020 teilweise neue EGI-Genehmigungen erteilt worden sind, während in diesem Zeitraum fast alle EGI-Gesuche von Nichtaktionären abgelehnt worden sind. Erst gegen Ende Dezember 2020 wurden neue EGI-Gesuche von Nichtaktionären wieder mehrheitlich

genehmigt.<sup>360</sup> Vor diesem Hintergrund erweist sich die Aussage der Deponie Höli Liestal AG als unzutreffend, dass im Herbst 2020 auch den Aktionärinnen keine neuen EGI-Genehmigungen erteilt worden seien.<sup>361</sup>

<sup>353</sup> Act. II.A.18.3m.

<sup>354</sup> Act. II.A.18.3m.

<sup>355</sup> Act. III.4, Zeilen 233–236.

<sup>356</sup> Act. II.A.18.3e.

<sup>357</sup> Dass die Restmenge unter den Aktionärinnen aufgeteilt worden ist, geht auch aus dem Verwaltungsratsprotokoll der Deponie Höli AG vom 19. November 2020 (Act. IV.15.3.66, Traktandum 4) sowie aus den Aussagen und Eingaben der Deponie Höli Liestal AG hervor (Act. III.1, Zeile 91; Act. III.3, Zeile 277 f.; Act. IV.8, Rz 37).

<sup>358</sup> Act. IV.15.6.1.

<sup>359</sup> Act. IV.15.4.3.

<sup>360</sup> Act. IV.15.4.3.

<sup>361</sup> Vgl. Act. IV.8, Rz 36.



### B.3.3.2 Kontingentierung der Annahmemenge von Nichtaktionären ab Januar 2021

296. Die Deponie Höli Liestal AG brachte vor, dass den Nichtaktionären nach Einführung der Annahmerestriktionen im September 2020 ein Kontingent von 5000 Tonnen pro Monat zur Verfügung gestanden habe.<sup>362</sup> Weder im Verwaltungsratsbeschluss vom 24. September 2020 (Rz 286) noch in den Anweisungen an die Betriebsleitung (vgl. Rz 287) ist eine entsprechende Kontingentierung erwähnt. Wenn den Nichtaktionären tatsächlich ein Kontingent von 5000 Tonnen zugestanden worden wäre, hätte die operative Ebene hierüber informiert werden müssen, um dieses bei der Annahme von Deponiematerial zu berücksichtigen. Aus der Jahresstatistik 2020 der Deponie Höli Liestal AG<sup>363</sup> ist ersichtlich, dass Nichtaktionäre ab Oktober 2020 nur noch marginale Mengen deponiert haben. Gemäss dem Dokument mit der Bezeichnung «*Restvolumen Deponie Höli per 15. November 2020*»<sup>364</sup> war für die Nichtaktionäre per Ende November ein «*Budget*» von lediglich 100 Tonnen vorgesehen. Auch dies spricht dafür, dass den Nichtaktionären kein Kontingent von 5000 Tonnen pro Monat an der Restmenge eingeräumt worden ist, sondern die Deponie Höli für sie im Wesentlichen geschlossen blieb.

297. Der E-Mailverkehr zwischen [N3] und [N11] vom 24./25. November 2020 zeigt, dass Ende November 2020 interne Diskussionen stattfanden, wie die Annahmerestriktionen gegenüber Nichtaktionären im darauffolgenden Jahr (d.h. 2021) gehandhabt werden sollten.<sup>365</sup> [N11] verlangte darin etwa nach Anweisungen des Verwaltungsrats, wie die deponierten Mengen gesteuert werden sollen. Er hielt fest, er werde die aktuellen EGI-Gesuche einstweilen mit dem Hinweis ablehnen, dass diese erst ab Anfang 2021 neu gestellt werden könnten. [N3] stimmte diesem Vorschlag in seiner Antwortmail zu. Zudem erwiderte er, dass der Verwaltungsrat «*betreffend Mengensteuerung der Dritten eine entsprechende Lösung anbieten*» werde. Am 15. Dezember 2020 liess [N3] [N11] schliesslich ein Dokument mit dem Titel «*Festlegung der Mengensteuerung für das Jahr 2021 – Festlegung der Anlieferungen für Dritte*» per E-Mail zukommen.<sup>366</sup> Das Dokument datiert vom 10. Dezember 2020 und wurde vom Verwaltungsrat verabschiedet. [N3] bezeichnete es in der E-Mail vom 15. Dezember 2020 als «*definitives Dokument über die Massnahmen der Mengenanlieferungen für Dritt-Unternehmer*». Insofern ist anzunehmen, dass es das Ergebnis der Verwaltungsratsdiskussionen über die Handhabung der Annahmerestriktionen gegenüber Nichtaktionären für das Jahr 2021 wiedergibt. Aus dem Dokument geht hervor, dass Nichtaktionäre ab 2021 die Möglichkeit haben sollten, Material im Umfang von 4500 Tonnen pro Monat anzuliefern. Im Umkehrschluss kann daraus sowie aus dem E-Mailverkehr zwischen [N3] und [N11] gefolgert werden, dass den Nichtaktionären nach Einführung der Annahmerestriktionen Ende September 2020–Ende 2020 kein solches Kontingent an der Restmenge zugestanden wurde.

298. Vor diesem Hintergrund erweist sich das Vorbringen der Deponie Höli Liestal AG in Bezug auf die Einräumung eines Kontingents für Nichtaktionäre von 5000 Tonnen als unzutreffend. Vielmehr ist Folgendes erstellt: Von Ende September 2020–Ende 2020 war die

Deponie Höli für Nichtaktionäre bis auf die Annahme marginaler Mengen geschlossen. Ein Kontingent wurde ihnen in diesem Zeitraum nicht eingeräumt. Ab Januar 2021 war für sie eine monatliche Menge von 4500 Tonnen pro Monat vorgesehen.

### B.3.3.3 Beendigung der Annahmerestriktionen am 25. Januar 2021

299. Nachfolgend ist zu beurteilen, wie lange die im Herbst 2020 beschlossenen und umgesetzten Annahmerestriktionen gegenüber den Nichtaktionären gedauert haben.

300. Erstellt ist, dass die Schliessung der Deponie für Nichtaktionäre ab dem 1. Januar 2021 durch die Kontingentierung abgelöst wurde (vgl. Rz 296 ff.). Es bleibt zu prüfen, bis wann die Deponie Höli Liestal AG die Kontingentierung der Annahmemenge für Nichtaktionäre aufrechterhalten hat. Das bedingt auch eine Analyse der politischen Hintergründe.

301. Der Baumeisterverband der Region Basel BRB bemerkte mit Schreiben vom 28. September 2020 an den BUD-Vorsteher, Regierungsrat [N12], dass die Betreiber der Deponie Höli kurzfristig und unangekündigt mengenmässige Annahmeregrenzungen von Deponiematerial beschlossen hätten, welche die Bauunternehmen ebenso unverhofft treffen würden.<sup>367</sup> Am 22. Oktober 2020 reichte [N16], Landrat Kanton Basel-Landschaft, die Interpellation 2020/536 «*Schliessung Deponie Höli für Nichtaktionäre*» ein.<sup>368</sup> Darin hielt er fest, dass die Deponie Höli keine neuen EGI-Gesuche mehr genehmige. Bereits genehmigte EGI-Gesuche hätten keine Gültigkeit mehr.

302. Die kantonalen Behörden sahen sich veranlasst, in dieser Angelegenheit tätig zu werden. Der Vorsteher der BUD, [N12], forderte die Bürgergemeinde Liestal als Mehrheitsaktionärin der Deponie Höli Liestal AG mit Schreiben vom 11. Januar 2021 auf, «*jegliche un gerechtfertigte Bevorzugung der Aktionäre durch Preis und Zugang zu beenden*».<sup>369</sup> Der Verwaltungsrat der Deponie Höli AG traf sich daraufhin am 25. Januar 2020 zu einer ausserordentlichen Sitzung, an welcher das Schreiben von Regierungsrat [N12] thematisiert wurde. Als Ergebnis fällte der Verwaltungsrat unter anderem den Beschluss, die Kontingentierung gegenüber Nichtaktionären aufzuheben.<sup>370</sup>

<sup>362</sup> Act. IV.8, Rz 37; vgl. auch Act. III.3, Zeilen 304 f. und 314 (Aussagen von [N4]).

<sup>363</sup> Act. IV.15.6.1.

<sup>364</sup> Act. II.A.18.3e.

<sup>365</sup> Act. II.A.18.3d.

<sup>366</sup> Act. II.A.18.3f.

<sup>367</sup> Act. II.A.1.3.

<sup>368</sup> Abrufbar unter <[www.baselland.ch/politik-und-behorden/landrat-parlament/geschaeft/geschaeft-ab-juli-2015?i=https%3A/baselland.talus.ch/de/politik/cdws/geschaeft.php%3Fgid%3D9924ed7334bb4f29b8a40d53c8e74049](http://www.baselland.ch/politik-und-behorden/landrat-parlament/geschaeft/geschaeft-ab-juli-2015?i=https%3A/baselland.talus.ch/de/politik/cdws/geschaeft.php%3Fgid%3D9924ed7334bb4f29b8a40d53c8e74049)> (6.1.2023).

<sup>369</sup> Act. II.A.1.6.

<sup>370</sup> Act. IV.15.3.69.

303. Gemäss der «Jahresstatistik 2021» der Deponie Höli Liestal AG deponierten Nichtaktionäre im Januar 2021 knapp 1500 Tonnen, im Februar 2021 knapp 3500 Tonnen.<sup>371</sup> Das von Nichtaktionären deponierte Volumen nahm ab Januar 2021 somit wieder deutlich zu. Dennoch blieb es auch noch im Februar 2021 unterhalb von 4500 Tonnen. Demgegenüber deponierten die Aktionärinnen der Deponie Höli Liestal AG im Januar 2021 über 31 000 Tonnen in der Deponie Höli, im Februar 2021 über 43 000 Tonnen. Es bestehen jedoch keine Anzeichen, dass die Kontingentierung der Annahmemenge von Nichtaktionären trotz des Verwaltungsratsbeschlusses vom 25. Januar 2021 beibehalten worden ist. Vielmehr ist davon auszugehen, dass die beträchtliche Differenz der Annahmemengen zwischen Aktionärinnen und Nichtaktionären primär auf die Aktionärspreise zurückzuführen ist. In Bezug auf den Zugang zur Deponie Höli waren Nichtaktionäre somit ab dem 25. Januar 2021 wieder mit den Aktionärinnen der Deponie Höli Liestal AG gleichgestellt, während die preisliche Ungleichbehandlung fort dauerte.

#### B.3.3.4 Auswirkungen der Annahmerestriktionen gegenüber Nichtaktionären

304. Die spezifischen Annahmerestriktionen ab Ende September 2020 gegenüber Nichtaktionären – d. h. die Schliessung der Deponie bis Ende 2020 und die Kontingentierung ab Januar 2021 – zielten darauf, die Aktionärinnen der Deponie Höli Liestal AG zu bevorzugen. Die Annahmerestriktionen für Nichtaktionäre wiesen somit die gleiche Stossrichtung auf wie die Vorzugskonditionen für Aktionärinnen. Die Massnahmen unterschieden sich bloss hinsichtlich des Anknüpfungspunktes und des Ausmasses. Während die Ungleichbehandlung bei den Vorzugskonditionen den Preis betraf, ging es bei den Annahmerestriktionen von Ende September 2020–Januar 2021 um den Zugang zur Deponie an sich.

305. Die Vorzugskonditionen für Aktionärinnen bzw. schlechteren Konditionen für Nichtaktionäre führten dazu, dass die Nichtaktionäre bereits vor Einführung der Annahmerestriktionen nur in geringem Umfang in der Deponie Höli deponierten. Die Vorzugskonditionen für Aktionärinnen wurden im Herbst 2021 durch die Schliessung der Deponie Höli für Nichtaktionäre überlagert. In diesem Zeitraum konnten die Nichtaktionäre – unabhängig vom Preis – im Wesentlichen gar nicht mehr deponieren (Rz 284 ff.). Insofern verstärkte die Schliessung der Deponie Höli für Nichtaktionäre im Herbst 2020 diejenigen Auswirkungen, die zuvor bereits durch die Vorzugskonditionen eingetreten waren.

306. Im Januar 2021 kamen die Vorzugskonditionen für Aktionärinnen und die Kontingentierung der Annahmemenge für Nichtaktionäre parallel zur Anwendung. Weil das Kontingent von 4500 Tonnen von den Nichtaktionären nicht ausgeschöpft wurde, entstanden dadurch keine wesentlichen, über die bereits durch die Vorzugskonditionen für Aktionärinnen verursachten Auswirkungen hinausgehenden, Wettbewerbsbeeinträchtigungen.<sup>372</sup>

307. Vor diesem Hintergrund decken sich die relevanten Sachverhaltsfragen betreffend die Auswirkungen der Annahmerestriktionen weitgehend mit denjenigen in Bezug auf die Vorzugskonditionen für Aktionärinnen. Die dortigen Tatsachenfeststellungen sind im Wesentlichen

auch im Kontext der Annahmerestriktionen von Bedeutung. Relevant sind namentlich folgende Punkte:

- Bei den Nichtaktionären handelt es sich zumindest teilweise um Konkurrenten der Aktionärinnen der Deponie Höli Liestal AG (vgl. Rz 103 ff.).
- Die Deponiegebühren sind für die nachgelagerten Märkte (u.a. Bau-, Transport-, Aushub- und Abbruchwesen) bedeutend. Der Anteil der Deponiegebühren ist insbesondere bei Aufträgen sehr gross, welche nur den Transport und die Entsorgung von Abfällen des Typs B beinhalten. Bei anderen Aufträgen, welche weitere Leistungen umfassen, ist der Anteil entsprechend tiefer (vgl. Rz 250 ff.).
- Nichtaktionäre konnten höchstens in einem beschränkten Ausmass auf andere Deponien ausweichen. Sie hatten nicht die Möglichkeit, in anderen Deponien zu gleichermassen günstigen Preisen ähnlich grosse Mengen zu entsorgen wie die Aktionärinnen der Deponie Höli Liestal AG in der Deponie Höli (vgl. Rz 259 ff.).

#### B.3.4 Beweisergebnis

308. Zusammenfassend ist erwiesen, dass die Deponie Höli von Ende September 2020–Ende 2020 für Nichtaktionäre bis auf wenige Ausnahmen geschlossen war. Demgegenüber konnten die Aktionärinnen der Deponie Höli Liestal AG von Oktober–Dezember 2020 Material im Umfang von rund 67 000 Tonnen deponieren. Ab Januar 2021 war für Nichtaktionäre ein Kontingent von 4500 Tonnen pro Monat vorgesehen. Die Deponie Höli Liestal AG hob diese Kontingentierung am 25. Januar 2021 auf. Ab diesem Zeitpunkt waren Nichtaktionäre den Aktionärinnen in Bezug auf den Zugang zur Deponie Höli wieder gleichgestellt.

### C Rechtliche Würdigung

#### C.1 Geltungsbereich

309. Das Kartellgesetz (KG)<sup>373</sup> gilt in persönlicher Hinsicht für Unternehmen des privaten und des öffentlichen Rechts (Art. 2 Abs. 1 KG). Als Unternehmen im Sinne des KG gelten sämtliche Nachfragerinnen oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform (Art. 2 Abs. 1<sup>bis</sup> KG). Die vorliegend einzige Partei, die Deponie Höli Liestal AG, ist ein privatrechtliches Unternehmen. Das KG ist folglich in persönlicher Hinsicht anwendbar.

310. In sachlicher Hinsicht erstreckt sich das KG auf Kartell- und andere Wettbewerbsabreden, auf die Ausübung von Marktmacht sowie auf die Beteiligung an Unternehmenszusammenschlüssen (Art. 2 Abs. 1 KG). Ob die Deponie Höli Liestal AG Marktmacht ausgeübt hat bzw. ausübt, ist im Rahmen der materiellen Beurteilung im Einzelnen zu prüfen (vgl. dazu Rz 349 ff.).

<sup>371</sup> Act. IV.15.6.2.

<sup>372</sup> Vgl. Act. IV.15.6.2.

<sup>373</sup> Bundesgesetz vom 6.10.1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251).

311. In räumlicher Hinsicht ist das KG auf alle Sachverhalte anwendbar, die sich in der Schweiz auswirken, unabhängig davon, ob sie im In- oder im Ausland veranlasst worden sind (Art. 2 Abs. 2 KG; sog. Auswirkungsprinzip). Die Deponie Höli Liestal AG betreibt eine Deponie in Liestal. Ihr Handeln wirkt sich in der Schweiz aus. Das Geschehen ist demnach vom örtlichen Geltungsbereich des KG erfasst.

312. In zeitlicher Hinsicht sind die materiellen Regeln des aktuellen Kartellgesetzes seit 1. Juli 1996 in Kraft. Art. 49a KG, die Sanktionsnorm, trat demgegenüber erst am 1. April 2004 in Kraft, wobei die diesbezügliche Anpassungsfrist gemäss der Übergangsbestimmung am 1. April 2005 abgelaufen ist. Die Deponie Höli nahm ihren Betrieb 2010 auf (Rz 5). Die vorliegend zu beurteilenden Handlungen und Verhaltensweisen fallen somit auch in den zeitlichen Geltungsbereich des KG.

## C.2 Zuständigkeit der Gesamtkommission der WEKO

313. Die Zuständigkeit der Wettbewerbsbehörden bestimmt sich nach Art. 18 Abs. 3 Satz 1 KG und den Vorschriften des GR-WEKO<sup>374</sup>. Danach trifft die Gesamtkommission der WEKO die Entscheide, welche nicht ausdrücklich einem anderen Organ oder dem Sekretariat zugewiesen sind.

314. Vorliegend entscheidet die WEKO mit Endverfügung darüber, ob gegen die Verfahrensparteien wegen Verstoss gegen das Kartellgesetz Massnahmen zu erlassen sind. Da vorliegend keine Zuständigkeit eines anderen WEKO-Organs gegeben ist (etwa gemäss Art. 19 Abs. 1 Satz 3 KG oder Art. 19 f., 27 ff. GR-WEKO), ist die allgemeine Verfügungskompetenz einschlägig. Zuständig ist vorliegend folglich die Gesamtkommission der WEKO.

## C.3 Vorbehaltene Vorschriften

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

316. Im hier zu beurteilenden Markt gibt es zwar zahlreiche raumplanungsrechtliche und umweltschutzrechtliche Vorschriften, diese schliessen aber den Wettbewerb zwischen verschiedenen Deponiebetreibern nicht aus. Deshalb kann das Kartellgesetz auf die vorliegend relevanten Märkte uneingeschränkt angewendet werden.

## C.4 Relevanter Markt

### C.4.1 Einleitung

317. Bei der Abgrenzung des relevanten Marktes ist zu bestimmen, welche Waren oder Dienstleistungen für die Marktgegenseite in sachlicher, örtlicher und zeitlicher Hinsicht austauschbar sind.<sup>375</sup>

318. Durch die Marktabgrenzung wird keine allgemeingültige Marktdefinition für einen Wirtschaftsbereich geschaffen, sondern es werden die Wirkungen einer konkret untersuchten Wettbewerbsbeschränkung beurteilt.<sup>376</sup> Die Marktabgrenzung hängt folglich von der untersuchten Wettbewerbsbeschränkung ab und kann je nach Verhaltensweise divergieren, obwohl sie denselben Wirtschaftsbereich betrifft.<sup>377</sup>

319. Nachfolgend wird zunächst die von den zu beurteilenden Verhaltensweisen betroffene Marktgegenseite bestimmt (Rz 320). Anschliessend wird der relevante Markt in sachlicher (Rz 321 ff.) und räumlicher (Rz 333 ff.) Hinsicht abgegrenzt. Ausserdem wird die zur Beurteilung der Marktstellung der Deponie Höli Liestal AG relevante zeitliche Dimension bestimmt (Rz 347).

### C.4.2 Marktgegenseite

320. Die Marktgegenseite besteht im Wesentlichen aus Entsorgungs-, Transport- und Bauunternehmen (vgl. Rz 103 ff.).

### C.4.3 Sachlich relevanter Markt

321. Der sachliche Markt umfasst alle Waren oder Leistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar angesehen werden (analog Art. 11 Abs. 3 Bst. a VKU).<sup>378</sup>

322. Gegenstand der vorliegenden Untersuchung sind Verhaltensweisen, welche die Entgegennahme von Abfällen durch die Deponie Höli betreffen. Der sachlich relevante Markt umfasst deshalb Ware und Dienstleistungen, die von der Marktgegenseite als Substitute zur Entgegennahme von Abfällen durch die Deponie Höli angesehen werden.

323. In der Deponie Höli werden verschiedene Arten von Abfällen entsorgt (vgl. Rz 129 ff.). All diesen Abfallarten ist gemeinsam, dass sie in Deponien des Typs B entsorgt werden dürfen. Deshalb ist die Entsorgung in anderen Deponien des Typs B aus Sicht der Marktgegenseite ein Substitut, sofern diese anderen Deponien zu vergleichbaren Transportkosten erreichbar sind (vgl. dazu die Ausführungen zur räumlichen Marktabgrenzung in Rz 331 ff.).

324. Je nach Abfallart stehen der Marktgegenseite zur Abfallentsorgung in Deponien des Typs B weitere Alternativen zur Verfügung. Anhand der unterschiedlichen Ausweichmöglichkeiten der Marktgegenseite sind im Wesentlichen die 3 folgenden Abfallarten zu unterscheiden:

<sup>374</sup> Geschäftsreglement der Wettbewerbskommission (Geschäftsreglement WEKO, GR-WEKO); SR 251.1.

<sup>375</sup> BGE 139 I 72, 92 E. 9.1 m.w.H. (=RPW 2013/1, 127 E. 9.1), *Publigroupe SA et al./WEKO*.

<sup>376</sup> Exemplarisch: OECD, Market Definition, DAF/COMP(2012)19, S. 11 <[www.oecd.org/daf/competition/Marketdefinition2012.pdf](http://www.oecd.org/daf/competition/Marketdefinition2012.pdf)> (4.8.2023).

<sup>377</sup> So auch BVGer, B-7633/2009 vom 14.9.2015 E. 274, *ADSL II* unter Verweis auf ständige EU-Praxis; RPW 2018/1, 109 Rz 137, *Verzinsung*.

<sup>378</sup> Verordnung vom 17.6.1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU; SR 251.4). BGE 139 I 72, 93 E. 9.2.3.1 (=RPW 2013/1, 127 E. 9.2.3.1), *Publigroupe SA et al./WEKO*; BGer 2C\_395/2021 vom 9.5.2023, E. 8.1, *Naxoo*.

- a) Abfälle, die in Deponien des Typs A entsorgt werden dürfen (nachfolgend: **Abfälle Typ A**);
- b) Abfälle, die zwar nicht in Deponien des Typs A, aber in Deponien des Typs B entsorgt werden dürfen und bei welchen die Wiederverwertung aus Sicht der Marktgegenseite eine Alternative zur Deponierung ist (nachfolgend: **wiederverwertbare Abfälle Typ B**);<sup>379</sup>
- c) Abfälle, die nicht in Deponien des Typs A entsorgt werden dürfen und bei welchen die Wiederverwertung aus Sicht der Marktgegenseite keine Alternative zur Deponierung ist (nachfolgend: **nichtwiederverwertbare Abfälle Typ B**).

325. Die überwiegende Mehrheit der in der Deponie Höli entsorgten Abfälle fallen in die Kategorie c) (vgl. Rz 75 ff. sowie Rz 129 ff.). Diese Abfälle können entweder nicht zu vergleichbaren Kosten wiederverwertet werden oder die Wiederverwertung ist nicht möglich, weil es keine Nachfrage nach den hergestellten RC-Produkten gibt. Ausserdem können diese Abfälle auch nicht in Deponien des Typs A entsorgt werden. Die Entsorgung in Deponien der Typen C, D oder E ist aus Sicht der Marktgegenseite ebenfalls keine Alternative zur Entsorgung in einer Deponie des Typs B, insbesondere weil die entsprechenden Gebühren und Abgaben deutlich höher sind (vgl. Rz 25 f.). In Bezug auf diese Abfälle ist aus Sicht der Marktgegenseite deshalb die einzige gleichwertige Alternative zur Entsorgung in der Deponie Höli die Entsorgung in einer anderen Deponie des Typs B der Region.<sup>380</sup> Deshalb wird in casu ein **separater sachlicher Markt für die Entgegennahme von nichtwiederverwertbaren Abfällen des Typs B** abgegrenzt.

326. Gemessen am Anteil an den insgesamt in der Deponie Höli entsorgten Mengen kommt den wiederverwertbaren Abfällen des Typs B eine deutlich geringere Bedeutung zu, welcher sich auf weniger als 30 % beläuft (vgl. Rz 75 ff.). Solche Abfälle können zwar nicht in Deponien des Typs A entsorgt werden, eine Wiederverwertung ist aber möglich. Ein Teil dieser Abfälle wird auch in Deponien des Typs B entsorgt, zum Beispiel wenn die entsprechenden Kosten im Vergleich zur Wiederverwertung tiefer ausfallen. Zur Entsorgung dieser Abfälle kann die Marktgegenseite folglich neben den Deponien des Typs B der Region Basel auf verschiedene Wiederverwertungskanäle im In- und Ausland zurückgreifen (vgl. Rz 61 ff.). Zur Entsorgung wiederverwertbarer Abfälle des Typs B stehen der Marktgegenseite also zusätzliche Substitute zur Verfügung. Die zusätzlichen Anbieterinnen (die Aufbereitungsanlagen) unterscheiden sich von den Deponien des Typs B mutmasslich in Bezug auf ihre Kostenstruktur, jedenfalls aber durch ihre unterschiedlichen Standorte. Diese haben einen grossen Einfluss auf die in diesem Markt wichtigen Transportkosten. Entsprechend unterscheiden sich auch die Wettbewerbsverhältnisse bei den Abfällen des Typs B je nachdem, ob diese Abfälle wiederverwertet werden können. Aus diesen Gründen wird in casu ein **separater sachlicher Markt für wiederverwertbare Abfälle des Typs B** abgegrenzt.<sup>381</sup>

327. Eine Dritte in der Deponie Höli entsorgte Abfallart sind Abfälle des Typs A. Diese Abfälle können nicht nur in Deponien des Typs B, sondern auch in Deponien des Typs A entsorgt werden. Insbesondere weil die Gebüh-

ren der Deponien des Typs A im Vergleich zu den Deponien des Typs B wesentlich tiefer sind (vgl. Rz 23 ff.), werden solche Abfälle nur in Ausnahmefällen in Deponien des Typs B entsorgt. Auch bei der Deponie Höli haben sie mit rund 2 % nur einen geringen Anteil an der insgesamt entsorgten Abfallmenge (vgl. Rz 129 ff.). Wenn die Marktgegenseite solche Abfälle des Typs A entsorgen will, stehen ihr neben den Deponien des Typs B insbesondere auch die Deponien des Typs A zur Verfügung.<sup>382</sup> Folglich hat die Marktgegenseite im Vergleich zu wiederverwertbaren und nichtwiederverwertbaren Abfällen des Typs B Ausweichmöglichkeiten. Diese zusätzlichen Anbieterinnen unterscheiden sich wiederum insbesondere in Bezug auf ihre Kostenstruktur und ihre Standorte von den Deponien des Typs B oder den Aufbereitungsanlagen, welche als Anbieterinnen in den bereits abgegrenzten sachlichen Märkten auftreten. Entsprechend unterscheiden sich auch die Wettbewerbsverhältnisse im Markt für Abfälle des Typs A von denjenigen in den Märkten für wiederverwertbare und nichtwiederverwertbare Abfälle des Typs B. Aus diesen Gründen wird in casu ein **separater sachlicher Markt für die Entgegennahme von Abfällen des Typs A** abgegrenzt.<sup>383</sup>

328. Die Deponie Höli Liestal AG bringt vor, der sachlich relevante Markt umfasse «*im Minimum den Abtransport und die Entsorgung und Verwertung von Bauabfällen*».<sup>384</sup> Grund sei im Wesentlichen, dass die in den nachgelagerten Märkten tätigen Logistikunternehmen alle auf einer Baustelle anfallenden Abfallsorten abtransportieren und der Verwertung oder der Deponierung zuführen würden. Diese Unternehmen seien nicht auf eine bestimmte Abfallsorte spezialisiert.<sup>385</sup>

329. Dazu ist Folgendes festzuhalten: Der relevante Markt umfasst nur diejenigen von der Marktgegenseite nachgefragten Güter, die hinsichtlich ihrer Eigenschaften

<sup>379</sup> Damit die Wiederverwertung aus Sicht der Marktgegenseite eine Alternative zur Deponierung ist, muss diese technisch möglich sein. Ausserdem dürfen die Kosten der Wiederverwertung im Vergleich zu den Kosten der Deponierung nicht wesentlich höher ausfallen und es muss eine ausreichende Nachfrage nach den hergestellten RC-Produkten bestehen (vgl. Rz 61 ff.).

<sup>380</sup> Vgl. insbesondere die Aussagen der Zeugen [N5] und [N6], welche als Alternative zur Entsorgung in der Deponie Höli lediglich die Entsorgung in anderen Deponien des Typs B der Region erwähnen (Rz 95 ff. mit Verweis auf Act. III.4, Zeilen 253–254 und Act. III.5, Zeile 204). Beide Zeugen sind bei Unternehmen der Marktgegenseite tätig.

<sup>381</sup> Ein gewisser Anteil der wiederverwertbaren Abfälle kann nicht deponiert werden, weil der Bauherr eine Wiederverwertung vorschreibt. Solche Abfälle gehören nicht zum hier definierten Markt für die Entgegennahme von wiederverwertbaren Abfällen des Typs B, weil die Deponierung in der Deponie Höli bei diesen Abfällen nicht zur Verfügung steht.

<sup>382</sup> Möglicherweise stehen der Marktgegenseite zusätzlich weitere Entsorgungsmöglichkeiten wie zum Beispiel die Wiederverwertung zur Verfügung. Solche allfälligen zusätzlichen Alternativen müssen für den Markt der Entgegennahme von Abfällen des Typs A nicht näher untersucht werden, weil die Deponie Höli in diesem Markt aufgrund der geringen in der Deponie Höli entsorgten Mengen an Abfällen des Typs A offensichtlich nicht marktbeherrschend ist (vgl. Rz 368).

<sup>383</sup> Ob eine weitere Differenzierung zwischen verschiedenen Arten von Abfällen des Typs A erforderlich ist, kann vorliegend offen gelassen werden, weil die Deponie Höli Liestal AG in diesen Märkten unabhängig davon keine marktbeherrschende Stellung einnimmt (vgl. Rz 368).

<sup>384</sup> Act. V.25, Rz 119.

<sup>385</sup> Act. V.25, Rz 114 ff.

und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks mit dem von der zu beurteilenden Verhaltensweise betroffenen Gut substituierbar sind.<sup>386</sup> Transporte sind keine Substitute für die Entgegennahme von Abfällen des Typs B. Auch die Entgegennahme anderer als der zu entsorgenden Abfallart ist kein Substitut. Wenn auf einer Baustelle zum Beispiel Abfälle des Typs B anfallen, darf die Marktgegenseite diese nicht in einer Deponie des Typs A entsorgen. Gleiches gilt für die Wiederverwertung. Nichtwiederverwertbare Abfälle des Typs B können nicht zu vergleichbaren Kosten wiederverwertet werden.

330. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass vorliegend die folgenden 3 sachlichen Märkte von den zu untersuchenden Verhaltensweisen betroffen sind:<sup>387</sup>

- Der Markt für die Entgegennahme nichtwiederverwertbarer Abfälle des Typs B,
- Der Markt für die Entgegennahme wiederverwertbarer Abfälle des Typs B,
- Der Markt für die Entgegennahme von Abfällen des Typs A.

#### C.4.4 Räumlich relevanter Markt

331. Der räumlich relevante Markt umfasst das Gebiet, in welchem die Marktgegenseite die den sachlichen Markt umfassenden Waren oder Leistungen nachfragt oder anbietet (Art. 11 Abs. 3 Bst. b VKU, der hier analog anzuwenden ist).<sup>388</sup>

332. Vorliegend sind 3 sachliche Märkte betroffen. Für jeden dieser Märkte ist zu prüfen, in welchem Gebiet die Marktgegenseite – bestehend im Wesentlichen aus Entsorgungs-, Transport- und Bauunternehmen, die Abfälle in der Deponie Höli entsorgen (vgl. Rz 103 ff.) – die Entgegennahme der entsprechenden Abfälle nachfragt.

##### C.4.4.1 Nichtwiederverwertbare Abfälle Typ B

333. In Abbildung 4 oben ist dargestellt, aus welchen Gemeinden Abfälle in die Deponie Höli geliefert wurden. Der räumlich relevante Markt ist vorliegend aber enger abzugrenzen und umfasst nicht das gesamte Einzugsgebiet der Deponie Höli. Vielmehr entspricht der räumlich relevante Markt für die Entgegennahme von nichtwiederverwertbaren Abfällen des Typs B dem Kerneinzugsgebiet der Deponie Höli. Aus diesem Kerneinzugsgebiet stammen rund 80 % der in der Deponie Höli entsorgten Abfälle (vgl. Rz 149 f.). Nachfolgend wird dargelegt, weshalb der räumlich relevante Markt auf das Kerneinzugsgebiet abzugrenzen ist.

334. Grundsätzlich entscheiden die Unternehmen der Marktgegenseite für jede Baustelle separat, wie und wo die dort anfallenden Abfälle entsorgt werden sollen. Ob die Marktgegenseite die Entsorgung der Abfälle bei der Deponie Höli nachfragt oder nicht, ist dabei von verschiedenen Faktoren abhängig. Zunächst müssen die Unternehmen der Marktgegenseite prüfen, zu welchen Deponien sie überhaupt Zugang haben. Das ist insbesondere deshalb erforderlich, weil es bei vielen Deponien Kontingente für Dritte gibt. Sind diese erschöpft, wird keine Genehmigung erteilt. Ausserdem berücksichtigen die Unternehmen der Marktgegenseite sowohl die Gebühren der verschiedenen Deponien als auch die Kosten für den Transport (vgl. Rz 119 f.). Letztere sind

von der Fahrzeit zwischen der Baustelle und den verschiedenen Deponien abhängig. Ausserdem spielt es eine Rolle, ob auf der Rückfahrt andere Güter transportiert werden können und wie gross die zu transportierende Abfallmenge ist (vgl. Rz 50 ff.). Die Entscheidung der Marktgegenseite darüber, ob sie Abfälle bei der Deponie Höli oder bei einer anderen Deponie entsorgt, mag zwar mitunter von baustellenspezifischen Faktoren wie zum Beispiel den Fahrzeiten zu den verschiedenen Deponien des Typs B abhängig sein. Wie nachfolgend allerdings dargelegt, ist es weder möglich noch erforderlich, die Marktstellung der Deponie Höli separat für jede einzelne Baustelle zu untersuchen. Stattdessen ist in casu ein relevanter Markt – ausgehend vom Einzugsgebiet der Deponie Höli – abzugrenzen.

335. Bei dieser Abgrenzung ist auf die durchschnittlichen Vertreterinnen und Vertreter der Marktgegenseite abzustellen.<sup>389</sup> Im vorliegenden Markt spielen wie erwähnt auch baustellenspezifische Faktoren eine massgebliche Rolle bei der Auswahl einer Deponie des Typs B. Daher gibt es regelmässig Baustellen, die sich vom Durchschnitt wesentlich unterscheiden. Es kann zum Beispiel vorkommen, dass Abfälle über ungewöhnlich weite Distanzen in die Deponie Höli geliefert werden, wenn die Kontingente näher gelegener Deponien bereits erschöpft sind. Auch wenn auf der Rückfahrt andere Güter transportiert werden können, kann sich dadurch eine im Vergleich zum Durchschnitt wesentlich längere Fahrzeit lohnen (vgl. Rz 50 ff.). Diese ungewöhnlichen Baustellen sind für die räumliche Marktabgrenzung nicht relevant, weil sie nicht zur durchschnittlichen Marktgegenseite gehören. Da sich diese ungewöhnlichen Baustellen am Rand des Einzugsgebiets befinden, gehört der Rand des Einzugsgebiets nicht zum räumlich relevanten Markt. Aus diesem Grund ist der räumlich relevante Markt auf das Kerneinzugsgebiet und nicht auf das gesamte Einzugsgebiet der Deponie Höli abzugrenzen.

336. Bei der Eingrenzung des Kerneinzugsgebiets einer Deponie kommt der Behörde ein gewisses Ermessen zu im Einzelfall unter Berücksichtigung der konkreten Umstände. Typischerweise wird das Kerneinzugsgebiet nicht das gesamte Einzugsgebiet einer Deponie erfassen, aber mindestens diejenigen Standorte, von denen die Mehrheit der Mengen angeliefert werden. Bei Märkten in denen, wie vorliegend, die Preise nicht räumlich differenziert werden (vgl. dazu auch Rz 338), kann folgende Faustregel dienen: Das Kerneinzugsgebiet ist in der Regel so festzulegen, dass darauf rund 80 % des Absatzes, der Kunden oder – wie vorliegend – der angelieferten Mengen entfallen.<sup>390</sup>

<sup>386</sup> Statt vieler BGer 2C\_395/2021 vom 9.5.2023, E. 8.2, *Naxoo*; BVGer B-141/2012 vom 12.12.2022, E. 5.3.1.3, *ASCOPA*.

<sup>387</sup> Vgl. dazu BGer 2C\_113/2017 vom 12.2.2020, E. 5.3., *Hallenstadion*.

<sup>388</sup> BGE 139 I 72, 92 E.9.2.1 m.w.H. (=RPW 2013/1, 127 E. 9.2.1), *Publigroupe SA et al./WEKO*.

<sup>389</sup> Vgl. z.B. BGer, 2C.113/2017 vom 12.2.2020 E 5.4.2., *Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich*, m.w.N.

<sup>390</sup> Vgl. betreffend die Praxis im EU-Recht auch Rz 74 des Entwurfs der überarbeiteten Bekanntmachung der Kommission über die Abgrenzung des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Union, veröffentlicht am 8. November 2022 unter <ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/ip\_22\_6528> (4.1.2023).

337. Diese Abgrenzung erweist sich vorliegend als sachgerecht. Wie dargelegt (Rz 335) werden Abfälle teilweise über ungewöhnlich grosse Distanzen zur Deponie transportiert. Die räumliche Marktabgrenzung darf nicht anhand dieser ungewöhnlichen Baustellen vorgenommen werden. Daher ist es angemessen, rund 20 % der in der Deponie Höli entsorgten Mengen aus dem relevanten Markt auszuschliessen. Das Kerneinzugsgebiet entspricht somit im vorliegenden Fall dem kleinstmöglichen Fahrminutenradius um den Standort der Deponie Höli, so dass mindestens 80 % der in der Deponie Höli entsorgten Abfälle aus dem so abgegrenzten Gebiet stammen (vgl. Rz 149 f.).

338. Die bisherige Praxis der WEKO stützt dieses Ergebnis. Im Entscheid «*Belagswerke Bern*» beurteilte die WEKO im Jahr 2021 das missbräuchliche Verhalten eines marktbeherrschenden Belagswerks im Raum Bern. Sie legte das Kerneinzugsgebiet dieses Belagswerks so fest, dass darauf 66 % der verkauften Mengen entfielen.<sup>391</sup> Allerdings ist Folgendes zu beachten: Im für den Entscheid «*Belagswerke Bern*» relevanten Markt für Asphaltmischgut werden die Preise für alle grösseren Baustellen individuell festgelegt. Zum Zeitpunkt der Preisverhandlungen ist bekannt, wo sich die zu beliefernden Baustellen befinden. Deshalb können die Belagswerke bei der Preissetzung den Standort der zu beliefernden Baustellen berücksichtigen. Tatsächlich spielt der Standort der Baustellen in Bezug auf die Preissetzung bei Asphaltmischgut eine wichtige Rolle. Insbesondere wenn ein Belagswerk schlecht ausgelastet ist, kann es sinnvoll sein, die bei der Belieferung weit entfernter Baustellen anfallenden hohen Transportkosten durch besonders tiefe Materialpreise zu kompensieren. So kann ein relativ weit von der zu beliefernden Baustelle entferntes Belagswerk trotz der grossen Distanz zu konkurrenzfähigen Preisen offerieren. Weil die Preise für Asphaltmischgut also davon abhängig sind, wo das Produkt ausgeliefert wird, sind diese Preise räumlich differenziert.<sup>392</sup>

339. Im Markt für Asphaltmischgut wie auch in anderen Märkten mit räumlich differenzierten Preisen sind Lieferungen über ungewöhnlich weite Distanzen grundsätzlich häufiger als in Märkten, bei welchen die Preise nicht vom geografischen Standort der Marktgegenseite abhängig sind. Grund dafür ist die oben beschriebene Möglichkeit, die bei weiten Distanzen hohen Transportkosten durch tiefe Materialpreise zu kompensieren. Eine solche Kompensation ist nicht möglich, wenn die Preise unabhängig vom Standort der Marktgegenseite festgelegt werden.

340. Im vorliegenden Markt für die Entgegennahme von nichtwiederverwertbaren Abfällen des Typs B sind die Preise nicht räumlich differenziert. Vielmehr werden die Deponiegebühren unabhängig vom Herkunftsort der angelieferten Abfälle festgelegt (vgl. Rz 231 ff.). Daher treten die genannten, durch die räumliche Differenzierung der Preise ermöglichten, ungewöhnlichen Lieferungen im vorliegenden Markt nicht auf. Aus diesem Grund ist der räumlich relevante Markt vorliegend grundsätzlich weiter abzugrenzen als in Märkten mit räumlich differenzierten Preisen.

341. Aus den genannten Gründen entspricht der räumlich relevante Markt für nichtwiederverwertbare Abfälle des Typs B vorliegend dem oben definierten Kerneinzugsgebiet der Deponie Höli (vgl. Rz 149 f.). Aus diesem stammen rund 80 % der in der Deponie Höli entsorgten Abfälle. Vorliegend ist auch zu berücksichtigen, dass eine weitere Abgrenzung des räumlichen Marktes erst dann zu wesentlich tieferen Marktanteilen führen würde, wenn ein sehr viel grösseres Gebiet einbezogen würde (vgl. Rz 185 ff.). Aus diesem Grund ist die genaue räumliche Marktabgrenzung nicht ausschlaggebend für die Beurteilung der Marktstellung der Deponie Höli (vgl. Rz 349 ff.).

#### **C.4.4.2 Wiederverwertbare Abfälle des Typs B**

342. Wiederverwertbare Abfälle des Typs B können im Gegensatz zu nichtwiederverwertbaren Abfällen des Typs B zur Wiederverwertung in das Ausland exportiert werden (vgl. Rz 47). Tatsächlich wird ein gewisser Anteil dieser Abfälle exportiert (Rz 157 ff.). Dieser Umstand spricht dafür, dass die Marktgegenseite die Entgegennahme dieser Abfälle in einem im Vergleich zu nichtwiederverwertbaren Abfällen des Typs B grösseren Gebiet nachfragt und dass damit der räumlich relevante Markt eher weiter abzugrenzen ist.

343. Allerdings gibt es mehr Anbieterinnen der Entgegennahme dieser Abfälle, weil sie auch von Aufbereitungsanlagen entgegengenommen werden können. Dieser Umstand spricht eher für kürzere Transportwege und einen engeren räumlichen Markt als bei nichtwiederverwertbaren Abfällen des Typs B. Wenn das Netzwerk der potenziellen Anbieterinnen dichter ist, ist die Distanz zwischen den Baustellen und diesen Anbieterinnen in der Regel geringer. Deshalb führt ein dichteres Netzwerk von Anbieterinnen in der Regel dazu, dass die Marktgegenseite die Entgegennahme der Abfälle in einem kleineren Gebiet nachfragt. Entsprechend wäre der räumlich relevante Markt eher enger abzugrenzen. Da die Transportdistanzen beim grundsätzlich wiederverwertbaren Mischabbruch aber ähnlich gross sind wie bei nichtwiederverwertbaren Abfällen des Typs B (vgl. Abbildung 11 und Abbildung 12 im Appendix), hat die erwähnte höhere Dichte der Entsorgungsstandorte jedenfalls keine grossen Auswirkungen auf die Lieferdistanzen.

344. Aus diesen Gründen entspricht der räumlich relevante Markt bei wiederverwertbaren Abfällen des Typs B ungefähr dem räumlich relevanten Markt bei nichtwiederverwertbaren Abfällen des Typs B – also dem Kerneinzugsgebiet der Deponie Höli. Die genaue räumliche Abgrenzung des relevanten Marktes für die Entgegennahme von wiederverwertbaren Abfällen des Typs B kann offengelassen werden, da die Deponie Höli unabhängig davon keine marktbeherrschende Stellung einnimmt (vgl. Rz 364 ff.).

<sup>391</sup> WEKO, 6.12.2021, Rz 590, *Belagswerke Bern*, <www.weko.admin.ch> > Praxis > Entscheide.

<sup>392</sup> WEKO, 6.12.2021, Rz 183 ff. und Rz 586, *Belagswerke Bern*, Fn 391.

### C.4.4.3 Abfälle Typ A

345. Abfälle des Typs A können im Gegensatz zu Abfällen des Typs B auch in Deponien des Typs A entsorgt werden. Bei diesen Abfällen ist zudem eine Entsorgung in im Ausland gelegenen Deponien möglich.<sup>393</sup> Deshalb ist die Dichte der möglichen Entsorgungsstandorte deutlich höher als bei nichtwiederverwertbaren Abfällen des Typs B. Dieser Umstand spricht für eine im Vergleich zu nichtwiederverwertbaren Abfällen des Typs B engere räumliche Marktabgrenzung. Dafür sprechen auch die kürzeren Transportwege der Abfälle des Typs A im Vergleich zu Abfällen des Typs B (vgl. Rz 138 ff.).

346. Die genaue räumliche Abgrenzung des relevanten Marktes für die Entgegennahme von Abfällen des Typs A kann vorliegend offengelassen werden, weil die Deponie Höli unabhängig davon keine marktbeherrschende Stellung einnimmt (vgl. Rz 368).

### C.4.5 Zeitliche Dimension

347. Die vorliegend zu beurteilenden Verhaltensweisen<sup>394</sup> ereigneten sich vom 25. Mai 2010 (Eröffnung der Deponie Höli)–12. Mai 2021 (Schliessung der Deponie; vgl. Rz 231 ff.). Der relevante Zeitraum umfasst daher in casu 25. Mai 2010–12. Mai 2021.

### C.4.6 Fazit

348. Vorliegend sind die nachfolgend aufgelisteten Märkte zu unterscheiden. Dabei ist jeweils der Zeitraum vom 25. Mai 2010–zum 12. Mai 2021 massgebend.

- Markt für die Entgegennahme nichtwiederverwertbarer Abfälle des Typs B im Kerneinzugsgebiet der Deponie Höli
- Markt für die Entgegennahme wiederverwertbarer Abfälle des Typs B (keine genaue räumliche Abgrenzung)
- Markt für die Entgegennahme von Abfällen des Typs A (keine genaue räumliche Abgrenzung)

## C.5 Marktbeherrschende Stellung der Deponie Höli

### C.5.1 Einleitung

349. Vorliegend wird geprüft, ob die Gewährung von Vorzugskonditionen an Aktionärinnen sowie die Annahmerestriktionen der Deponie Höli Liestal AG im Herbst 2020 missbräuchlich im Sinne von Art. 7 KG sind. Die Anwendung von Art. 7 KG setzt entweder eine marktbeherrschende Stellung im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG oder eine relativ marktmächtige Stellung im Sinne von Art. 4 Abs. 2<sup>bis</sup> KG voraus. Nachfolgend wird geprüft, ob die Deponie Höli Liestal AG in den relevanten Märkten über eine marktbeherrschende Stellung im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG verfügte.

350. Vom mutmasslichen Verstoss betroffen sind die Märkte für die Entgegennahme von nichtwiederverwertbaren und wiederverwertbaren Abfällen des Typs B sowie Abfällen des Typs A (Rz 321 ff.). Für diese 3 Märkte ist zu prüfen, ob die Deponie Höli Liestal AG über eine marktbeherrschende Stellung verfügte. Relevant ist der Zeitraum 2010–2021 (vgl. Rz 347).

351. Gemäss Art. 4 Abs. 2 KG gelten einzelne oder mehrere Unternehmen als marktbeherrschend, wenn sie

auf einem Markt als Anbieter oder Nachfrager in der Lage sind, sich von andern Marktteilnehmern (Mitbewerbern, Anbietern oder Nachfragern) in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten.

352. Eine marktbeherrschende Stellung lässt sich nicht anhand fixer Kriterien bestimmen, sondern ist im Einzelfall mit Blick auf die konkreten Verhältnisse auf dem relevanten Markt zu entscheiden. Massgebend ist eine wertende Beurteilung aller relevanten Aspekte, die im Einzelfall für oder gegen die Möglichkeit eines unabhängigen Verhaltens sprechen.<sup>395</sup>

### C.5.2 Aktuelle Konkurrenz

#### C.5.2.1 Nichtwiederverwertbare Abfälle Typ B

353. Fallen auf einer Baustelle nichtwiederverwertbare Abfälle des Typs B an, ist die einzige wirtschaftliche Art der Entsorgung die Ablagerung in einer Deponie des Typs B (vgl. Rz 325). Die Wiederverwertung ist bei diesen Abfällen nicht zu vergleichbaren Kosten möglich. Eine Deponierung in Deponien der Typen C, D oder E ist alleine aufgrund der höheren Gebühren und Abgaben keine gleichwertige Alternative (vgl. Rz 25 f.) und die Deponierung in einer Deponie des Typs A ist nicht zulässig.

354. Aus diesen Gründen kann die Marktgegenseite nichtwiederverwertbare Abfälle des Typs B einzig in Deponien des Typs B entsorgen. In Frage kommen ausserdem nur diejenigen Deponien des Typs B, welche zu tragbaren Transportkosten erreicht werden können. Da die Transportkosten insbesondere mit der Fahrzeit zwischen Baustelle und Deponie zunehmen (Rz 50 ff.), sind weit entfernte Deponien des Typs B keine gleichwertige Alternative zur Entsorgung in der Deponie Höli. Dabei ist zu berücksichtigen, dass nichtwiederverwertbare Abfälle des Typs B nicht in im Ausland gelegenen Deponien abgelagert werden dürfen (Rz 47 ff.). Dadurch werden die Ausweichmöglichkeiten der Marktgegenseite insbesondere bei den in grenznahen Gebieten gelegenen Baustellen zusätzlich eingeschränkt. Auch aus diesem Grund wird ein hoher Anteil der in grenznahen Gebieten anfallenden nichtwiederverwertbaren Abfälle des Typs B in der Deponie Höli entsorgt (vgl. Rz 142 ff.).

355. Die Bedeutung der Ausweichmöglichkeiten der Marktgegenseite kann anhand des Marktanteils der Deponie Höli eingeschätzt werden. Dabei handelt es sich um den Anteil der in der Deponie Höli entsorgten Abfälle an den insgesamt im relevanten Markt anfallenden

<sup>393</sup> Falls die im Ausland gelegenen Deponien des Typs A deutlich tiefere Gebühren verlangen als die in der Schweiz gelegenen Deponien des Typs A, könnte der räumlich relevante Markt Teile des Auslandes umfassen obwohl er in der Schweiz im Vergleich zu Abfällen des Typs B eher enger abzugrenzen ist. Trotzdem müssen vorliegend die Gebühren der Deponien des Typs A nicht untersucht werden, weil die Deponie Höli im Markt für die Entgegennahme von Abfällen des Typs A unabhängig von der räumlichen Marktabgrenzung keine marktbeherrschende Stellung einnimmt.

<sup>394</sup> Die Vorzugskonditionen für Aktionärinnen der Deponie Höli Liestal AG und die Annahmerestriktionen gegenüber Nichtaktionären im Herbst 2020 sind als einheitlicher Tatkomplex zu werten (Rz 377).

<sup>395</sup> BGE 139 I 72, 97 E. 9.3.1, *Publigroupe SA et al./WEKO*; BGE 2C\_395/2021 vom 9.5.2023, E. 9.1, *Naxoo*; BVGer, B-831/2011 vom 18.12.2018 E. 402 ff., *Sanktionsverfügung – DCC*.

nichtwiederverwertbaren Abfällen des Typs B. Dieser Anteil liegt bei rund [ $> 65$ ] % (Rz 165 ff.). Der Marktanteil der Deponie Höli erreichte nicht nur im Durchschnitt der Jahre 2010–2020 hohe Werte. Er lag in jedem einzelnen der Jahre 2010–2020 bei mindestens rund 50 % (Rz 178).<sup>396</sup>

356. Entgegen den Vorbringen der Deponie Höli Liestal AG<sup>397</sup> ist hingegen der Anteil der Deponie Höli am bereits bewilligten, insgesamt zur Verfügung stehenden Deponievolumen nicht relevant zur Beurteilung der Ausweichmöglichkeiten. Der Grund dafür ist, dass gerade nicht das gesamte noch zur Verfügung stehende Deponievolumen auf dem Markt angeboten wird. Manche Deponien beschränken die jährlich angenommenen Mengen. Dafür kommen verschiedene Gründe in Frage, wie zum Beispiel Engpässe bei der Annahmekontrolle oder der Wunsch der Deponiebetreiberin, den eigenen Bedarf auch in Zukunft sicherstellen zu können (vgl. Fussnote 169). Unabhängig von der Ursache solcher Kontingentierungen stehen dem Markt im Ergebnis nur die von der Betreiberin vorgesehenen Mengen zur Verfügung. Die Marktgegenseite kann nicht auf Deponievolumen ausweichen, welches zwar theoretisch vorhanden ist, aber im Markt nicht zu konkurrenzfähigen Preisen angeboten wird.<sup>398</sup>

357. Aus diesen Gründen ist der Anteil der Deponie Höli an den im relevanten Markt angefallenen Mengen nichtwiederverwertbarer Abfälle des Typs B ein geeignetes Mass zur Beurteilung der Ausweichmöglichkeiten der Marktgegenseite. Da die Deponie Höli einen Anteil von rund [ $> 65$ ] % erreicht, hat die Marktgegenseite nur beschränkte Ausweichmöglichkeiten.<sup>399</sup>

358. Neben dem Marktanteil ist der preisliche Spielraum der Deponie Höli ein aussagekräftiger Indikator dafür, ob sich diese unabhängig von anderen Marktteilnehmern verhalten kann. Dieser Spielraum ist sehr gross. Die Preise der Deponie Höli liegen weit über ihren Kosten (Rz 219 ff.). Würde die Deponie Höli in einem harten Konkurrenzkampf mit anderen Deponien des Typs B stehen, wäre sie kaum in der Lage, ihre Preise derart deutlich über den Kosten anzusetzen. Dabei ist ausserdem zu berücksichtigen, dass die bei der Deponie Höli angelieferte Abfallmenge gemäss der Einschätzung verschiedener Vertreter der Deponie Höli Liestal AG selbst bei zusätzlichen Preiserhöhungen kaum zurückgehen würde (Rz 196). Falls das zutrifft, könnte die Deponie Höli ihre Preise sogar noch weiter erhöhen, ohne einen Einbruch der Nachfrage befürchten zu müssen. Damit steht fest, dass sich die Deponie Höli in ihrer Preissetzung weitgehend unabhängig von anderen Marktteilnehmern verhalten kann.

359. Die Deponie Höli Liestal AG bringt vor, nicht nur ihre, sondern auch die Preise anderer Deponien seien mutmasslich deutlich höher als deren Kosten. Das sei Indiz dafür, dass die Deponie Höli nicht marktbeherrschend sein könne.<sup>400</sup> Diese Einschätzung ist abzulehnen. Selbst wenn andere Deponien ebenfalls hohe Margen erzielten, würde dieser Umstand nicht gegen, sondern für eine starke Marktstellung der Deponie Höli sprechen. Hohe Margen anderer Deponien deuten auf eine schwache Wettbewerbsintensität im Markt für die Entgegennahme nichtwiederverwertbarer Abfälle des

Typs B hin. Mögliche Gründe dafür sind insbesondere die beschränkten Ausweichmöglichkeiten der Marktgegenseite sowie die Tatsache, dass Neueintritte in diesem Markt kaum möglich sind.

360. Des Weiteren bringt die Deponie Höli Liestal AG vor, die Rolle des Kantons Basel-Landschaft sei bei der Beurteilung ihrer Marktstellung zu wenig berücksichtigt worden.<sup>401</sup> Dazu ist Folgendes festzuhalten: Im Gegensatz zu den Konkurrentinnen der Deponie Höli oder der Marktgegenseite ist der Kanton Basel-Landschaft jedenfalls in seiner Funktion als Regulator kein Marktteilnehmer. Es ist keine Voraussetzung für das Bestehen einer marktbeherrschenden Stellung, dass sich ein Unternehmen unabhängig von den Behörden verhalten kann. Ausserdem sind die Möglichkeiten des Kantons Basel-Landschaft, in die Preisgestaltung privater Deponien einzugreifen, beschränkt.<sup>402</sup> Aus diesen Gründen sind diesbezüglich keine zusätzlichen Abklärungen erforderlich (vgl. Rz 425 ff.).

361. Der hohe Marktanteil der Deponie Höli sowie ihr grosser preislicher Spielraum sind beides starke und klare Indizien für eine sehr starke Stellung im Markt für die Entgegennahme von nichtwiederverwertbaren Abfällen des Typs B. Damit steht fest, dass die aktuelle Konkurrenz im Markt für die Entgegennahme von nichtwiederverwertbaren Abfällen des Typs B im Kerneinzugsgebiet der Deponie Höli im Zeitraum 2010–2021 nur schwach war. Sie vermochte die Deponie Höli in ihrem Verhalten nicht zu disziplinieren.

362. Die Deponie Höli Liestal AG bringt vor, sie sei allenfalls höchstens in der Zeit von 2012–2015 marktbeherrschend gewesen.<sup>403</sup> Diese Auffassung ist insbesondere aus den folgenden Gründen nicht überzeugend:

- Die Deponie Höli erreichte bereits im Jahr ihrer Eröffnung einen Marktanteil von rund 50 %. In den nachfolgenden Jahren 2011–2020 lag dieser jeweils zwischen [55–90 %] (Rz 178).
- Die Deponie Höli war auch in den Jahren vor ihrer Schliessung in der Lage, ihre Preise anzuheben, ohne dass dadurch die deponierten Mengen eingebrochen wären (Rz 190).

<sup>396</sup> Die Deponie Höli Liestal AG bringt vor, ihr Marktanteil habe im Jahr 2010 nur [35–40] % betragen (Act. V.25, Rz 165). Diese Behauptung ist irreführend, weil die Deponie Höli ihren Betrieb erst am 25. Mai 2010 aufnahm und die von ihr eingereichten Berechnungen daher nicht einen vollständigen Zeitraum abdecken (vgl. Rz 178 und Fn 217).

<sup>397</sup> Act. V.25, insbesondere Rz 17 und Rz 128.

<sup>398</sup> Wie die Deponie Höli in ihrer Stellungnahme zum Antrag des Sekretariats selber darlegt (Act. V.25, Rz 62), sank die in der Deponie Bruggtal entsorgte Menge im Anschluss an die Erweiterung des dortigen Deponievolumens auf das Jahr 2014. Die Deponie Bruggtal stellte dem Markt also nach der Erweiterung sogar weniger Deponievolumen zur Verfügung als vorher.

<sup>399</sup> Gemäss Bundesgericht ist jedenfalls in manchen Märkten bereits ein Marktanteil von 50 % ein wichtiges Indiz für eine marktbeherrschende Stellung (BGE 139 I 72, 99 f. E. 9.3.3.2, *Publigroupe SA et al./WEKO*; BGer 2C\_395/2021 vom 9.5.2023, E. 9.1, *Naxoo*).

<sup>400</sup> Act. V.25, insbesondere Rz 85 und Rz 126.

<sup>401</sup> Act. V.25, Rz 123.

<sup>402</sup> Zur Rolle des Kantons vgl. Rz 192 f. Zu den (fehlenden) Möglichkeiten des Kantons, die Preise zu regulieren, vgl. Rz 225).

<sup>403</sup> Act. V.25, Rz 165.



363. Aus diesen Gründen war die aktuelle Konkurrenz im gesamten Zeitraum 2010–2021 zu schwach, um die Deponie Höli in ihrem Verhalten zu disziplinieren.<sup>404</sup>

### C.5.2.2 Wiederverwertbare Abfälle Typ B

364. Im Vergleich zum Markt für nichtwiederverwertbare Abfälle des Typs B hat die Marktgegenseite im Markt für wiederverwertbare Abfälle des Typs B neben der Deponierung zusätzlich die Möglichkeit, die entsprechenden Abfälle wiederzuverwerten (Rz 157). Im Gegensatz zur Deponierung ist die Wiederverwertung sowohl im In- als auch im Ausland möglich (Rz 161). Diese zusätzlichen Ausweichmöglichkeiten im In- und Ausland sind bedeutend. Entsprechend fällt der Marktanteil der Deponie Höli im Markt für die Entgegennahme von wiederverwertbaren Abfällen des Typs B mit weniger als 35–40 % (Rz 163) wesentlich tiefer aus als im Markt für die Entgegennahme von nichtwiederverwertbaren Abfällen des Typs B.

365. Die genaue Höhe des Marktanteils der Deponie Höli im Markt für wiederverwertbare Abfälle des Typs B kann insbesondere für den Zeitraum 2010–2017 nicht bestimmt werden, weil die dazu erforderlichen Zahlen nicht verfügbar sind (vgl. Rz 157 ff.). Bestimmt werden kann nur die Obergrenze des Marktanteils von 35–40 % für die Region Basel und auch diese nur für die Jahre 2018 und 2019. In dubio pro reo ist daher davon auszugehen, dass der tatsächliche Marktanteil der Deponie Höli wesentlich tiefer liegt. Aus diesen Gründen sprechen die Marktanteile der Deponie Höli dafür, dass sie im Markt für die Entgegennahme wiederverwertbarer Abfälle des Typs B keine beherrschende Stellung einnimmt.

366. Die Deponie Höli differenziert ihre Preise nicht nach Abfallart (Rz 231 ff.) und ihre Kosten fallen bei wiederverwertbaren Abfällen des Typs B ähnlich hoch aus wie bei nichtwiederverwertbaren Abfällen des Typs B. Die Marge der Deponie Höli ist bei den wiederverwertbaren Abfällen daher ähnlich hoch wie bei den nichtwiederverwertbaren Abfällen des Typs B. Trotzdem ist der preisliche Spielraum der Deponie Höli bei wiederverwertbaren Abfällen des Typs B geringer. Es ist davon auszugehen, dass die Nachfrage nach Deponieraum bei diesen Abfällen aufgrund der besseren Ausweichmöglichkeiten stärker auf Preiserhöhungen reagiert.<sup>405</sup> Deshalb ist in diesem Markt der Spielraum der Deponie Höli für weitere Preiserhöhungen im Vergleich zum Markt für nichtwiederverwertbare Abfälle des Typs B geringer.

367. Weil die Marktgegenseite im Markt für die Entgegennahme von wiederverwertbaren Abfällen des Typs B über relevante Ausweichmöglichkeiten zur Deponie Höli verfügt und von diesen auch Gebrauch macht, ist die aktuelle Konkurrenz ausreichend stark, um die Deponie Höli zu disziplinieren. Deshalb nimmt die Deponie Höli in diesem Markt keine marktbeherrschende Stellung ein. Aus diesem Grund besteht kein Anlass, die Stärke der potenziellen Konkurrenz sowie die Stellung der Marktgegenseite für diesen Markt zu würdigen.

### C.5.2.3 Abfälle Typ A

368. Im Markt für die Entgegennahme von Abfällen des Typs A hat die Deponie Höli in der Region Basel einen Anteil von weniger als 1 % (Rz 152 f.). Bei solchen Ab-

fällen stehen der Marktgegenseite neben der Entsorgung in einer Deponie des Typs B auch die Entsorgung in einer Deponie des Typs A oder die Wiederverwertung zur Verfügung. Deshalb ist die aktuelle Konkurrenz in diesem Markt stark genug, um die Deponie Höli zu disziplinieren. Aus diesem Grund nimmt die Deponie Höli im Markt für die Entgegennahme von Abfällen des Typs A keine marktbeherrschende Stellung ein. Daher wird nachfolgend darauf verzichtet, die Stärke der potenziellen Konkurrenz sowie die Stellung der Marktgegenseite für diesen Markt zu würdigen.

### C.5.2.4 Zwischenergebnis

369. Die aktuelle Konkurrenz ist stark genug, um die Deponie Höli in den Märkten für die Entgegennahme von Abfällen des Typs A und wiederverwertbaren Abfällen des Typs B zu disziplinieren. Im Markt für die Entgegennahme von nichtwiederverwertbaren Abfällen des Typs B im Kerneinzugsgebiet der Deponie Höli im Zeitraum 2010–2021 ist das hingegen nicht der Fall. In diesem Markt ist die aktuelle Konkurrenz zu schwach, um den Handlungsspielraum der Deponie Höli wesentlich einzuschränken. Deshalb wird für diesen Markt nachfolgend geprüft, ob die potenzielle Konkurrenz oder die Marktgegenseite die Deponie Höli zu disziplinieren vermögen.

### C.5.3 Potenzielle Konkurrenz

370. Bevor eine neue Deponie des Typs B eröffnet werden kann, sind umfangreiche Planungs- und Vorbereitungsarbeiten erforderlich. Diese können 15 Jahre in Anspruch nehmen (Rz 29). Dazu gehört insbesondere das Einholen diverser Bewilligungen. Die Wahrscheinlichkeit, dass alle erforderlichen Bewilligungen erteilt werden, ist gering, sofern die potenzielle Konkurrentin nicht über einen aussergewöhnlich geeigneten Standort verfügt. Solche geeigneten Standorte gibt es höchstens wenige (Rz 30 ff.). Zusätzlich zum Einholen diverser Bewilligungen sind Vorbereitungsarbeiten auf dem Deponiegelände erforderlich, die zusätzliche Mittel sowie Zeit in Anspruch nehmen (Rz 34). Auch die einer Erweiterung einer bestehenden Deponie entgegenstehenden Hürden (Dauer und Aufwand der Bewilligungsverfahren) sind beträchtlich (Rz 33). Aus diesen Gründen sind die einem Neueintritt oder einer Erweiterung entgegenstehenden Hürden im Markt für nichtwiederverwertbare Abfälle des Typs B im Kerneinzugsgebiet der Deponie Höli im Zeitraum 2010–2021 sehr hoch.

<sup>404</sup> Die Deponie Höli Liestal AG verweist in diesem Zusammenhang auf die Grafik in Rz 127 ihrer Stellungnahme. Darin ist das bei den verschiedenen Deponien verfügbare Volumen abgebildet. Wie dargelegt, ist es nicht sinnvoll, die Marktstellung der Deponie Höli anhand dieser Messgrösse zu beurteilen (Rz 356). Würde man zur Beurteilung der Marktstellung der Deponie Höli trotzdem auf das Deponievolumen abstellen, fielen der Anteil der Deponie Höli am insgesamt bewilligten Volumen in den Jahren 2010 und 2011 am grössten aus. Auch anhand dieser Messgrösse würde sich also gerade nicht die von der Deponie Höli Liestal AG geforderte Einschränkung auf die Jahre 2012–2015 (Act. V.25, Rz 165) ergeben.

<sup>405</sup> Die Vertreter der Deponie Höli differenzieren in ihren Aussagen in Bezug auf die Reaktion der angelieferten Mengen auf Preiserhöhungen (Rz 196) nicht nach den verschiedenen Abfallarten. Da es sich beim überwiegenden Anteil der in der Deponie Höli entsorgten Abfälle um nichtwiederverwertbare Abfälle des Typs B handelt (Rz 61 ff.), ist davon auszugehen, dass sich allgemeine Aussagen im Wesentlichen auf nichtwiederverwertbare Abfälle des Typs B beziehen.

371. Ausserdem ist zu berücksichtigen, dass die Deponie Höli über einen aussergewöhnlich guten Standort verfügt (Rz 31 f.). Im Vergleich zu ihren potenziellen Konkurrentinnen hat sie deshalb die besseren Möglichkeiten, das ihr zur Verfügung stehende Deponievolumen zu erweitern. Zudem sind die Deponieareale bestehender Deponien im Gegensatz zu allfälligen neuen Deponien bereits im kantonalen Richtplan als Spezialzone festgesetzt (Rz 124).<sup>406</sup>

372. Aus diesen Gründen ist die potenzielle Konkurrenz im Markt für die Entgegennahme von nichtwiederverwertbaren Abfällen des Typs B im Kerneinzugsgebiet der Deponie Höli im Zeitraum 2010–2021 zu schwach, um die Deponie Höli in ihrem Marktverhalten disziplinieren zu können.<sup>407</sup>

#### C.5.4 Stellung der Marktgegenseite

373. Bei den Kundinnen der Deponie Höli handelt es sich im Wesentlichen um Unternehmen, die in den Bereichen Baugewerbe, Aushub, Transport und Entsorgung tätig sind (Rz 104 ff.). Es ist davon auszugehen, dass diese Unternehmen über allfällige Alternativen zur Entsorgung in der Deponie Höli informiert sind. Trotzdem hat die Marktgegenseite keine starke Verhandlungsposition, weil die entsprechenden Ausweichmöglichkeiten beschränkt sind (vgl. Rz 353 ff.).

374. Ausserdem ist die Deponie Höli nicht auf die zum Listenpreis deponierten Mengen angewiesen. Diese waren im Zeitraum 2010–2021 lediglich für etwas mehr als 10 % der insgesamt in der Deponie Höli entsorgten Abfallmengen verantwortlich (Tabelle 1 oben). Deshalb verfügen insbesondere die von den vorliegend zu beurteilenden Verhaltensweisen am stärksten betroffenen Vertreterinnen der Marktgegenseite, nämlich diejenigen, die ihre Abfälle zum Listenpreis in der Deponie Höli entsorgten, über eine schwache Verhandlungsposition. Die gemessen an den deponierten Mengen wichtigen Aktionärinnen der Deponie Höli Liestal AG hatten hingegen kein Interesse daran, diese in Bezug auf die vorliegend zu beurteilenden Verhaltensweisen zu disziplinieren, weil sie die Nutzniesserinnen dieser Verhaltensweisen waren.

375. Aus diesen Gründen ist die Stellung der Marktgegenseite im Markt für die Entgegennahme nichtwiederverwertbarer Abfälle des Typs B im Kerneinzugsgebiet der Deponie Höli im Zeitraum 2010–2021 zu schwach, um die Deponie Höli in ihrem Marktverhalten disziplinieren zu können.

#### C.5.5 Zwischenergebnis

376. Die Deponie Höli Liestal AG verfügte im Markt für die Entgegennahme nichtwiederverwertbarer Abfälle des Typs B in ihrem Kerneinzugsgebiet im Zeitraum 2010–2021 über eine marktbeherrschende Stellung im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG. Hingegen war die Deponie Höli in den Märkten für die Entgegennahme von Abfällen des Typs A und von wiederverwertbaren Abfällen des Typs B nicht marktbeherrschend.

## C.6 Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung der Deponie Höli Liestal AG

### C.6.1 Einleitung

377. Die Vorzugskonditionen für Aktionärinnen der Deponie Höli Liestal AG und die Annahmerestriktionen gegenüber Nichtaktionären im Herbst 2020 zielten darauf, die Aktionärinnen der Deponie Höli Liestal AG zu bevorzugen. Die Vorzugskonditionen für Aktionärinnen galten ununterbrochen von 2010–Mai 2021, wurden aber in Bezug auf ihre Wirkungen im Herbst 2020 – also während einer kurzen Phase von wenigen Monaten – durch die Schliessung der Deponie Höli für Nichtaktionäre als schärfere Massnahme überlagert. Die beiden Massnahmen weisen die gleiche Stossrichtung auf; sie unterscheiden sich bloss hinsichtlich des Anknüpfungspunktes und des Ausmasses.<sup>408</sup> Bei dieser Sachlage wäre es künstlich, von einer Tatmehrheit auszugehen. Vielmehr liegt ein einheitlicher Tatkomplex vor, der nachfolgend in einem Schritt rechtlich beurteilt werden kann.

378. Gemäss der Generalklausel von Art. 7 Abs. 1 KG verhalten sich marktbeherrschende Unternehmen 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.

379. Art. 7 KG kann demnach nur auf marktbeherrschende Unternehmen im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG<sup>409</sup> angewandt werden. Die Deponie Höli Liestal AG nimmt im Markt für die Entgegennahme nichtwiederverwertbarer Abfälle des Typs B in ihrem Kerneinzugsgebiet eine marktbeherrschende Stellung ein (vgl. Rz 349 ff.). Diese Voraussetzung ist somit vorliegend erfüllt.

<sup>406</sup> Unternehmen, die im Zeitraum 2010–2021 nichtwiederverwertbare Abfälle des Typs B entgegengenommen haben (also die anderen Deponien des Typs B), sind aktuelle und nicht potenzielle Konkurrentinnen der Deponie Höli. Das Ausmass der Disziplinierung, welches von diesen aktuellen Konkurrentinnen ausgeht, wurde bereits im vorangehenden Abschnitt zur aktuellen Konkurrenz beurteilt (Rz 353 ff.). Entgegen der Auffassung der Deponie Höli Liestal AG (Act. V.25, Rz 131) ist es deshalb nicht sachgerecht, das den aktuellen Konkurrentinnen zur Verfügung stehende Deponievolumen bei der Beurteilung der potenziellen Konkurrenz zu berücksichtigen.

<sup>407</sup> Es ist denkbar, dass künftige Entwicklungen im Bereich der Wiederverwertung dazu führen könnten, dass ein grösserer Teil der Abfälle des Typs B zu vergleichbaren Kosten wiederverwertet werden könnten. Dadurch würde die Grösse des Marktes für die Entgegennahme nichtwiederverwertbarer Abfälle des Typs B schrumpfen. In Bezug auf die verbleibenden nichtwiederverwertbaren Abfälle des Typs B würde die Deponie Höli durch solche Entwicklungen aber nicht in ihrem Handlungsspielraum eingeschränkt.

<sup>408</sup> Prohibitiv hohe Deponiegebühren haben die gleichen ökonomischen Auswirkungen wie ein Annahmestopp, nämlich dass keine Abfälle mehr deponiert werden können. Deshalb entspricht ein Annahmestopp in Bezug auf die ökonomischen Auswirkungen einer deutlichen Erhöhung der Deponiegebühren für Nichtaktionäre.

<sup>409</sup> Seit dem 1.1.2022 ist Art. 7 KG auch auf relativ marktmächtige Unternehmen im Sinne von Art. 4 Abs. 2<sup>bis</sup> KG anwendbar. Der allfällige Missbrauch einer relativ marktmächtigen Stellung bildet vorliegend nicht Untersuchungsgegenstand.

<sup>410</sup> BGE 146 II 217 E. 4.1, *Preispolitik Swisscom*; BGER 2C\_395/2021 vom 9.5.2023, E. 10.1.2, *Naxoo*; BGER, 2C\_596/2019 vom 2.11.2022 E. 8.2.1, *Zugang zur Dienstleistung der dynamischen Währungsrechnung (DCC)*; vgl. auch BGE 139 I 72 E. 10.1.1, *Publigroupe SA et al./WEKO*.

380. Zusätzlich setzt die Anwendung von Art. 7 KG das Vorliegen eines Missbrauchs voraus. Dabei kann zwischen einem sogenannten *Behinderungsmisbrauch* und einem sogenannten *Benachteiligungs- bzw. Ausbeutungsmisbrauch* unterschieden werden. Eine klare Zuordnung ist nicht in allen Fällen möglich, da Geschäftspraktiken von marktbeherrschenden Unternehmen zugleich behindernd und ausbeutend sein können.<sup>410</sup>

381. Ein *Behinderungsmisbrauch* liegt vor, wenn andere Unternehmen 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.<sup>411</sup> Ein *Behinderungsmisbrauch* umfasst sämtliche Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen ausserhalb eines fairen Leistungswettbewerbs, die sich gegen aktuelle oder potenzielle Konkurrentinnen oder Handelspartner richten und diese in ihren Handlungsmöglichkeiten auf dem beherrschten oder einem benachbarten Markt einschränken.<sup>412</sup>

382. Demgegenüber wird bei einem *Benachteiligungs- bzw. Ausbeutungsmisbrauch* die Marktgegenseite benachteiligt, indem dieser ausbeuterische Geschäftsbedingungen oder Preise aufgezwungen werden.<sup>413</sup>

383. In Art. 7 Abs. 2 KG hat der Gesetzgeber eine nicht abschliessende Liste von Verhaltensweisen aufgestellt, die das Verbot von Art. 7 Abs. 1 KG veranschaulichen bzw. konkretisieren soll.<sup>414</sup> Die Tatbestände von Art. 7 Abs. 2 KG indizieren jedoch nicht per se einen Missbrauch. Dazu müssen immer die Kriterien der Generalklausel von Art. 7 Abs. 1 KG erfüllt sein.<sup>415</sup>

384. Wie es das Bundesgericht im Fall «*Publigroupe*» festgehalten hat, ist im Einzelfall anhand eines dualen Prüfungsmusters zu eruieren, ob ein Missbrauch vorliegt. In einem ersten Schritt ist zu prüfen, ob eine Verhaltensweise nach Art. 7 Abs. 2 KG eine Behinderung oder eine Benachteiligung im Sinne von Art. 7 Abs. 1 KG darstellt. In einem zweiten Schritt ist zu prüfen, ob dafür sachliche Gründe<sup>416</sup> vorliegen. Ein Missbrauch liegt vor, wenn eine Behinderung oder eine Benachteiligung vorliegt und diese nicht durch sachliche Gründe gerechtfertigt werden kann.<sup>417</sup>

## C.6.2 Diskriminierung von Handelspartnern

### C.6.2.1 Einleitung

385. Nachfolgend wird geprüft, ob die Deponie Höli Liestal AG durch die Gewährung von Vorzugskonditionen an ihre Aktionärinnen und die Annahmerestriktionen gegenüber Nichtaktionären im Herbst 2020 ihre Kunden und Kundinnen in unzulässiger Weise ungleich behandelt und damit den Tatbestand der Diskriminierung von Handelspartnern im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. b i.V.m. Art. 7 Abs. 1 KG erfüllt hat.<sup>418</sup>

386. Wie erwähnt setzt dieser Tatbestand zusätzlich zum Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung das Vorliegen einer Behinderung oder Benachteiligung sowie die Abwesenheit von sachlichen Gründen voraus. Ob eine Behinderung oder Benachteiligung vorliegt, ist anhand der Tatbestandsmerkmale der Ungleichbehand-

lung, der Handelspartner und der Wettbewerbsbehinderung zu prüfen, welche nachfolgend erläutert werden.<sup>419</sup> Diese 3 Tatbestandsmerkmale ergeben sich direkt aus dem Wortlaut von Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG. Darüber hinaus muss geprüft werden, ob sachliche Gründe vorliegen.<sup>420</sup> Deshalb müssen zusätzlich zum Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung die nachfolgend aufgeführten Tatbestandsmerkmale erfüllt sein.

- **Ungleichbehandlung:** Es liegt eine Verhaltensweise vor, die bei gleichem Sachverhalt zu einer Ungleichbehandlung oder bei ungleichem Sachverhalt zu einer Gleichbehandlung führt.
- **Handelspartner:** Die Diskriminierung betrifft Handelspartner.
- **Wettbewerbsbehinderung:** Durch die Verhaltensweise werden andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindert oder die Marktgegenseite benachteiligt.
- **Keine sachlichen Gründe:** Die durch die Verhaltensweise bewirkte Ungleichbehandlung ist nicht sachlich gerechtfertigt.

387. Nachfolgend wird geprüft, ob die Verhaltensweisen der Deponie Höli Liestal AG die erwähnten 4 Tatbestandsmerkmale erfüllen.

## C.6.2.2 Ungleichbehandlung

### C.6.2.2.1 Voraussetzungen

388. Eine Ungleichbehandlung liegt vor, wenn ein marktbeherrschendes Unternehmen seine Handelspartner bei gleichem Sachverhalt ungleich behandelt oder bei ungleichem Sachverhalt gleich behandelt.<sup>421</sup> Die zu vergleichenden Sachverhalte müssen dabei nicht identisch, sondern lediglich gleichwertig sein, was insbesondere dann der Fall ist, wenn sich die Ungleichbe-

<sup>411</sup> Zur abweichenden Rechtsauffassung der Deponie Höli Liestal AG vgl. Act. V.25, Rz 138 ff.

<sup>412</sup> BGE 139 I 72 E. 10.1.1 m.w.H., *Publigroupe SA et al./WEKO*; vgl. auch Botschaft KG 1995, BBI 1995 468, 569.

<sup>413</sup> BGE 139 I 72 E. 10.1.1 m.w.H., *Publigroupe SA et al./WEKO*.

<sup>414</sup> BGE 146 II 217 E. 4.2, *Preispolitik Swisscom*; BGer 2C\_395/2021 vom 9.5.2023, E. 10.1.3, *Naxoo*; vgl. auch RPW 2012/3, 467 Rz 71, *Erdgas Zentralschweiz AG*; Botschaft KG 1995, BBI 1995 468, 570.

<sup>415</sup> BGE 146 II 217 E. 4.2, *Preispolitik Swisscom*; BGer 2C\_395/2021 vom 9.5.2023, E. 10.1.3, *Naxoo*; vgl. auch Botschaft KG 1995, BBI 1995 I 468, 570; RPW 2004/2, 368 Rz 57 *Produktebündel „Talk & Surf“*.

<sup>416</sup> Diese werden regelmässig als «*legitimate business reasons*» bezeichnet; vgl. etwa BGer 2C\_395/2021 vom 9.5.2023, E. 10.1.2, *Naxoo*.

<sup>417</sup> BGE 139 I 72 104 E. 10.1.2, *Publigroupe SA et al./WEKO*, m. w. H.; vgl. zum dualen Prüfmuster auch BGE 146 II 217 E. 4.2, *Preispolitik Swisscom*.

<sup>418</sup> Die Schliessung der Deponie Höli für Nichtaktionäre im Herbst 2020 kann – isoliert betrachtet – möglicherweise zusätzlich auch unter den Tatbestand der Verweigerung von Geschäftsbeziehungen nach Art. 7 Abs. 2 Bst. a KG subsumiert werden. Der Zugang zu einer Deponie ist unerlässlich, um auf den nachgelagerten Märkten wirksam konkurrenzieren zu können. Für die rechtliche Beurteilung und die Rechtsfolgen (Sanktion) spielt dies vorliegend jedoch keine Rolle.

<sup>419</sup> Vgl. z.B. RPW 2020/2, 572 Rz 844 ff., *Geschäftskunden Preissysteme für adressierte Briefsendungen*.

<sup>420</sup> Vgl. z.B. BGE 146 II 217 236 f. E. 5.9, *Swisscom AG und Swisscom (Schweiz) AG/WEKO*.

<sup>421</sup> RPW 2008/4, 544 Rz 224, *Tarifverträge Zusatzversicherung Kanton Luzern*.

handlung auf gleichartige Produkte oder Dienstleistungen bezieht und sich die zu vergleichenden Geschäfte hinsichtlich der im Geschäftsverkehr als erheblich angesehenen Merkmale nicht wesentlich unterscheiden.<sup>422</sup>

### C.6.2.2.2 Subsumtion

389. Die Deponie Höli Liestal AG legte alljährlich 2 unterschiedliche Preise fest: Einen Preis für Nichtaktionäre und einen Preis für die Aktionärinnen. Ansonsten fand keine Preisdifferenzierung statt. Es gab zum Beispiel keinen Mengenrabatt, und auch die Preise für verschiedene Abfallarten waren die gleichen.<sup>423</sup> Die Deponie Höli Liestal AG differenzierte also nicht zwischen verschiedenen Geschäften, die sich in Bezug auf die im Geschäftsverkehr als erheblich angesehenen Merkmale unterschieden hätten. Vielmehr verlangte sie immer den gleichen Tonnenpreis, ausser wenn die Abfälle auf Rechnung einer Aktionärin angeliefert wurden. In diesem Fall verrechnete die Deponie Höli Liestal AG einen wesentlich tieferen Preis. Ausserdem zahlte sie ihren Aktionärinnen Ende Jahr zusätzlich mengenabhängige Rückvergütungen aus (Rz 227 ff.).

390. Durch diese Preispolitik behandelte die Deponie Höli Liestal AG selbst identische Anlieferungen ungleich, je nachdem, ob sie dafür einer Aktionärin oder einem Nichtaktionär Rechnung stellte. Deshalb entsorgten manche Nichtaktionäre beträchtliche Abfallmengen auf Rechnung einer Aktionärin. Das Wechseln der Rechnungsadresse genügte dafür, dass die Deponie Höli Liestal AG statt des Listenpreises den wesentlich tieferen den Aktionärinnen vorbehaltenen Preis in Rechnung stellte (Rz 110 ff.). Damit steht fest, dass die Deponie Höli Liestal AG den gleichen Sachverhalt je nach Identität des Handelspartners ungleich behandelte. Das Tatbestandsmerkmal der Ungleichbehandlung ist somit erfüllt.

391. Eine Ungleichbehandlung liegt auch in Bezug auf die Annahmerestriktionen der Deponie Höli Liestal AG im Herbst 2020 vor. Die Deponie Höli war von Ende September 2020–Ende 2020 für Nichtaktionäre – bis auf wenige Ausnahmen – geschlossen. Demgegenüber konnten die Aktionärinnen der Deponie Höli Liestal AG in diesem Zeitraum eine beträchtliche Menge Material deponieren (Rz 273 ff.).

### C.6.2.3 Handelspartner

#### C.6.2.3.1 Voraussetzungen

392. Handelspartner sind insbesondere Personen, die im Verhältnis zum marktbeherrschenden Unternehmen auf einer vor- oder nachgelagerten Wirtschaftsstufe stehen und mit diesem im geschäftlichen Kontakt sind.<sup>424</sup> Dabei ist unerheblich, ob ein Geschäft tatsächlich realisiert wird oder ob es aufgrund der Ungleichbehandlung bereits in der Anbahnungsphase scheitert.<sup>425</sup>

#### C.6.2.3.2 Subsumtion

393. Die Deponie Höli Liestal AG behandelte ihre Kundinnen und Kunden ungleich. Diese sind in verschiedenen nachgelagerten Märkten wie zum Beispiel im Baugewerbe oder in den Bereichen Aushub, Transport und Entsorgung tätig. Damit ist das Tatbestandsmerkmal der Handelspartner erfüllt.

### C.6.2.4 Wettbewerbsbehinderung

#### C.6.2.4.1 Voraussetzungen

394. Eine Behinderung anderer Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs liegt insbesondere dann vor, wenn ein marktbeherrschendes Unternehmen seine in vor- oder nachgelagerten Märkten tätigen Handelspartner ungleich behandelt und dadurch der Wettbewerb in diesen vor- oder nachgelagerten Märkten verfälscht wird.<sup>426</sup> Zur Beurteilung des Vorliegens einer Wettbewerbsverfälschung ist die Wahrscheinlichkeit massgebend, dass die zu beurteilende Ungleichbehandlung zu einer Wettbewerbsverfälschung führt. Ein Nachweis tatsächlicher Auswirkungen ist hingegen nicht erforderlich.<sup>427</sup>

#### C.6.2.4.2 Subsumtion

395. Die Aktionärinnen der Deponie Höli Liestal AG konnten in der Deponie Höli zu wesentlich günstigeren Preisen Abfälle entsorgen als ihre Konkurrentinnen. Der Rabatt auf den Listenpreis belief sich im Durchschnitt der Jahre 2010–2020 auf rund Fr. 8.50 pro Tonne, während die Rückvergütung in diesem Zeitraum durchschnittlich rund 4 Franken pro Tonne betrug. Das entspricht insgesamt einem Vorteil von rund Fr. 12.50 pro Tonne. Dies entspricht mehr als 40 % des Preises, den die Deponie Höli Liestal AG den Nichtaktionären verrechnete (Listenpreis inkl. VASA-Gebühr) (Rz 231 ff.).

<sup>422</sup> RPW 2016/1, 195 Rz 459, *Swissom WAN-Anbindung*. Die Frage, ob die ungleich behandelten Handelspartner oder Handelspartnerinnen im Wettbewerb zueinander stehen, wird bei der Beurteilung des Vorliegens einer Behinderung oder Benachteiligung berücksichtigt (Drittes Tatbestandsmerkmal, Rz 385, dritter Spiegelstrich), nicht aber bei der Beurteilung, ob eine Ungleichbehandlung vorliegt.

<sup>423</sup> Einzige Ausnahme ist eine Ende 2014 beschlossene nur für unverschmutztes Aushubmaterial geltende vorübergehende Preiserhöhung (Act. IV.15.3.24, Traktandum 5, Fussnote 276).

<sup>424</sup> Im vorliegenden Fall kann offengelassen werden, ob auch Unternehmen, die im gleichen Markt wie das marktbeherrschende tätig sind, unter den Begriff des Handelspartners subsummiert werden können (verneinend z.B. BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 422), Art. 7 N 155; bejahend z.B. RPW 2020/2, 572 Rz 852 ff., *Geschäftskunden Preissysteme für adressierte Briefsendungen*). Wie nachfolgend gezeigt wird, führt die hier zu beurteilende Verhaltensweise nämlich zu einer Wettbewerbsbehinderung im nachgelagerten Markt.

<sup>425</sup> BGE 139 I 72, 104f. E. 10.2.2, *Publigroupe SA et al./WEKO*; RPW 2016/1, 195 Rz 460, *Swisscom WAN-Anbindung*.

<sup>426</sup> Das Bundesgericht hält im Entscheid *«Publigroupe»* sinngemäss fest, dass der hauptsächliche Schutzzweck von Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG darin bestehe, in vor- oder nachgelagerten Märkten tätige Handelspartner davor zu schützen, dass ihre Stellung im Wettbewerb durch Diskriminierung durch ein marktbeherrschendes Unternehmen beeinträchtigt werde. BGE 139 I 72, 105 E. 10.2.2, *Publigroupe SA et al./WEKO*.

Wie bereits in Fussnote 424 dargelegt, muss im vorliegenden Fall nicht geklärt werden, ob auch dann eine Wettbewerbsbehinderung vorliegt, wenn die zu beurteilende Verhaltensweise geeignet ist, den Wettbewerb in demjenigen Markt zu beeinträchtigen, in welchem das marktbeherrschende Unternehmen selbst tätig ist. Wie nachfolgend gezeigt, führt die hier zu beurteilende Verhaltensweise nämlich zu einer Wettbewerbsbehinderung im nachgelagerten Markt.

Ebenfalls offen gelassen werden kann die Frage, ob ein reiner Ausbeutungsmissbrauch von Art. 7 Abs. 2 Bst. b i.V.m. Art. 7 Abs. 1 KG vorliegt, da die zu beurteilende Verhaltensweise geeignet ist, den Wettbewerb im nachgelagerten Markt zu behindern.

<sup>427</sup> BVGer, B-831/2011 vom 18.12.2018 E. 1207, *Six Group AG, SIX Payment Services AG/WEKO*; vgl. betreffend Art. 7 Abs. 2 Bst. f KG auch BGer, 2C\_596/2019 vom 2.11.2022 E. 8.6, *Zugang zur Dienstleistung der dynamischen Währungsumrechnung (DCC)*.

396. Bei den Nichtaktionären, welche tatsächlich zum Listenpreis in der Deponie Höli Abfälle entsorgten, handelte es sich jedenfalls teilweise um direkte Konkurrentinnen der Aktionärinnen der Deponie Höli Liestal AG. So stehen zum Beispiel sowohl die [F1] als auch die [F2] im Wettbewerb mit der Aktionärin [X].<sup>428</sup> Diese Unternehmen holen Bauabfälle ab und bringen diese zu Deponien und Wiederverwertungsanlagen (Rz 103 ff.).

397. Neben dem genannten Preisunterschied hat der Anteil der Deponiegebühren an den insgesamt in den nachgelagerten Märkten anfallenden Kosten einen Einfluss auf die Beurteilung der Wettbewerbsbeeinträchtigung. Dieser Anteil fällt je nach konkretem Auftrag unterschiedlich hoch aus. Bei Aufträgen zur Entsorgung von Bauabfällen nehmen die Deponiegebühren Typ B regelmässig eine wesentliche Grössenordnung an, weil Abfälle des Typs B in grossen Mengen anfallen und nur teilweise wiederverwertet werden können und weil die Transportkosten im Vergleich zu den Deponiegebühren oft weniger stark ins Gewicht fallen (Rz 250 ff.).

398. Weil die Deponie Höli Liestal AG von Nichtaktionären deutlich höhere Preise verlangt als von ihren Aktionärinnen und weil die Deponiegebühren in den nachgelagerten Märkten jedenfalls teilweise einen bedeutenden Anteil an den Gesamtkosten ausmachen, ist die vorliegende Ungleichbehandlung geeignet, den Wettbewerb auf diesen nachgelagerten Märkten zu beeinträchtigen. Muss zum Beispiel ein Entsorgungsunternehmen wesentlich höhere Deponiegebühren bezahlen, ist es gezwungen, seinerseits höhere Preise für Aufträge für Transport und Entsorgung von Abfällen zu verlangen oder eine geringere Marge in Kauf zu nehmen. Somit werden Nichtaktionäre durch die im Vergleich zu den Aktionärinnen der Deponie Höli Liestal AG höheren Deponiegebühren in Aufnahme und Ausübung des Wettbewerbs in den der Deponierung nachgelagerten Märkten behindert.

399. Diese Behinderung hat zur Folge, dass die Aufträge in den nachgelagerten Märkten teilweise nicht an das kostengünstigste Unternehmen vergeben werden. Die vorliegende Ungleichbehandlung ist deshalb geeignet, den Wettbewerb in diesen Märkten zu verfälschen. Damit ist das Tatbestandselement der Wettbewerbsbehinderung erfüllt.

400. Dass Nichtaktionäre teilweise über Aktionärinnen der Deponie Höli Liestal AG zu im Vergleich zum Listenpreis tieferen Preisen deponieren konnten (Rz 110 ff.), ändert an dieser Beurteilung nichts. Auch diese Preise lagen selbst bei grossen Mengen immer noch deutlich über den Preisen, welche die Aktionärinnen der Deponie Höli Liestal AG bezahlten und nur den Aktionärinnen wurden Rückvergütungen ausbezahlt (Rz 110 ff.). Ausserdem konnten sich die Nichtaktionäre nicht darauf verlassen, über eine Aktionärin deponieren zu können. Die entsprechende Zusammenarbeit konnte vielmehr jederzeit von der Aktionärin aufgekündigt werden (Rz 111).<sup>429</sup> Die Deponie Höli Liestal AG selber gewährte den Nichtaktionärinnen jedenfalls keine Rabatte auf den Listenpreis. Sie selber unternahm keine Vorkehrungen, um die Deponierung durch Nichtaktionäre zu unter dem Listenpreis gelegenen Preisen zu ermöglichen (vgl. Rz 110).

401. Die Behauptung der Deponie Höli Liestal AG in einem «*Gedankenspiel*», Dritte würden mit den für ihre Aktionärinnen geltenden Preisen kalkulieren,<sup>430</sup> ist im vorliegenden Markt nicht plausibel. Vielmehr ist wie erwähnt erwiesen, dass Nichtaktionäre selbst dann wesentlich mehr als die für die Aktionärinnen geltenden Preise bezahlten, wenn sie grosse Mengen über eine Aktionärin in der Deponie Höli entsorgten (Rz 110 ff.). Es wäre wenig sinnvoll, mit Preisen zu kalkulieren, die weit unter den tatsächlichen Preisen liegen. Da ausserdem die Zustimmung einer Aktionärin erforderlich war, um über diese in der Deponie Höli entsorgen zu können, konnten sich Nichtaktionäre nur darauf verlassen, zu Listenpreisen in der Deponie Höli Abfälle entsorgen zu können. Im Herbst 2020 schränkte die Deponie Höli Liestal AG selbst diese Möglichkeit ein (Rz 273 ff.).

402. Die Deponie Höli Liestal AG räumt zumindest implizit ein, dass Nichtaktionäre einen wesentlichen Nachteil im Wettbewerb erleiden, wenn sie ihre Abfälle statt zu den Vorzugskonditionen für Aktionärinnen zu den Listenpreisen entsorgen müssen (Rz 256). Trotzdem ist sie der Auffassung, die Auswirkungen der Vorzugskondition für Aktionärinnen seien [gering bis nicht existent].<sup>431</sup> Als Begründung bringt die Deponie Höli Liestal AG im Wesentlichen vor, Nichtaktionäre könnten auf andere Deponien ausweichen. Dort könnten sie zu ähnlichen Preisen deponieren wie die Aktionärinnen der Deponie Höli Liestal AG bei der Deponie Höli.<sup>432</sup>

403. Dieser Auffassung kann nicht gefolgt werden. Vorliegend ist erwiesen, dass Nichtaktionäre nicht ohne Weiteres auf andere Deponien ausweichen können. Andere Deponien sind gemessen an ihren Annahmengen wesentlich kleiner als die Deponie Höli. Schon dadurch sind die entsprechenden Ausweichmöglichkeiten beschränkt. Ausserdem sind sie jedenfalls teilweise nicht für alle Unternehmen zugänglich, und schon gar nicht zu Preisen, die mit den Vorzugskonditionen der Aktionärinnen bei der Deponie Höli vergleichbar wären. Würde die gegenteilige Behauptung der Deponie Höli Liestal AG zutreffen, hätten Nichtaktionäre wie zum Beispiel die [F3] oder die [F2] nicht grosse Mengen an Abfällen in der Deponie Höli zu Preisen entsorgt, die deutlich über den von den Aktionärinnen der Deponie Höli Liestal AG bezahlten Preisen lagen (vgl. Rz 259 ff.).

404. Die Deponie Höli Liestal AG bringt weiter vor, das Beispiel der im Jahr 2009 gegründeten KieferTrans GmbH zeige, dass die Vorzugskonditionen für Aktionärinnen der Deponie Höli kaum Wettbewerbsverzerrungen bewirkt hätten. Dieses Unternehmen habe mit 3 Lastwagen angefangen und verfüge heute über eine Fahrzeugflotte von 22 Fahrzeugen.<sup>433</sup>

<sup>428</sup> Aufgrund der grossen von [der Aktionärin X] in der Deponie Höli entsorgten Abfallmengen ist möglicherweise ausserdem davon auszugehen, dass [die Aktionärin X] in manchen der nachgelagerten Märkte über eine starke Stellung verfügt (vgl. Rz 104).

<sup>429</sup> Gleiches gilt auch für die Möglichkeit, im Rahmen einer Arbeitsgemeinschaft mit einer Aktionärin der Deponie Höli Liestal AG Abfälle in der Deponie Höli zu entsorgen (vgl. die entsprechenden Vorbringen der Deponie Höli Liestal AG in Act. IV.8, Rz 54, Punkt 3).

<sup>430</sup> Act. V.25, Rz 106.

<sup>431</sup> Act. IV.8, Rz 54.

<sup>432</sup> Vgl. z.B. Act. IV.22, Rz 32; Act. III.1, Zeilen 346–354; Act. IV.8, Rz 54.

<sup>433</sup> Act. IV.22, Rz 37.

405. Dieser Auffassung kann aus den folgenden Gründen nicht gefolgt werden:

- Die KieferTrans GmbH ist in verschiedenen Märkten tätig. Sie bietet zum Beispiel Leistungen wie Spezialtransporte, Containertransporte, Baustellenbetrieb oder Werkstatteleistungen an.<sup>434</sup> In vielen dieser Märkte führen die höheren Gebühren der Deponie Höli für Nichtaktionäre nicht zu einer Beeinträchtigung des Wettbewerbs, weil dort keine relevanten Mengen an Abfällen des Typs B entsorgt werden müssen. Es handelt sich dabei also nicht um Märkte, die dem Markt für die Entgegennahme nichtwiederverwertbarer Abfälle des Typs B nachgelagert sind. Deshalb können aus dem Wachstum der KieferTrans GmbH keine Rückschlüsse in Bezug auf die Beeinträchtigung des Wettbewerbs in solchen nachgelagerten Märkten gezogen werden.
- Selbst in Märkten, in welchen die Deponiegebühren eine wesentliche Rolle spielen, gibt es auch noch andere Faktoren, welche einen Einfluss auf den Unternehmenserfolg haben (z.B. die interne Organisation, vgl. Rz 266). Deshalb ist es grundsätzlich möglich, dass selbst ein im Wettbewerb behindertes Unternehmen erfolgreich ist, wenn dieses in Bezug auf andere Wettbewerbsparameter besonders konkurrenzfähig ist. Trotzdem liegt auch in diesem Fall eine Wettbewerbsbeeinträchtigung vor: Ein solches Unternehmen könnte ohne die Beeinträchtigung noch wesentlich erfolgreicher sein. Auch aus diesem Grund steht das mutmassliche Wachstum der KieferTrans GmbH nicht im Widerspruch zur festgestellten Eignung der Vorzugskonditionen für Aktionärinnen der Deponie Höli Liestal AG, den Wettbewerb zu beeinträchtigen.

406. Weiter bringt die Deponie Höli Liestal AG vor, der Wettbewerbsnachteil eines nicht integrierten Unternehmens führe nicht zwingend zu einer Wettbewerbsbeeinträchtigung. Solange der Wettbewerb zwischen «*Deponiegruppen*» stark genug sei, seien keine «*Verzerrungen*» zu erwarten<sup>435</sup> Unter Deponiegruppen scheint die Deponie Höli Liestal AG Gruppen von Unternehmen zu verstehen, die über eine eigene Deponie verfügen. Dazu ist Folgendes festzuhalten: Im Vergleich zur Deponie Höli sind die anderen Deponien gemessen an den angenommenen Mengen deutlich kleiner. Allein schon deshalb ist der Wettbewerb zwischen «*Deponiegruppen*» eingeschränkt. Ein Indiz dafür ist unter anderem die aussergewöhnlich hohe Marge der Deponie Höli Liestal AG (Rz 219 ff.). Ausserdem waren Neueintritte in den Markt für die Entgegennahme von nichtwiederverwertbaren Abfällen des Typs B kaum möglich (Rz 29 ff.). Wenn nur Unternehmen mit eigener Deponie im Wettbewerb bestehen können, können nur noch sehr wenige Unternehmen in den nachgelagerten Märkten konkurrieren. Dabei handelt es sich nicht unbedingt um diejenigen Unternehmen, welche die in den nachgelagerten Märkten zu erbringenden Leistungen (z.B. Transport und Logistik) besonders kostengünstig erbringen können. Aus diesen Gründen ist nicht ersichtlich, inwiefern der Wettbewerb zwischen «*Deponiegruppen*» verhindern könnte, dass der Wettbewerb in den nachgelagerten Märkten durch die vorliegend zu beurteilenden Verhaltensweisen beeinträchtigt wird.

407. Schliesslich bringt die Deponie Höli Liestal vor, die in der Deponie Höli jährlich entsorgten Abfallmengen seien zwischen 2011 und 2019 um das 2,3-fache angestiegen. Diese Zunahme sei aber nicht alleine auf die Aktionärinnen der Deponie Höli zurückzuführen. Deshalb könne von einer Wettbewerbsverfälschung keine Rede sein.<sup>436</sup> Dazu ist Folgendes festzuhalten: Gemäss Angaben der Deponie Höli Liestal AG deponierten im Jahr 2011 Nichtaktionäre 52 365 Tonnen Abfälle in der Deponie Höli auf eigene Rechnung. Im Jahr 2019 waren es 43 377 Tonnen. Die von den Nichtaktionären auf eigene Rechnung deponierten Mengen sanken also um mehr als 15 %. Im gleichen Zeitraum stiegen die von den Aktionärinnen in der Deponie Höli entsorgten Mengen von 167 354 Tonnen im Jahr 2011 auf 671 409 Tonnen im Jahr 2019, was einem Anstieg um mehr als 300 % entspricht.<sup>437</sup> Der gesamte Anstieg ist also auf die auf Rechnung der Aktionärinnen entsorgten Mengen zurückzuführen. Die von Nichtaktionären über eine Aktionärin entsorgten Mengen sind nicht bekannt. Deshalb ist über die Veränderung dieser Mengen keine Aussage möglich. Trotzdem sind die genannten Mengenentwicklungen jedenfalls kein Indiz für eine *fehlende* Beeinträchtigung des Wettbewerbs in den nachgelagerten Märkten. Die Aktionärinnen profitierten selbst dann von den Vorzugskonditionen, wenn ihre Konkurrentinnen ihre Abfälle über sie in der Deponie Höli entsorgten. Dieser Zugang stand ihren Konkurrentinnen nur dann offen, wenn die Aktionärinnen damit einverstanden waren.

408. Aus diesen Gründen bleibt es dabei, dass die Vorzugskonditionen für Aktionärinnen der Deponie Höli Liestal AG geeignet waren, den Wettbewerb in den Deponierung nachgelagerten Märkten zu beeinträchtigen. Damit ist das Tatbestandelement der Wettbewerbsbehinderung erfüllt.

409. Erst recht eine Wettbewerbsbehinderung stellten die Annahmerestriktionen gegenüber Nichtaktionären im Herbst 2020 dar. Von Ende September 2020–Ende Dezember 2020 wurden die Vorzugskonditionen für Aktionärinnen durch die Schliessung der Deponie Höli für Nichtaktionäre überlagert. In diesem Zeitraum konnten die Nichtaktionäre – unabhängig vom Preis – im Wesentlichen gar nicht mehr deponieren (Rz 284 ff.). Insofern verstärkte die Schliessung der Deponie Höli für Nichtaktionäre im Herbst 2020 diejenigen Auswirkungen, die zuvor bereits durch die Vorzugskonditionen eingetreten waren.

<sup>434</sup> <[www.kiefertrans.ch/Dienstleistungen.htm](http://www.kiefertrans.ch/Dienstleistungen.htm)> (23.11.2022).

<sup>435</sup> Act. V.25, Rz 103.

<sup>436</sup> Act. V.25, Rz 148.

<sup>437</sup> Act. IV.8, Beilage 30.

## C.6.2.5 Keine sachlichen Gründe

### C.6.2.5.1 Voraussetzungen

410. Eine Ungleichbehandlung ist nur dann unzulässig, wenn dafür kein sachlicher Grund vorliegt. Solche Gründe liegen insbesondere dann vor, wenn sich das betreffende Unternehmen auf kaufmännische Grundsätze (z.B. Verlangen der Zahlungsfähigkeit des Vertragspartners) stützen kann.<sup>438</sup> Sachliche Gründe zur Rechtfertigung eines Behinderungs- oder eines Ausbeutungsmisbrauchs müssen vom marktbeherrschenden Unternehmen hinreichend substantiiert werden.<sup>439</sup>

411. Bei der Prüfung, ob eine allfällige Diskriminierung im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG aus sachlichen Gründen gerechtfertigt ist, ist zu beachten, dass bereits unter dem Tatbestandsmerkmal der Ungleichbehandlung geprüft wurde, ob die ungleich behandelten Geschäfte äquivalent sind. Unterscheiden sich zum Beispiel 2 Kundinnen bezüglich ihrer Zahlungsfähigkeit, würde es sich nicht um äquivalente Geschäfte handeln. Diese Prüfung muss an dieser Stelle nicht erneut durchgeführt werden.

412. Ausserdem ist zu beachten, dass die Branchenüblichkeit einer Verhaltensweise kein sachlicher Grund ist. Verhalten sich zahlreiche Unternehmen einer Branche ähnlich, kann das zwar ein Indiz dafür sein, dass sachliche Gründe für das beobachtete Verhalten vorliegen, zum Beispiel, weil durch das beobachtete Verhalten Kosteneinsparungen erzielt werden können. Die Branchenüblichkeit allein ist zur Rechtfertigung aber nicht hinreichend.

413. Unabhängig vom konkreten Grund kann ein Verhalten eines marktbeherrschenden Unternehmens nur dann gerechtfertigt werden, wenn der Grundsatz der Verhältnismässigkeit gewahrt wird. Insbesondere darf keine ebenso gut zur Erreichung des sachlichen Grunds geeignete Verhaltensweise zur Verfügung stehen, welche sich weniger wettbewerbsverfälschend auswirkt (kein milderer Mittel).<sup>440</sup>

### C.6.2.5.2 Subsumtion

414. Nachfolgend werden die durch die Deponie Höli Liestal AG vorgebrachten sowie weitere in Frage kommende sachliche Gründe einzeln beurteilt.

415. **Anreiz zur Anlieferung von Abfällen:** Die Deponie Höli Liestal AG bringt vor, bei den Vorzugskonditionen für Aktionärinnen handle es sich um ein [Anreizsystem], welches die Aktionärinnen dazu motivieren soll, ausreichend grosse Mengen in der Deponie Höli zu entsorgen.<sup>441</sup> Es handle sich dabei um «*eine Art Mengenrabatt*». Die Aktionärinnen würden schliesslich auch «*mit Abstand am meisten Material*» liefern.<sup>442</sup>

416. Da die Vorzugskonditionen für Aktionärinnen ausschliesslich vom Aktionärsstatus der Kundinnen und gerade nicht von der angelieferten Menge abhängig waren, handelt es sich dabei nicht um einen Mengenrabatt. Nichtaktionäre erhielten selbst dann keine Rabatte oder Rückvergütungen von der Deponie Höli Liestal AG, wenn sie grössere Mengen als gewisse Aktionärinnen in der Deponie Höli entsorgten (Rz 114).

417. Tiefe Preise sind zwar grundsätzlich geeignet, einen Anreiz zur Anlieferung grosser Abfallmengen zu schaffen. Eine Ungleichbehandlung von Aktionärinnen und Nichtaktionären ist dazu aber nicht erforderlich. Tiefe Preise für alle Kundinnen und Kunden wären genauso geeignet gewesen, das Ziel der Sicherstellung ausreichender Anlieferungsmengen zu erreichen. Deshalb waren die Vorzugskonditionen für Aktionärinnen nicht notwendig zur Schaffung eines Anreizes zur Anlieferung von Abfall in die Deponie Höli. Aus diesem Grund kann damit die festgestellte Ungleichbehandlung nicht gerechtfertigt werden.

418. **Wettbewerbsfähigkeit der Aktionärinnen:** Des Weiteren bringt die Deponie Höli Liestal AG vor, sie habe durch die Gewährung von Vorzugskonditionen an ihre Aktionärinnen sicherstellen wollen, dass diese zu gleichen Preisen wie ihre Konkurrentinnen deponieren könnten.<sup>443</sup>

419. Es ist nicht bekannt, zu welchen Preisen die Aktionärinnen anderer im relevanten Markt gelegener Deponien des Typs B auf den eigenen Deponien entsorgen können. Möglicherweise kommen diese ebenfalls in den Genuss von Vorzugskonditionen. Selbst in diesem Fall sind die Vorzugskonditionen der Aktionärinnen der Deponie Höli Liestal AG aber nicht notwendig, um sicherzustellen, dass diese zu ähnlichen Preisen entsorgen können wie die Aktionärinnen anderer Deponien. Dieses Ziel hätte die Deponie Höli Liestal AG auch dadurch erreichen können, dass sie die Preise für alle Kundinnen und Kunden so festgelegt hätte, dass alle zu im Vergleich zu den Aktionärinnen anderer Deponien ähnlichen Preisen hätten deponieren können. Die Vorzugskonditionen sind deshalb nicht das mildeste Mittel zur Sicherstellung der Wettbewerbsfähigkeit der Aktionärinnen der Deponie Höli Liestal AG. Aus diesem Grund kann die vorliegende Ungleichbehandlung nicht durch das Ziel der Sicherstellung der Wettbewerbsfähigkeit der Aktionärinnen gerechtfertigt werden.

420. **Entschädigung für unternehmerisches Risiko:** Die vorliegende Ungleichbehandlung kann nicht durch die Entschädigung des unternehmerischen Risikos gerechtfertigt werden: Mit der Ausschüttung von Dividenden liegt ein für dieses Ziel besser geeignetes Instrument vor, durch welches der Wettbewerb nicht beeinträchtigt wird. Dividenden werden im Gegensatz zu den Vorzugskonditionen proportional zum eingebrachten Kapital und damit proportional zum eingegangenen Risiko ausbezahlt. Deshalb sind Dividenden besser geeignet, das unternehmerische Risiko abzugelten. Ausserdem wird durch die Auszahlung der Dividenden der Wettbewerb nicht beeinträchtigt, weil die Dividenden

<sup>438</sup> Für weitere mögliche sachliche Gründe vgl. z.B. RPW 2014/4, 687 Rz 124, *Preispolitik SDA*.

<sup>439</sup> BGE 146 II 217 228 E. 4.2, *Swisscom AG und Swisscom (Schweiz) AG/WEKO*, m.w.H.; BGer 2C\_395/2021 vom 9.5.2023, E. 10.4.31, *Naxoo*.

<sup>440</sup> RPW 2014/4, 687 Rz 125, *Preispolitik SDA*; RPW 2011/1, 165 Rz 409 m.w.H., *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC)*.

<sup>441</sup> Act. IV.8, Rz 53; Act. III.3, Zeilen 331–339.

<sup>442</sup> Act. III.1, Zeilen 334–340.

<sup>443</sup> Act. III.1, Zeilen 357–358; Vgl. auch Act. IV.5, Zeilen 113–114.

nicht von der deponierten Menge abhängig sind. Deshalb führt die Auszahlung von Dividenden im Gegensatz zur Gewährung von mengenabhängigen Vorzugskonditionen zu keiner Beeinträchtigung des Wettbewerbs. Aus diesen Gründen sind die Vorzugskonditionen nicht notwendig, um das unternehmerische Risiko abzugelten – dafür steht mit der Auszahlung von Dividenden ein milderes Mittel zur Verfügung.<sup>444</sup> Die vorliegende Ungleichbehandlung kann deshalb nicht mit der Entschädigung für das unternehmerische Risiko gerechtfertigt werden.

421. **Branchenüblichkeit:** Neben der Deponie Höli Liestal AG gewähren möglicherweise auch andere Deponien ihren Aktionärinnen Vorzugskonditionen oder schränken den Zugang zu ihren Deponien über Kontingente sogar noch stärker ein (vgl. Rz 119). Trotzdem handelt es sich dabei nicht um ein Indiz dafür, dass die Vorzugskonditionen aus betrieblichen Gründen erforderlich wären, insbesondere deshalb nicht, weil die bevorzugten Aktionärinnen in der Regel hauptsächlich in den nachgelagerten Märkten tätig sind. Deshalb könnte selbst bei weiter Verbreitung von Vorzugskonditionen nicht gefolgert werden, dass diese zur Senkung der Kosten oder der Sicherstellung der erforderlichen Anlieferungsmengen erforderlich sind. Vielmehr liegt der Zweck dieser Vorzugskonditionen mutmasslich eher darin, den Aktionärinnen auf den nachgelagerten Märkten einen Vorteil zu verschaffen (vgl. Rz 241 ff.). Aus diesen Gründen ergeben sich selbst dann keine Anhaltspunkte für das Vorliegen eines sachlichen Grundes zur Rechtfertigung der Vorzugskonditionen, wenn solche in der Branche weit verbreitet wären.

422. Sachliche Gründe sind auch in Bezug auf die Annahmerestriktionen gegenüber Nichtaktionären im Herbst 2020 nicht gegeben. Es ist zwar nachvollziehbar, dass die Deponie Höli Liestal AG angesichts der sich anbahnenden **Erschöpfung der verfügbaren Auffüllmenge** im Herbst 2020 auf Druck der kantonalen Behörden eine Mengenbegrenzung einführt (700 000 Tonnen; vgl. Rz 285). Sie hat jedoch anschliessend das verfügbare Restvolumen fast ausschliesslich den Aktionärinnen der Deponie Höli Liestal AG vorbehalten und die Deponie für Nichtaktionäre – bis auf wenige Ausnahmen – geschlossen. Die Schliessung der Deponie für Nichtaktionäre von Ende September–Ende Dezember 2020 war für die Einhaltung der Mengenbegrenzung nicht erforderlich. Vielmehr hätte dies etwa auch mit einer Kontingentierung, die nicht an den Aktionärsstatus anknüpft, erreicht werden können.

423. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass keine sachlichen Gründe für die vorliegende Ungleichbehandlung von Aktionärinnen und Nichtaktionären ersichtlich sind.

### C.6.3 Zwischenergebnis

424. Sämtliche Tatbestandsmerkmale der Diskriminierung von Handelspartnern im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. b i.V.m. Art. 7 Abs. 1 KG sind erfüllt. Ausserdem verfügt die Deponie Höli Liestal AG über eine marktbeherrschende Stellung im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG. Folglich handelt es sich bei der Gewährung von Vorzugskonditionen an Aktionärinnen durch die Deponie Höli Liestal AG um eine unzulässige Verhaltensweise

eines marktbeherrschenden Unternehmens im Sinne von Art. 7 KG.

### C.7 Beweisanträge der Deponie Höli Liestal AG

425. Mit Schreiben vom 15. März 2023 beantragte die Deponie Höli Liestal AG die Einvernahme von nicht näher bezeichneten Vertreterinnen oder Vertretern des **Kantons Basel-Landschaft**.<sup>445</sup> Diese seien insbesondere zu den folgenden Fragen einzuvernehmen:

- Weshalb wurde der Deponie Höli die Hauptlast der Deponierung aufgegeben, während andere Deponien ihr Deponievolumen der hohen Nachfrage entziehen konnten?
- Weshalb gaben Preisdifferenzierungen bzw. tiefere Deponiepreise bei anderen Deponien keinen Anlass zu politischer Einflussnahme?

426. Des Weiteren beantragte die Deponie Höli Liestal AG ebenfalls mit Schreiben vom 15. März 2023 die Einvernahme von nicht näher bezeichneten Vertreterinnen oder Vertretern der **Deponien Strickrain und Bruggtal**.<sup>446</sup> Diese seien zu den folgenden Fragen einzuvernehmen:

- Verlangten die genannten Deponien bei nichtwiederwertbaren Abfällen des Typs B je nach Anlieferer unterschiedliche Preise?
- Weshalb konnten die genannten Deponien den Zugang zu ihren Deponien stark einschränken bzw. das an und für sich verfügbare Deponievolumen dem Markt entziehen?
- Die genannten Deponien seien zur Antwort des Kantons Basel-Landschaft auf die Interpellation 2021/549 von [N17] im Landrat des Kantons Basel-Landschaft «*Höli ist geschlossen – wohin mit dem Material*» zu befragen. Der Kanton Basel-Landschaft habe in seiner Beantwortung der genannten Interpellation festgehalten, dass die Deponien Strickrain und Bruggtal «*die Mengen der Deponie Höli aus betrieblichen und technischen Gründen bei weitem nicht aufnehmen*» könnten. Die Deponien Strickrain und Bruggtal hätten gemäss Angaben des Kantons Basel-Landschaft gemessen an den jährlich in der Deponie Höli entsorgten Abfallmengen über erhebliche Reserven verfügt. Deshalb sei die zitierte Aussage des Kantons in seiner Beantwortung der genannten Interpellation wenig plausibel.

427. Ob einem Beweisantrag stattzugeben ist, beurteilt sich nach Art. 33 VwVG.<sup>447</sup> Danach nimmt die Behörde oder das Gericht die ihr angebotenen Beweise ab, wenn diese zur Abklärung des Sachverhaltes tauglich erscheinen.

<sup>444</sup> Zur Beurteilung der Abgeltung des unternehmerischen Risikos als sachlicher Grund für Vorzugskonditionen für Aktionärinnen vgl. RPW 2012/3, 468 Rz 85, *Erdgas Zentralschweiz AG*.

<sup>445</sup> Act. V.23.

<sup>446</sup> Act. V.23.

<sup>447</sup> Bundesgesetz vom 20.12.1968 über das Verwaltungsverfahren (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG; SR 172.021).



428. Gegenstand der vorliegenden Untersuchung ist die Ungleichbehandlung von Aktionärinnen und Nichtaktionären durch die Deponie Höli Liestal AG in Bezug auf Deponiepreise und die Annahme von Abfällen. Angeblich ähnliche Verhaltensweisen anderer Deponien sind hingegen nicht Gegenstand der Untersuchung. Auch die angebliche Ungleichbehandlung verschiedener Deponien durch den Kanton Basel-Landschaft als Standortkanton oder angeblich widersprüchliche Aussagen des Kantons Basel-Landschaft sind nicht Gegenstand der vorliegenden Untersuchung.

429. Zur Beurteilung der Ungleichbehandlung von Aktionärinnen und Nichtaktionären durch die Deponie Höli Liestal AG sind nicht nur die zu beurteilenden Verhaltensweisen, sondern auch die Marktstellung der Deponie Höli Liestal AG massgebend. Auch der diesbezüglich relevante Sachverhalt wurde bereits rechtsgenügend im Antrag des Sekretariats vom 14. Februar 2023 festgestellt. Insbesondere sind dazu keine weiteren Angaben zu den maximal möglichen Annahmemengen anderer Deponien erforderlich. Aus Sicht der Marktgegenseite sind nicht die maximal möglichen, sondern die tatsächlich dem Markt zur Verfügung stehenden Mengen massgebend (vgl. Rz 356).

430. Aus diesen Gründen sind die beantragten Einvernahmen nicht geeignet, den vorliegend relevanten Sachverhalt zu klären. Deshalb kann den obgenannten Beweisanträgen der Deponie Höli Liestal AG nicht stattgegeben werden.

## D Massnahmen

### D.1 Einleitung

431. Nach Art. 30 Abs. 1 KG entscheidet die WEKO über die zu treffenden Massnahmen oder die Genehmigung einer einvernehmlichen Regelung. Massnahmen in diesem Sinn sind sowohl Anordnungen zur Beseitigung von unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen (Rz 432 f.) als auch monetäre Sanktionen (Rz 434 ff.).

### D.2 Anordnung von Massnahmen

432. Liegt eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung vor, so kann die WEKO Massnahmen zu deren Beseitigung anordnen, indem sie den betroffenen Parteien die sanktionsbewehrte Pflicht zu einem bestimmen Tun (Gebot) oder Unterlassen (Verbot) auferlegt. Solche Gestaltungsverfügungen haben dem Verhältnismässigkeitsprinzip zu entsprechen.

433. Die Deponie Höli Liestal AG hat die vorliegend zu beurteilenden Verhaltensweisen vor Untersuchungseröffnung und ohne Intervention der Wettbewerbsbehörden aufgegeben (vgl. Rz 465). Zudem hat sie Selbstanzeige erstattet und glaubwürdig ihre Absicht erklärt, auch künftig den Deponiebetrieb kartellrechtskonform zu gestalten. Anzeichen für eine konkrete Wiederholungsgefahr bestehen nicht. Daher verzichtet die Behörde, Massnahmen zur Beseitigung oder Verhinderung von (künftigen) unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen anzuordnen.<sup>448</sup>

## D.3 Sanktionierung

### D.3.1 Vorbemerkungen

434. Aufgrund ihrer ratio legis sollen die in Art. 49a ff. KG vorgesehenen Verwaltungssanktionen – und dabei insbesondere die mit der Revision 2003 eingeführten direkten Sanktionen bei den besonders schädlichen kartellrechtlichen Verstössen – die wirksame Durchsetzung der Wettbewerbsvorschriften sicherstellen und mittels ihrer Präventivwirkung Wettbewerbsverstösse verhindern.<sup>449</sup> Direktsanktionen können nur zusammen mit einer Endverfügung, welche die Unzulässigkeit der fraglichen Wettbewerbsbeschränkung feststellt, verhängt werden.<sup>450</sup>

435. Aufgrund der Sanktionierbarkeit handelt es sich beim Kartellverfahren um ein Administrativverfahren mit strafrechtsähnlichem Charakter, nicht jedoch um reines Strafrecht. Die entsprechenden Garantien von Art. 6 und 7 EMRK und Art. 30 bzw. 32 BV sind demnach grundsätzlich im gesamten Verfahren anwendbar; über deren Tragweite ist jeweils bei der Prüfung der einzelnen Garantien zu befinden.<sup>451</sup>

436. Bei der Gewährung von Vorzugskonditionen an die Aktionärinnen der Deponie Höli Liestal AG sowie den Annahmerestriktionen gegenüber Nichtaktionären im Herbst 2020 handelt es sich um einen Tatkomplex. Daher ist nicht von mehreren Verstössen gegen Art. 7 KG auszugehen, sondern von einer Zuwiderhandlung (Rz 377). Nachfolgend wird zunächst geprüft, ob die Voraussetzungen für eine Sanktionierung im Sinne von Art. 49a KG erfüllt sind und der Verstoß der Deponie Höli Liestal AG zugerechnet werden kann. Anschliessend wird die Sanktion berechnet.

### D.3.2 Voraussetzungen

#### D.3.2.1 Tatbestand von Art. 49a Abs. 1 KG

437. Die Belastung einer Verfahrenspartei mit einer Sanktion setzt voraus, dass sie den Tatbestand von Art. 49a Abs. 1 KG erfüllt hat. Danach wird ein Unternehmen, welches an einer unzulässigen Abrede nach Art. 5 Abs. 3 bzw. 4 KG beteiligt ist oder marktbeherrschend ist und sich nach Art. 7 KG unzulässig verhält, mit einer Sanktion belastet. Daraus ergeben sich folgende Voraussetzungen:

- Es müssen unzulässige Verhaltensweisen im Sinne von Art. 49a Abs. 1 KG vorliegen (Rz 438);
- Die unzulässigen Verhaltensweisen müssen von einem Unternehmen im Sinne des Kartellgesetzes begangen worden sein (Rz 439).

<sup>448</sup> Vgl. BVGer, B-7756/2015 vom 16.8.2022 E. 12.5, *autoweibel ag/WEKO*.

<sup>449</sup> Botschaft vom 7.11.2001 über die Änderung des Kartellgesetzes, BBl 2002 2022, insb. 2023, 2033 ff. und 2041.

<sup>450</sup> BBl 2002 2022, 2034.

<sup>451</sup> BGE 139 I 72, 78 ff. E. 2.2.2, *Publigroupe SA et al./WEKO*; BGer, 2C\_596/2019 vom 2.11.2022 E. 6.4.1, *Zugang zur Dienstleistung der dynamischen Währungsumrechnung (DCC)*; BVGer, RPW 2013/4, 798 ff. E. 14, *Gaba/WEKO*; BVGer, RPW 2013/4, 835 ff. E. 12, *Gebro/WEKO*.

438. Die Gewährung von Vorzugskonditionen und die Annahmerestriktionen der marktbeherrschenden Deponie Höli Liestal AG im Herbst 2020 gegenüber Nichtaktionären verstossen gegen Art. 7 Abs. 2 Bst. b i.V.m. Art. 7 Abs. 1 KG. Damit liegt eine unzulässige Verhaltensweise im Sinne von Art. 49a Abs. 1 KG vor.

439. Die unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen, auf welche Art. 49a Abs. 1 KG Bezug nimmt, müssen von einem «Unternehmen» begangen werden. Für den Unternehmensbegriff wird auf Art. 2 Abs. 1 und 1<sup>bis</sup> KG abgestellt.<sup>452</sup> Die Deponie Höli Liestal AG ist zum Tatzeitpunkt als Unternehmen im Sinne von Art. 2 Abs. 1 und 1<sup>bis</sup> KG zu qualifizieren (vgl. Rz 309).

### D.3.2.2 Vorwerfbarkeit

440. Das Verschulden im Sinne von Vorwerfbarkeit stellt gemäss Rechtsprechung das subjektive Tatbestandsmerkmal von Art. 49a Abs. 1 KG dar.<sup>453</sup> Massgebend für das Vorliegen von Verschulden im Sinne von Vorwerfbarkeit ist gemäss dieser Rechtsprechung ein objektiver Sorgfaltsmangel bzw. ein Organisationsverschulden, an dessen Vorliegen jedoch keine allzu hohen Anforderungen zu stellen sind.

441. Ist ein Kartellrechtsverstoss nachgewiesen, so ist im Regelfall auch ein objektiver Sorgfaltsmangel bzw. ein Organisationsverschulden gegeben. Nur in seltenen Fällen wird keine Vorwerfbarkeit vorliegen; so möglicherweise wenn der durch einen Mitarbeitenden ohne Organstellung begangene Kartellrechtsverstoss innerhalb des Unternehmens nicht bekannt war und auch mit einer zweckmässigen Ausgestaltung der Organisation nicht hätte bekannt werden können und das Unternehmen alle zumutbaren Massnahmen getroffen hat, den Kartellrechtsverstoss zu verhindern.<sup>454</sup> Ein objektiver Sorgfaltsmangel bzw. Organisationsverschulden liegt nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung insbesondere dann vor, wenn ein Unternehmen ein Verhalten an den Tag legt oder weiterführt, obwohl es sich bewusst ist oder sein müsste, dass das Verhalten möglicherweise kartellrechtswidrig sein könnte.<sup>455</sup>

442. Die natürlichen Personen, welche vorliegend für das Unternehmen handelten und die kartellrechtswidrigen Verhaltensweisen beschlossen und umsetzten, taten dies wissentlich und nahmen deren wettbewerbsbeschränkende Wirkung zumindest in Kauf, handelten diesbezüglich also zumindest eventualvorsätzlich. So dann ist festzuhalten, dass die für die Deponie Höli Liestal AG handelnden natürlichen Personen Verwaltungsratsmitglieder waren. Ihr (Eventual-)Vorsatz bezüglich der von ihnen vorgenommenen Handlungen ist daher ohne Weiteres der Deponie Höli Liestal AG als objektiver Sorgfaltsmangel zuzurechnen.

443. Anderweitige Gründe, welche dagegensprechen würden, dass dem Unternehmen die fraglichen wettbewerbswidrigen Verhaltensweisen vorgeworfen werden können, sind nicht ersichtlich und werden von der Deponie Höli Liestal AG auch nicht vorgebracht. So dürfen das Kartellgesetz resp. dessen grundlegende Normen für Unternehmen (als dessen Adressaten) als bekannt vorausgesetzt werden.<sup>456</sup> Die Unternehmen müssen alles Zumutbare vorkehren, um sicherzustellen, dass die Vorgaben des Kartellgesetzes eingehalten werden. Dass

die Deponie Höli Liestal AG vorliegend angemessene und wirksame organisatorische Massnahmen zur Verhinderung der unzulässigen Verhaltensweisen getroffen hätte, ist nicht ersichtlich.

### D.3.2.3 Sanktionierbarkeit in zeitlicher Hinsicht

444. Die Sanktionierung ist gemäss Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG ausgeschlossen, wenn die Wettbewerbsbeschränkung bei Eröffnung der Untersuchung länger als 5 Jahre nicht mehr ausgeübt worden ist. Für die Prüfung dieser fünfjährigen Frist ist im Einzelfall die gesamte Dauer der Wettbewerbsbeschränkung miteinzubeziehen.

445. Die Deponie Höli Liestal AG gewährte ihren Aktionärinnen bis zur Schliessung der Deponie am 12. Mai 2021 Vorzugskonditionen (Rz 240). Die Annahmerestriktionen gegenüber Nichtaktionären dauerten bis am 25. Januar 2021 (Rz 299 ff.). Damit ist die Frist für die Sanktionierbarkeit gemäss Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG mit der Verfahrenseröffnung vom 7. Juni 2021 (vgl. Rz 9) gewahrt.

### D.3.3 Zurechenbarkeit des Wettbewerbsverstosses

446. Schliesslich ist zu beurteilen, inwiefern der begangene Wettbewerbsverstoss der Deponie Höli Liestal AG zugerechnet werden kann. Massgebend ist dabei die Unternehmensträgerschaft, das heisst, welche juristische oder natürliche Person oder Rechtsgemeinschaft (z.B. Kollektivgesellschaft) Trägerin des fehlbaren Unternehmens war bzw. ist. Vorliegend war die Deponie Höli Liestal AG jedenfalls zum Tatzeitpunkt Trägerin des fehlbaren Unternehmens. Sie ist daher für den Verstoss zu sanktionieren, der von dem von ihr getragenen Unternehmen begangen worden ist.

<sup>452</sup> Vgl. BGE 146 II 217 E. 8.5.1, *Preispolitik Swisscom*; RPW 2017/3, 454 Rz 260, *Hoch- und Tiefbauleistungen Münstertal*; Entscheid der WEKO vom 26.3.2018, *Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin I*, Rz 733, abrufbar unter <www.weko.admin.ch> unter Aktuell > letzte Entscheide (30.11.2018).

<sup>453</sup> BGE 146 II 217 E. 8.5.2, *Preispolitik Swisscom*; BGer, 2C\_484/2010 vom 29.6.2012 E. 12.2.2 (= RPW 2013/1, 135; nicht publizierte Erwägung in BGE 139 I 72), *Publigroupe SA et al./WEKO*. Vgl. zur Entwicklung der Rechtsprechung hinsichtlich Vorwerfbarkeit: RPW 2006/1, 169 ff. Rz 197 ff., *Flughafen Zürich AG (Unique)*; BVGer, RPW 2007/4, 672 E. 4.2.6, *Flughafen Zürich AG (Unique)/WEKO*; RPW 2011/1, 189 Rz 557, Fn 546, *SIX/DCC*; RPW 2007/2, 232 ff. Rz 306 ff., insb. Rz 308 und 314, *Richtlinien des Verbandes schweizerischer Werbeagenturen VSW über die Kommissionierung von Berufsvermittlern*; BVGer, RPW 2010/2, 363 E. 8.2.2.1, *Publigroupe SA und Mitbeteiligte/WEKO*; BVGer, RPW 2013/4, 803 E. 14.3.5, *Gaba/WEKO*; BVGer, RPW 2013/4, 840 E. 13.2.5, *Gebro/WEKO*.

<sup>454</sup> BGE 146 II 217 E. 8.5.2, *Preispolitik Swisscom*; RPW 2011/1, 189 Rz 558 m.w.H., *SIX/DCC*.

<sup>455</sup> Vgl. BVGer, RPW 2010/2, 363 E. 8.2.2.1, *Publigroupe SA und Mitbeteiligte/WEKO*; BGer, 2C\_484/2010 vom 29.6.2012 E. 12.2.2 (= RPW 2013/1, 135; nicht publizierte Erwägung in BGE 139 I 72), *Publigroupe SA et al./WEKO*.

<sup>456</sup> Siehe statt anderer etwa BGE 146 II 217 E. 8.5.2, *Preispolitik Swisscom*; RPW 2011/1, 190 Rz 558 m.w.H. *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC)*; vgl. auch Art. 8 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 18.6.2004 über die Sammlungen des Bundesrechts und das Bundesblatt (Publikationsgesetz, PublG; SR 170.512).

### D.3.4 Bemessung

#### D.3.4.1 Einleitung

447. Nach Art. 49a Abs. 1 KG bemisst sich der konkrete Sanktionsbetrag innerhalb des Sanktionsrahmens anhand der Dauer und der Schwere des unzulässigen Verhaltens. Angemessen zu berücksichtigen ist zudem auch der durch das unzulässige Verhalten erzielte mutmassliche Gewinn. Die SVKG geht für die konkrete Sanktionsbemessung zunächst von einem Basisbetrag aus, der in einem zweiten Schritt an die Dauer des Verstosses anzupassen ist, bevor in einem dritten Schritt erschwerenden und mildernden Umständen Rechnung getragen werden kann.

448. Die Festsetzung des Sanktionsbetrags liegt grundsätzlich im pflichtgemäss auszuübenden Ermessen der WEKO, welches durch die Grundsätze der Verhältnismässigkeit und der Gleichbehandlung begrenzt wird. Die WEKO bestimmt die effektive Höhe der Sanktion innerhalb der gesetzlich statuierten Grenzen nach den konkreten Umständen im Einzelfall.

#### D.3.4.2 Basisbetrag

449. Der Basisbetrag beträgt gemäss SVKG je nach Art und Schwere des Verstosses bis zu 10 % des Umsatzes, den das betreffende Unternehmen in den letzten 3 Geschäftsjahren auf den relevanten Märkten in der Schweiz erzielt hat (Art. 3 SVKG). Dem Zweck von Art. 3 SVKG entsprechend ist hierbei der Umsatz massgebend, der in den 3 Geschäftsjahren erzielt wurde, die der Aufgabe des wettbewerbswidrigen Verhaltens vorangehen.<sup>457</sup>

450. Zur Festlegung des Basisbetrags wird nachfolgend zunächst dargelegt, welcher Prozentsatz des Umsatzes im vorliegenden Fall angemessen ist. Anschliessend wird dargelegt, welche Umsätze für die Sanktionierung herangezogen werden. Daraus ergibt sich der Basisbetrag.

#### Prozentsatz

451. Die Deponie Höli Liestal AG nahm Abfälle von Nichtaktionären nur zum Listenpreis entgegen. Im Vergleich dazu konnten die Aktionärinnen der Deponie Höli Liestal AG zu deutlich günstigeren Konditionen deponieren. Unter Berücksichtigung der Rückvergütungen bezahlten die Aktionärinnen rund 40 % weniger als Nichtaktionäre (Rz 240). Dabei handelt es sich um einen grossen Preisunterschied. Weil die Deponiegebühren jedenfalls in manchen der nachgelagerten Märkte ein wichtiger Kostenfaktor sind (Rz 272) und weil Nichtaktionäre in diesen Märkten mit Aktionärinnen der Deponie Höli Liestal im Wettbewerb stehen (Rz 121), waren die Vorzugskonditionen geeignet, den Wettbewerb zu beeinträchtigen.

452. Bei der Einschätzung der Auswirkungen der Vorzugskonditionen auf den Wettbewerb ist erschwerend zu berücksichtigen, dass die Deponie Höli Liestal AG den Kreis der Aktionärinnen bewusst eng hielt. Sie nahm bewusst keine direkten Konkurrentinnen als Aktionärinnen auf (Rz 127). Dadurch hatte jedenfalls in manchen Märkten jeweils nur ein Wettbewerber Zugang zu diesen Vorzugskonditionen. Dadurch waren die Auswirkungen auf den Wettbewerb schwerwiegender, als wenn eine

Vielzahl von Wettbewerbern von den Vorzugskonditionen hätte profitieren können, weil diese die entsprechenden Vorteile durch den Wettbewerb unter ihnen zu einem grösseren Ausmass an die nachgelagerten Marktstufen hätten weitergeben müssen.

453. Im Herbst 2020 wurden die Vorzugskonditionen für die Aktionärinnen der Deponie Höli Liestal AG durch die Schliessung der Deponie für Nichtaktionäre überlagert. In diesem Zeitraum konnten die Nichtaktionäre – unabhängig vom Preis – im Wesentlichen gar nicht mehr deponieren (Rz 284 ff.). Insofern verstärkte die Schliessung der Deponie Höli für Nichtaktionäre im Herbst 2020 diejenigen Auswirkungen, die zuvor bereits durch die Vorzugskonditionen eingetreten waren. Dabei ist allerdings zu berücksichtigen, dass die genannte Verstärkung der Auswirkungen auf wenige Monate beschränkt war (vgl. Rz 299 ff.).

454. Die Auswirkungen der Vorzugskonditionen auf den Wettbewerb fielen dadurch etwas geringer aus, dass jedenfalls manche Nichtaktionäre teilweise zu im Vergleich zum Listenpreis tieferen Preisen über eine der Aktionärinnen deponieren konnten (Rz 121). Diese Möglichkeit war aber insofern beschränkt, als die Nichtaktionäre immer noch deutlich mehr als die Aktionärinnen bezahlen mussten und von der Bereitschaft einer Aktionärin abhängig waren, der Rechnungsstellung über die Aktionärin zuzustimmen. Die Deponie Höli Liestal AG selber stellte den Nichtaktionären keine Umgehungsmöglichkeiten zur Verfügung. Vielmehr beschloss der Verwaltungsrat der Deponie Höli Liestal AG sogar, dass [ein Zwischenhandel zu unterbleiben hat] (Rz 110).

455. Unter Berücksichtigung des soeben Ausgeführten handelt es sich bei der Gewährung von Vorzugskonditionen an die Aktionärinnen der Deponie Höli Liestal AG und den Annahmerestriktionen gegenüber Nichtaktionären im Herbst 2020 um einen mittelschweren Verstoss. Deshalb ist vorliegend zur Berechnung des Basisbetrags gemäss Art. 3 SVKG ein Prozentsatz von 4 % angemessen. Als nächstes sind die von der Deponie Höli Liestal AG in den letzten 3 Geschäftsjahren auf dem relevanten Markt erzielten Umsätze zu bestimmen.

#### Umsatz

456. Gemäss Art. 3 SVKG ist für die Berechnung des Basisbetrags der in den letzten 3 Geschäftsjahren auf den relevanten Märkten in der Schweiz erzielte Umsatz massgebend. Im vorliegenden Fall ist der Umsatz heranzuziehen, welchen die Deponie Höli Liestal AG durch die Annahme von nichtwiederverwertbaren Abfällen des Typs B (sachlich relevanter Markt, Rz 321 ff.) im Zeitraum 2018–2020 erzielt hat. Dabei sind nur Abfälle mit einem im räumlich relevanten Markt gelegenen Herkunftsort zu berücksichtigen (Rz 331 ff.).

<sup>457</sup> In diesem Sinne auch RPW 2012/2, 404 f. Rz 1083 Tabelle 3 sowie 407 f. Rz 1097 Tabelle 5, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau*; Verfügung i.S. Altimum SA (auparavant Roger Guenat SA), Rz 326 und 332 m.w.H. in Fn 176, abrufbar unter <www.weko.admin.ch> > Praxis > Entscheide > Altimum SA: Verfügung vom 20.08.2012 (11.05.2021).

457. Die Deponie Höli Liestal AG gewährte ihren Aktionärinnen bis zur Schliessung der Deponie am 12. Mai 2021 Vorzugskonditionen (Rz 231 ff.). Das letzte vollständige Geschäftsjahr vor Aufgabe des Verstosses ist deshalb das Jahr 2020. Aus diesem Grund sind zur Berechnung der Sanktion die Umsätze der Geschäftsjahre 2018–2020 heranzuziehen.

458. Der Anteil der nichtwiederverwertbaren Abfälle des Typs B an den insgesamt in der Deponie Höli entsorgten Mengen liegt bei 70 % (Rz 61). Deshalb stammen nur 70 % der von der Deponie Höli Liestal AG erzielten Um-

sätze aus ihren Tätigkeiten im sachlich relevanten Markt. Nur dieser Anteil ist für die Sanktionierung heranzuziehen. Ausserdem stammen nur 80 % der in der Deponie Höli entsorgten Abfälle aus dem räumlich relevanten Markt (Rz 140 ff.). Da die Deponie Höli Liestal AG keine relevanten Umsätze mit weiteren ebenfalls nicht dem relevanten Markt zugehörigen Tätigkeiten erzielt, entspricht der für die Sanktionierung massgebende im relevanten Markt erzielte Umsatz 56 % des insgesamt von der Deponie Höli Liestal AG im Zeitraum 2018–2020 erzielten Umsatzes (ohne Mehrwertsteuer). Die entsprechenden Zahlen sind in Tabelle 18 dargestellt.

Tabelle 18: Umsatz im relevanten Markt, 2018–2020.

Jahr	Nettoerlös gemäss Erfolgsrechnung	Davon im relevanten Markt (56 %)
2018	Fr. [10–15 Mio.]	Fr. [5,6–8,4 Mio.]
2019	Fr. [10–15 Mio.]	Fr. [5,6–8,4 Mio.]
2020	Fr. [10–15 Mio.]	Fr. [5,6–8,4 Mio.]
<b>Total</b>		<b>Fr. [16,8–25,2 Mio.]</b>

Quelle: Act. IV.15.2.11 (2020); Act. IV.15.2.10 (2019); Act. IV.15.2.9 (2018).

459. Der Basisbetrag entspricht 4 % des Umsatzes, welchen die Deponie Höli Liestal AG in den letzten 3 Geschäftsjahren im relevanten Markt in der Schweiz erzielt hat. Dieser Umsatz beläuft sich vorliegend auf [16,8–25,2 Millionen] Franken. Deshalb beträgt der Basisbetrag [672 000–1 008 000] Franken.

#### D.3.4.3 Dauer des Verstosses

460. Gemäss Art. 4 SVKG erfolgt eine Erhöhung des Basisbetrages um bis zu 50 %, wenn der Wettbewerbsverstoss zwischen einem und 5 Jahren gedauert hat, für jedes weitere Jahr ist ein Zuschlag von bis zu 10 % möglich (vgl. dazu Erläuterungen SVKG, S. 3). Innerhalb dieses Rahmens legt die Behörde die Höhe des Dauerzuschlags unter Berücksichtigung von Art und Inhalt der Wettbewerbsbeschränkung und deren Auswirkung im Zeitverlauf fest. In der bisherigen Praxis hat die WEKO einen Prozentsatz von 10 % pro berücksichtigtem Jahr für eine Dauer zwischen einem und 5 Jahren angewandt.<sup>458</sup> Das Bundesgericht hat diese Praxis bestätigt und eine Erhöhung des Basisbetrages um jeweils 10 % pro angefangenes Jahr für die Dauer von einem bis 5 Jahren als bundesrechtskonform beurteilt.<sup>459</sup>

461. Die Deponie Höli Liestal AG gewährte ihren Aktionärinnen seit der Eröffnung der Deponie am 25. Mai 2010 bis zu deren Schliessung am 12. Mai 2021 Vorzugskonditionen und nahm während dieser Dauer eine marktbeherrschende Stellung ein. Damit beträgt die für die Sanktionierung relevante Dauer des unzulässigen Verhaltens rund 11 Jahre. Deshalb ist ein Dauerzuschlag von 110 % des Basisbetrags, also eine Erhöhung um [739 000–1 108 800] Franken angemessen.<sup>460</sup> Damit ergibt sich eine Zwischensumme von [1 411 200–2 116 800] Franken bestehend aus Basisbetrag zuzüglich Dauerzuschlag.

#### D.3.4.4 Erschwerende und mildernde Umstände (Art. 5 und 6 SVKG)

462. Gemäss Art. 5 Abs. 1 Bst. b SVKG ist die erwähnte Zwischensumme von Basisbetrag und Dauerzuschlag insbesondere dann zusätzlich zu erhöhen, wenn das Unternehmen mit dem zu beurteilenden Verstoss einen Gewinn erzielt hat, der nach objektiver Ermittlung besonders hoch ausgefallen ist.

463. Die Vorzugskonditionen der Deponie Höli Liestal AG führten dazu, dass die bevorzugten Aktionärinnen in den nachgelagerten Märkten gegenüber ihren Konkurrentinnen einen Vorteil hatten. Deshalb ist davon auszugehen, dass die in den nachgelagerten Märkten tätigen Aktionärinnen von diesen Vorzugskonditionen profitierten. Weil die Deponie Höli Liestal AG selber nicht in den nachgelagerten Märkten tätig ist, hat sie selber durch die Gewährung von Vorzugskonditionen keine objektiv nachweisbaren besonders hohen Gewinne erzielt. Die hohen Gewinne der Deponie Höli Liestal AG (Rz 189 ff.) sind jedenfalls in erster Linie auf die fehlenden Ausweichmöglichkeiten der Marktgegenseite und nicht auf die Gewährung von Vorzugskonditionen an ihre Aktionärinnen oder die Annahmerestriktionen gegenüber Nichtaktionären zurückzuführen. Weil das Innehaben einer

<sup>458</sup> RPW 2020/3a 1219 Rz 520, *Kommerzialisierung von elektronischen Medikamenteninformationen*; RPW 2014/4, 702 Rz 238, *Preispolitik und andere Verhaltensweisen*.

<sup>459</sup> BGer, 2C\_484/2010 vom 29. Juni 2012 E. 12.3.4 (nicht publiziert in BGE 139 I 72).

<sup>460</sup> Die Annahmerestriktionen der Deponie Höli Liestal AG gegenüber den Nichtaktionären dauerte deutlich weniger lange als die genannten 11 Jahre (vgl. Rz 299 ff.). Dieser Tatsache wurde bereits bei der Bemessung der Art und Schwere des Verstosses Rechnung getragen (vgl. Rz 453).

marktbeherrschenden Stellung kein Verstoss ist, sind die hohen Gewinne der Deponie Höli Liestal AG bei der Sanktionsbemessung nicht als erschwerender Umstand zu berücksichtigen. Weil auch keine anderen erschwerenden Umstände vorliegen, bleibt die Zwischensumme nach Berücksichtigung der erschwerenden Umstände im Sinne von Art. 5 SVKG unverändert bei 1 829 798 Franken.

464. Gemäss Art. 6 Abs. 1 SVKG wird die Zwischensumme aus Basisbetrag und Dauerzuschlag insbesondere dann vermindert, wenn das Unternehmen die Wettbewerbsbeschränkung nach dem ersten Eingreifen des Sekretariats, spätestens aber vor der Eröffnung eines Verfahrens beendet. Der Zweck dieser Vorschrift besteht insbesondere darin, einen Anreiz für die selbständige Beendigung von Wettbewerbsbeschränkungen ohne behördliche Intervention zu schaffen.

465. Die vorliegende Untersuchung wurde am 7. Juni 2021 eröffnet. Weil das bewilligte Deponievolumen am 12. Mai 2021 erreicht war, stellte die Deponie Höli Liestal AG zu diesem Zeitpunkt ihren Betrieb ein. Dabei handelte es sich aber nicht um einen bewussten Entschluss, die vorliegende Wettbewerbsbeschränkung einzustellen, sondern lediglich um eine vorübergehende Einstellung des Betriebs. Hingegen beschloss der Verwaltungsrat am 27. Mai 2021, den Aktionärinnen nach der Wiedereröffnung der Deponie keine Preisvergünstigungen mehr zu gewähren (vgl. Rz 239). Bereits vorher wurden die Annahmerestriktionen für Nichtaktionäre aufgehoben. Ab dem 25. Januar 2021 waren die Nichtaktionäre in Bezug auf den Zugang zur Deponie Höli wieder mit den Aktionärinnen gleichgestellt (vgl. Rz 303). Damit wurde die vorliegend zu beurteilende Wettbewerbsbeschränkung vor Eröffnung der Untersuchung beendet. Deshalb ist gestützt auf Art. 6 Abs. 1 SVKG eine Reduktion der Sanktion um 10 % angemessen.

466. Da keine weiteren mildernden Umstände im Sinne von Art. 6 SVKG vorliegen, ist die Zwischensumme von Basisbetrag und Dauerzuschlag nach Berücksichtigung der erschwerenden und der mildernden Umstände gemäss Art. 5 und 6 SVKG um 10 % bzw. [141 120–211 680] Franken von [1 411 200–2 116 800] Franken auf [1 270 080–1 905 120] Franken zu reduzieren.

#### D.3.4.5 Maximalsanktion

467. Die Sanktion beträgt in keinem Fall mehr als 10 % des in den letzten 3 Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Gesamtumsatzes des Unternehmens (Art. 49a Abs. 1 KG und Art. 7 SVKG). Diese Maximalsanktion wird im vorliegenden Fall nicht überschritten (zu den Umsätzen der Deponie Höli Liestal AG vgl. Tabelle 18 oben).

#### D.3.4.6 Vollständiger Erlass der Sanktion (Art. 8–14 SVKG)

468. Wenn ein Unternehmen der WEKO seine Beteiligung an einer Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Art. 5 Abs. 3 und 4 KG anzeigt, ist gemäss Art. 8 Abs. 1 SVKG grundsätzlich ein vollständiger Erlass der Sanktion möglich, sofern die in Art. 8 Abs. 2–4 SVKG definierten Bedingungen erfüllt sind. Gemäss Art. 8 Abs. 2 Bst. a SVKG ist insbesondere dann kein Erlass der Sanktion möglich, wenn das sanktionierte Unternehmen

eine führende Rolle im zu beurteilenden Wettbewerbsverstoss eingenommen hat.

469. Die Deponie Höli Liestal AG hat der WEKO zwar den vorliegend zu beurteilenden Verstoss angezeigt. Es handelt sich aber nicht um einen Verstoss gegen Art. 5 Abs. 3 oder Abs. 4 KG, für welchen Art. 8 Abs. 1 SVKG die Möglichkeit eines vollständigen Sanktionserlasses vorsieht. Vielmehr handelt es sich um einen Verstoss gegen Art. 7 KG. Ausserdem ist im vorliegenden Fall nur ein einziges Unternehmen am Verstoss beteiligt, nämlich das sich unzulässig verhaltende marktbeherrschende Unternehmen. Deshalb kommt diesem Unternehmen – vorliegend der Deponie Höli Liestal AG – eine führende Rolle im Sinne von Art. 8 Abs. 2 Bst. a SVKG zu. Die in Art. 8 SVKG genannten Voraussetzungen für den vollständigen Erlass der Sanktion sind somit vorliegend nicht erfüllt.

#### D.3.4.7 Reduktion der Sanktion (Art. 12–14 SVKG)

470. Obwohl ein vollständiger Erlass der Sanktion bei Verstössen gegen Art. 7 KG aus den genannten Gründen grundsätzlich nicht möglich ist,<sup>461</sup> kommt auch bei solchen Verstössen die in Art. 12–14 SVKG vorgesehene Möglichkeit der Reduktion der Sanktion in Betracht.<sup>462</sup> Gemäss Art. 12 Abs. 1 SVKG reduziert die WEKO die Sanktion, wenn ein Unternehmen an einem Verfahren unaufgefordert mitgewirkt und im Zeitpunkt der Vorlage der Beweismittel die Teilnahme am betreffenden Wettbewerbsverstoss eingestellt hat. Auf die Möglichkeit der Sanktionsreduktion nach Art. 12 SVKG bei Verstössen gegen Art. 7 KG hat das Sekretariat namentlich in seinem Merkblatt «*Bonusregelung (Selbstanzeige)*» vom 8. September 2014 hingewiesen. Danach sind jedoch auch in Fällen von Art. 7 KG hohe Anforderungen an die Selbstanzeige zu stellen, zumal massgebliche Beweismittel meist nur beim anzeigenden Unternehmen selbst vorliegen. Das anzeigende Unternehmen hat insbesondere hinreichend konkrete Angaben zu seiner Marktstellung, zur Art des Missbrauchs (konkrete Verhaltensweise und Motive dafür) sowie zum Fehlen von sachlichen Gründen zu machen.<sup>463</sup> Sind diese Voraussetzungen erfüllt, kann die Sanktion gemäss Art. 12 Abs. 2 SVKG um bis zu 50 % reduziert werden. Für die Bemessung der Höhe der Sanktionsreduktion ist die Wichtigkeit des Beitrags des Unternehmens zum Verfahrenserfolg massgebend.

471. Die in Art. 12 Abs. 1 SVKG genannten Voraussetzungen für eine Reduktion der Sanktion sind vorliegend erfüllt. Die Deponie Höli Liestal AG hat kurz nach Eröffnung der Untersuchung eine Selbstanzeige eingereicht.

<sup>461</sup> So auch Merkblatt des Sekretariats «*Bonusregelung (Selbstanzeige)*» vom 8.9.2014, Rz 21a.

<sup>462</sup> Die SVKG stützt sich insbesondere auf Art. 49a Abs. 2 KG. Dort ist die Möglichkeit der ganzen oder teilweisen Reduktion der Sanktion vorgesehen, wenn ein Unternehmen an der Aufdeckung und Beseitigung der Wettbewerbsbeschränkung mitwirkt. Da sich Art. 49a auf alle sanktionierbaren Wettbewerbsbeschränkungen bezieht, sind die in der SVKG enthaltenen entsprechenden Konkretisierungen grundsätzlich auch auf Verstösse gegen Art. 7 anwendbar (vgl. CHRISTOPH TAGMANN/BEAT ZIRLICK, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2. Aufl. 2021, Art. 49a N 127 ff.).

<sup>463</sup> Merkblatt des Sekretariats «*Bonusregelung (Selbstanzeige)*» vom 8.9.2014, Rz 21a.

Sie hat der Behörde freiwillig relevante Beweismittel zur Verfügung gestellt. Ausserdem hat die Deponie Höli Liestal AG den Wettbewerbsverstoss zum Zeitpunkt der Vorlage der Beweismittel eingestellt. Deshalb kann die WEKO die Sanktion gemäss Art. 12 Abs. 2 SVKG um bis zu 50 % reduzieren.

472. Den vorliegend zu beurteilenden Verstoss zeigte der Kanton Basel-Landschaft als erstes an. Deshalb handelt es sich bei der Selbstanzeige der Deponie Höli Liestal AG nicht um eine sogenannte Eröffnungs-, sondern um eine Feststellungskooperation. Weil der Kanton Basel-Landschaft bereits umfangreiche Beweismittel eingereicht hatte, waren der Behörde die Grundzüge des vorliegend untersuchten Verstosses zum Zeitpunkt der Einreichung der Selbstanzeige der Deponie Höli Liestal AG bereits bekannt.

473. Trotzdem leistete die Deponie Höli Liestal AG mit ihrer Selbstanzeige einen Beitrag zum Verfahrenserfolg. Sie reichte insbesondere sämtliche Protokolle der Verwaltungsratssitzungen der Deponie Höli Liestal AG ein. Aus diesen Dokumenten kann insbesondere entnommen werden, zu welchen Preisen die Aktionärinnen der Deponie Höli Liestal AG deponieren konnten. Ebenso geben die Protokolle die Verwaltungsratsbeschlüsse der Deponie Höli Liestal AG über die Annahmerestriktionen gegenüber Nichtaktionären im Herbst 2020 wieder. Ausserdem reichte sie die Jahresberichte für den Zeitraum 2010–2020 ein. Diese konnten zur Untersuchung von Kosten, Umsätzen und Margen der Deponie Höli Liestal AG herangezogen werden. Die erwähnten eingereichten Beweismittel lagen der Behörde zum Zeitpunkt des Eingangs der Selbstanzeige noch nicht vor. Zwar hätte die Behörde diese Informationen auch ohne Selbstanzeige beschaffen können, dadurch wäre aber der Ermittlungsaufwand höher ausgefallen, zumal die Selbstanzeige kurz nach Untersuchungseröffnung einging. Die Vertreter der Deponie Höli Liestal AG leisteten zudem im Rahmen ihrer mündlichen Ergänzungen zur Selbstanzeige einen Beitrag zur Klärung des Sachverhalts.

474. Insbesondere in Bezug auf die Annahmerestriktionen gegenüber Nichtaktionären im Herbst 2020 kann die Kooperation der Deponie Höli Liestal AG jedoch nicht als vollständig bezeichnet werden. Diesbezüglich legte sie der Behörde diverse relevante Dokumente nicht vor,

obwohl sich diese in ihrem Machtbereich befanden. Nicht eingereicht hat sie namentlich die Anweisungen an die operative Betriebsführung zur Umsetzung der Annahmerestriktionen (Act. II.A.18.3b) sowie die interne Korrespondenz und den Verwaltungsratsbeschluss betreffend die Kontingentierung für Nichtaktionäre ab Januar 2021 (Act. II.A.18.3d und Act. II.A.18.3f). Diese Dokumente stellte der Kanton Basel-Landschaft zur Verfügung. Darüber hinaus brachte die Deponie Höli Liestal AG vor, dass den Nichtaktionären nach Einführung der Annahmerestriktionen im September 2020 ein Kontingent von 5000 Tonnen pro Monat zur Verfügung gestanden habe.<sup>464</sup> Ebenso behauptete sie, dass im Herbst 2020 auch den Aktionärinnen keine neuen EGI-Genehmigungen erteilt worden seien.<sup>465</sup> Beide Vorbringen erwiesen sich als unzutreffend. Allerdings hätte ein Verstoss vorliegend auch ohne die nicht eingereichten Beweismittel und trotz der unzutreffenden Sachverhaltsvorbringen festgestellt werden können. Ferner handelte es sich weder bei den nicht eingereichten Beweismitteln noch bei den einzelnen Umständen im Zusammenhang mit den Annahmerestriktionen um Informationen, welche ausschliesslich der Selbstanzeigerin vorlagen.

475. Vor diesem Hintergrund ist vorliegend eine Reduktion der Sanktion von 40 % angemessen. Deshalb ist die Zwischensumme aus Basisbetrag und Dauerzuschlag abzüglich der Reduktion um 10 % aufgrund mildernder Umstände im Sinne von Art. 6 SVKG um 40 % bzw. [508 032–762 048] Franken auf [762 048–1 143 072] Franken zu reduzieren.

#### D.3.4.8 Verhältnismässigkeitsprüfung

476. Der vorliegend festgesetzte Sanktionsbetrag ist für die Deponie Höli Liestal AG tragbar und steht mit dem Verhältnismässigkeitsprinzip im Einklang.

#### D.3.4.9 Ergebnis

477. Aufgrund der genannten Erwägungen und unter Würdigung aller Umstände sowie der genannten sanktionserhöhenden und -mildernden Faktoren erachtet die Behörde eine Verwaltungssanktion in der Höhe von [762 048–1 143 072] Franken als dem Verstoss der Deponie Höli Liestal AG gegen Art. 49a Abs. 1 KG angemessen (vgl. Tabelle 19).

Tabelle 19: Sanktion der Deponie Höli Liestal AG.

Position	Betrag
Basisbetrag (4 %)	Fr. [672 200–1 008 000]
Dauerzuschlag (110 %)	Fr. [739 200–1 108 800]
Mildernde Umstände (-10 %)	Fr. -[141 120–211 680]
Zwischensumme	Fr. [1 270 080–1 905 120]
Selbstanzeige (-40 %)	Fr. -[508 032–762 048]
<b>Sanktion</b>	<b>Fr. [762 048–1 143 072]</b>

<sup>464</sup> Act. IV.8, Rz 37; vgl. auch Act. III.3, Zeilen 304 f. und 314 (Aussagen von [N4]).

<sup>465</sup> Vgl. Act. IV.8, Rz 36.

## E Kosten

### E.1 Gebührenpflicht

478. Nach Art. 53a Abs. 1 Bst. a KG i.V.m. Art. 2 Abs. 1 GebV-KG<sup>466</sup> ist gebührenpflichtig, wer ein Verwaltungsverfahren verursacht hat.

479. Im Untersuchungsverfahren nach Art. 27 ff. KG besteht eine Gebührenpflicht, wenn eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung bejaht wird oder wenn sich die Parteien unterziehen. Als Unterziehung gilt insbesondere, wenn ein oder mehrere Unternehmen, welche aufgrund ihres möglicherweise unzulässigen wettbewerbsbeschränkenden Verhaltens ein Verfahren ausgelöst haben, das beanstandete Verhalten aufgeben und das Verfahren als gegenstandslos eingestellt wurde.<sup>467</sup> Vorliegend ist die Deponie Höli Liestal AG gebührenpflichtig.

### E.2 Höhe der Verfahrenskosten

480. Die Höhe der Verfahrenskosten sind auf der Grundlage der von der Behörde für das Verfahren aufgewendeten Stunden zu berechnen. Nach Art. 4 Abs. 2 GebV-KG gilt dabei ein Stundenansatz von 100–400 Franken. 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).

481. Die aufgewendete Zeit beträgt vorliegend insgesamt 977 Stunden. Aufgeschlüsselt nach den Stundenansätzen ergeben sich folgende Verfahrenskosten:

- 70 Stunden zu 130 Franken, ergebend 9 100 Franken.
- 840 Stunden zu 200 Franken, ergebend 168 000 Franken.
- 67 Stunden zu 290 Franken, ergebend 19 430 Franken.

482. Die Verfahrenskosten belaufen sich demnach auf 196 530 Franken. Diese Verfahrenskosten sind der Deponie Höli Liestal AG aufzuerlegen.

## F Ergebnis

483. Zusammenfassend kommt die WEKO gestützt auf die vorstehenden Erwägungen zu den folgenden Ergebnissen:

484. Die Deponie Höli Liestal AG verfügte in ihrem Kerneinzugsgebiet im Markt für die Entgegennahme von nichtwiederverwertbaren Abfällen des Typs B im Zeitraum 2010–2021 über eine marktbeherrschende Stellung im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG (Rz 349 ff.).<sup>468</sup>

485. Durch die Gewährung von Vorzugskonditionen an ihre Aktionärinnen und Annahmerestriktionen gegenüber Nichtaktionären hat sich die Deponie Höli Liestal AG unzulässig im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. b i.V.m. Art. 7 Abs. 1 KG verhalten. Der genannte Verstoss dauerte von 2010–2021 (Rz 377 ff.).

486. Gestützt auf Art. 49a Abs. 1 KG ist dieser Missbrauch zu sanktionieren (Rz 434 ff.). Unter Würdigung aller Umstände und der zu berücksichtigenden sanktionserhöhenden und -mildernden Faktoren ist eine Be-

lastung der Deponie Höli Liestal AG mit einem Betrag von [762 048–1 143 072] Franken angemessen (Art. 49a Abs. 1 KG, Art. 2 ff. SVKG, vgl. Rz 447 ff.).

487. Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind der Deponie Höli Liestal AG Verfahrenskosten in der Höhe von insgesamt 196 530 Franken aufzuerlegen (Rz 480 ff.).

## G Dispositiv

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

1. Wegen Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung gemäss Art. 7 Abs. 2 Bst. b i.V.m. Art. 7 Abs. 1 KG wird die Deponie Höli Liestal AG mit einer Sanktion nach Art. 49a Abs. 1 KG von [762 048–1 143 072] Franken belastet.
2. Die Verfahrenskosten nach Art. 53a Abs. 1 Bst. a KG i.V.m. Art. 2 Abs. 1 GebV-KG betragen 196 530 Franken und werden der Deponie Höli Liestal AG auferlegt.

Die Verfügung ist zu eröffnen gegenüber der Deponie Höli Liestal AG, Industriestrasse 7, 4410 Liestal, vertreten durch [...].

[Rechtsmittelbelehrung]

## H Appendix

Verteilung der Fahrzeit bei Mischabbruch im Vergleich zu anderen Abfällen des Typs B

Abbildung 11: **Verteilung der Fahrzeit Herkunftsort-Höli, Mischabbruch, 2011–2021.**

[...]

Quelle: Act. II.B.15 (EGI-Daten des Kantons Basel-Landschaft); here.com (Fahrzeiten).

Abbildung 12: **Verteilung der Fahrzeit Herkunftsort-Höli, Typ B ohne Mischabbruch, 2011–2021.**

[...]

Quelle: Act. II.B.15 (EGI-Daten des Kantons Basel-Landschaft); here.com (Fahrzeiten).

Herkunft von Abfällen des Typs A

Abbildung 13: **Bewilligte Mengen nach Herkunftsgemeinde, Typ A, 2011–2021.**

[...]

Quelle: Act. II.B.15 (EGI-Daten des Kantons Basel-Landschaft); Swisstopo.

Veränderungen der Fahrzeiten durch die Definition des Einzugsgebiets vom 1. Mai 2019

<sup>466</sup> Verordnung vom 25.2.1998 über die Gebühren zum Kartellgesetz (Gebührenverordnung KG, GebV-KG; SR 251.2).

<sup>467</sup> BGE 128 II 247, 257 f. E. 6.1, *BKW FMB Energie AG*; Art. 3 Abs. 2 Bst. b und c GebV-KG e contrario.

<sup>468</sup> Folglich untersteht die Deponie Höli Liestal AG künftig der umsatzunabhängigen Meldepflicht für Zusammenschlussvorhaben nach Art. 9 Abs. 4 KG.

488. Die Festlegung eines Einzugsgebiets durch die Deponie Höli Liestal AG am 1. Mai 2019 (vgl. Rz 147) hatte einen Einfluss auf die in den EGI-Daten eingetragenen Herkunftsgemeinden. Seit dem 1. Mai 2019 wurden praktisch keine Gesuche mehr mit ausserhalb des in Abbildung 6 eingetragenen Einzugsgebiets bewilligt. Im Gegensatz dazu stammten im Zeitraum vom 7. Oktober 2011–30. April 2021 etwas weniger als 10 % der zur Entsorgung in der Deponie Höli bewilligten Mengen aus Gemeinden, die ausserhalb des seit 1. Mai 2019 geltenden Einzugsgebiets liegen. Abbildung 14 kann entnommen werden, aus welchen Gemeinden die von ausserhalb des Einzugsgebiets bewilligten Mengen stammen. Abbildung 14 entspricht Abbildung 4, ausser dass zusätzlich das seit dem 1. Mai 2019 geltende Einzugsgebiet in Weiss eingezeichnet ist.

Abbildung 14: Herkunft Abfälle Typ B 2011–2021 und Einzugsgebiet vom 1.5.2019.

[...]

Quelle: Act. II.B.15 (EGI-Daten des Kantons Basel-Landschaft); Swisstopo.

489. Auch die Verteilung der Fahrzeiten zwischen Herkunftsort und Deponie Höli (vgl. Abbildung 3 oben) veränderte sich nach der Einschränkung des Einzugsgebiets ab dem 1. Mai 2019. Nach dem 1. Mai 2019

stammt im Vergleich zum vorangehenden Zeitraum ein grösserer Anteil der in der Deponie Höli entsorgten Abfälle aus einem kleineren Gebiet. Die Verteilung der Fahrzeit zwischen Herkunftsort und der Deponie Höli ist in Abbildung 15 für den Zeitraum vom 7. Oktober 2011–1. Mai 2019 und in Abbildung 16 für den Zeitraum vom 1. Mai 2019–12. Mai 2021 dargestellt. Zur Zuordnung der Bewilligungen zu einem der beiden Zeiträume wurde das in den EGI-Daten enthaltene Bewilligungsdatum herangezogen.

Abbildung 15: Verteilung der Fahrzeit Herkunftsort-Höli, Abfälle Typ B vor 1.5.2019.

[...]

Quelle: Act. II.B.15 (EGI-Daten des Kantons Basel-Landschaft); here.com (Fahrzeiten).

Abbildung 16: Verteilung der Fahrzeit Herkunftsort-Höli, Abfälle Typ B, nach 1.5.2019.

[...]

Quelle: Act. II.B.15 (EGI-Daten des Kantons Basel-Landschaft); here.com (Fahrzeiten).



B 2	<b>3. Unternehmenszusammenschlüsse</b> Concentrations d'entreprises Concentrazioni di imprese
B 2.3	<b>1. Permira/BCP/Adevinta</b>

*Vorläufige Prüfung; Art. 4 Abs. 3, Art. 10 und Art. 32 Abs. 1 KG<sup>1</sup>*

*Examen préalable; art. 4 al. 3, art. 10 et art. 32 al. 1 LCart*

*Esame preliminare; art. 4 cpv. 3, art. 10 e art. 32 cpv. 1 LCart*

*Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 9. Februar 2024*

*Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU<sup>2</sup> vom 12. Februar 2024*

1. Am 23. Januar 2024 hat die Wettbewerbskommission (WEKO) die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Diese Meldung betrifft den Erwerb von gemeinsamer Kontrolle über Adevinta ASA (Adevinta) durch bestimmte von Permira und Blackstone Inc. (Blackstone) in letzter Instanz kontrollierte Fonds.

2. Die beteiligten Unternehmen sind in folgenden Geschäftsbereichen tätig:

- Die Hauptgeschäftstätigkeit von Permira besteht aus dem Verwalten und Beaufsichtigen der Tätigkeiten der Permira-Gruppe. Diese erbringt im Wesentlichen Investitions- und weitere Beratungsdienstleistungen für die Permira-Fonds, deren Partner und Fonds-Verwalter.
- Blackstone ist eine weltweit tätige Vermögensverwaltungsgesellschaft.
- Adevinta ist eine weltweit tätige Betreiberin von Online-Rubrikanzeigenplattformen mit einem diversifizierten Portfolio von solchen Plattformen in der Europäischen Union (Österreich, Belgien, Frankreich, Deutschland, Irland, Italien, Niederlande und Spanien) sowie in Kanada und Brasilien.

3. Die vorläufige Prüfung hat keine Anhaltspunkte ergeben, dass der Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken wird. Die Voraussetzungen für die Einleitung einer Prüfung nach Art. 10 KG sind daher nicht gegeben.

<sup>1</sup> Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251).

<sup>2</sup> Verordnung vom 17. Juni 1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU; SR 251.4).

B 2.3	<b>2. Permira Holdings Limited/Hg Pooled Management Limited/GGW Group GmbH</b>
-------	--

*Vorläufige Prüfung; Art. 4 Abs. 3, Art. 10 und Art. 32 Abs. 1 KG*

*Examen préalable; art. 4 al. 3, art. 10 et art. 32 al. 1 LCart*

*Esame preliminare; art. 4 cpv. 3, art. 10 e art. 32 cpv. 1 LCart*

*Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 29. Februar 2024*

*Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU vom 4. März 2024*

1. Am 19. Februar 2024 hat die Wettbewerbskommission die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Danach beabsichtigen die Permira Holdings Limited (Permira) und die Hg Pooled Management Limited (Hg) indirekt gemeinsame Kontrolle im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG über die GGW Group GmbH (GGW) zu erwerben.

2. Die beteiligten Unternehmen sind in folgenden Geschäftsbereichen tätig:

- Permira investiert als Private Equity-Unternehmen vor allem in Gesellschaften, die im Technologie-, Verbraucher-, Gesundheits- und/oder Dienstleistungssektor tätig sind.
- Hg investiert als Private Equity-Unternehmen in europäische und transatlantische Software- und Dienstleistungsgesellschaften.
- GGW ist eine Anbieterin von Versicherungsvermittlungsdienstleistungen für kleine und mittlere Unternehmen.

3. Die vorläufige Prüfung hat keine Anhaltspunkte ergeben, dass der Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken wird. Die Voraussetzungen für eine Prüfung des Zusammenschlusses nach Art. 10 KG sind daher nicht gegeben.

B 2.3

**3. Volvo/Renault/JV**

*Vorläufige Prüfung; Art. 4 Abs. 3, Art. 10 und Art. 32 Abs. 1 KG*

*Examen préalable; art. 4 al. 3, art. 10 et art. 32 al. 1 LCart*

*Esame preliminare; art. 4 cpv. 3, art. 10 e art. 32 cpv. 1 LCart*

*Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 30. Januar 2024*

*Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU vom 30. Januar 2024*

1. Am 11. Januar 2024 hat die Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Dieses betrifft die Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens FlexEco SAS (nachfolgend: GU) durch die Aktiebolaget Volvo (nachfolgend: Volvo) – indirekt über die Volvo Business Services International AB – einerseits und die Renault S.A. (nachfolgend: Renault) – indirekt über die Renault s.a.s. – andererseits.

2. Die beteiligten Unternehmen sind in folgenden Geschäftsbereichen tätig:

- Volvo ist weltweit in der Entwicklung, der Herstellung und dem Vertrieb von Lastwagen, Bussen, Baumaschinen, Schiffs-, Strassen- und Industriebmotoren sowie von Finanzdienstleistungen im Zusammenhang mit dem Erwerb von ihren Produkten tätig.
- Renault ist weltweit in der Entwicklung, der Herstellung und dem Vertrieb von Personenkraftwagen, leichten Nutzfahrzeugen und Ersatzteilen sowie in der Erbringung von Dienstleistungen im Zusammenhang mit dem Erwerb von Fahrzeugen tätig.

3. Das GU soll in der Entwicklung, der Herstellung und dem Vertrieb eines elektrischen leichten Nutzfahrzeuges (LCV) und den dazugehörigen Logistikdienstleistungen tätig sein.

4. Die vorläufige Prüfung hat keine Anhaltspunkte ergeben, dass der Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken wird. Die Voraussetzungen für eine Prüfung des Zusammenschlusses nach Art. 10 KG sind daher nicht gegeben.

B 2.3	<b>4. Blackstone Inc./Vista Equity Partners Management, LLC/Simulation Software Holding Company Pty Ltd</b>
-------	---

*Vorläufige Prüfung; Art. 4 Abs. 3, Art. 10 und Art. 32 Abs. 1 KG*

*Examen préalable; art. 4 al. 3, art. 10 et art. 32 al. 1 LCart*

*Esame preliminare; art. 4 cpv. 3, art. 10 e art. 32 cpv. 1 LCart*

*Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 2. Februar 2024*

*Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU vom 2. Februar 2024*

1. Am 12. Januar 2024 hat die Wettbewerbskommission (WEKO) die Anmeldung eines Zusammenschlussvorhabens erhalten, durch das die Unternehmen Blackstone Inc. (Blackstone) und Vista Equity Partners Management, LLC (Vista) die gemeinsame Kontrolle über die Gesamtheit des Unternehmens Simulation Software Holding Company Pty Ltd, der Muttergesellschaft der Energy Exemplar-Gruppe (Energy Exemplar), durch Aktienkauf erwerben werden.

2. Die beteiligten Unternehmen sind in folgenden Geschäftsbereichen tätig:

- Das Vermögensverwaltungsgeschäft von Blackstone umfasst Investmentvehikel auf globaler Ebene mit Fokus auf die Bereiche Immobilien, Private Equity, Infrastruktur, Biowissenschaften, Wachstum, Aktien, Kredite, Sachwerte und Sekundärfonds.
- Vista ist ein in den USA ansässiges Private-Equity-Unternehmen, das sich auf die Finanzierung von Unternehmen in den Bereichen Software, Daten und Technologie konzentriert.
- Das Hauptprodukt von Energy Exemplar ist die Software- und Cloud-Plattform PLEXOS, ein Analyse- und Simulationsprogramm, das der Modellierung und Vorhersage von Energiedaten (wie Strom, Wasser, Gas und erneuerbare Energien) dient. Das Angebot von Energy Exemplar umfasst auch weitere Softwareprodukte betreffend Verarbeitung, Analyse und Vorhersage von Energiedaten.

3. Die vorläufige Prüfung hat keine Anhaltspunkte ergeben, dass der Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken wird. Die Voraussetzungen für eine Prüfung des Zusammenschlusses nach Art. 10 KG sind daher nicht gegeben.

B 2.3

**5. WINVEST 16 S.A.S./IK Investment Partners S.À.R.L.**

*Vorläufige Prüfung; Art. 4 Abs. 3, Art. 10 und Art. 32 Abs. 1 KG*

*Examen préalable; art. 4 al. 3, art. 10 et art. 32 al. 1 LCart*

*Esame preliminare; art. 4 cpv. 3, art. 10 e art. 32 cpv. 1 LCart*

*Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 25. Januar 2024*

*Mitteilung gemäss Art. 16 VKU vom 29. Januar 2024*

1. Am 28. Dezember 2023 hat die Wettbewerbskommission (**WEKO**) die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben (**Meldung**) erhalten. Danach beabsichtigt Wendel S.E. (**Wendel**) (über WINVEST 16 S.A.S. (hundertprozentige Tochtergesellschaft von Wendel) als Käuferin und Wendel als Garantiegeberin) den Erwerb der alleinigen Kontrolle über IK Investment Partners S.À.R.L. (**IK Partners**).

2. Die beteiligten Unternehmen sind in folgenden Geschäftsbereichen tätig:

- Wendel als Investmentgesellschaft über ihre Portfoliogesellschaften in den Bereichen
  - Erbringung von Dienstleistungen zur Bekämpfung von Geldwäscherei und Finanzkriminalität und zu Zertifizierung und Verifizierung
  - Design und Produktion von flexiblen Verpackungslösungen
  - Schulungsdienste für Krisenmanagement
  - Beratung zu digitaler Transformation, Projektmanagement und betriebliche Leistung
  - Spezialformulierungen für Beschichtungen und Oberflächenbehandlungen
- IK Partners als Private-Equity-Fonds über ihre Portfoliounternehmen in den Bereichen Unternehmensdienstleistungen, Gesundheitswesen, Konsumgüter und Industrie.

3. Die vorläufige Prüfung hat keine Anhaltspunkte ergeben, dass der Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken wird. Die Voraussetzungen für eine Prüfung des Zusammenschlusses nach Art. 10 KG sind daher nicht gegeben.

B 2.3

**6. Transgourmet/Pomona Suisse**

*Vorläufige Prüfung; Art. 4 Abs. 3, Art. 10 und Art. 32 Abs. 1 KG*

*Examen préalable; art. 4 al. 3, art. 10 et art. 32 al. 1 LCart*

*Esame preliminare; art. 4 cpv. 3, art. 10 e art. 32 cpv. 1 LCart*

*Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 20. Dezember 2023*

*Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU vom 20. Dezember 2023*

1. Am 29. November 2023 hat die Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Dieses betrifft den Erwerb der alleinigen Kontrolle von Transgourmet Schweiz AG (nachfolgend: Transgourmet) über das Zielunternehmen Pomona Suisse AG (nachfolgend: Pomona Suisse).

2. Transgourmet mit Sitz in Basel ist eine Tochtergesellschaft der Transgourmet Holding AG (nachfolgend: Transgourmet-Gruppe), ebenfalls mit Sitz in Basel. Die Transgourmet-Gruppe wird durch die Coop-Gruppe kontrolliert. Sie ist im Grosshandel mit Lebensmitteln im In- und Ausland tätig und bietet über Transgourmet in der Schweiz ein umfassendes Sortiment von Frischprodukten, haltbaren Nahrungsmitteln, Getränken sowie angrenzenden Non-Food-Produkten an. In der Schweiz sind die wichtigsten Vertriebskanäle von Transgourmet die unter der Marke Prodega betriebenen Abholgrossmärkte sowie in geringerem Umfang die Belieferung des unabhängigen Detailhandels (Convenience Shops, Dorfläden, Kioske, Metzgereien und Verkaufsstellen von Bäckereien) und von Gastronomiebetrieben (Hotels, Restaurants, Cafés, Heime, Spitäler und Kantinen).

3. Pomona Suisse mit Sitz in Kloten (ZH) ist eine Tochtergesellschaft der Pomona SA mit Sitz in Frankreich. Pomona Suisse kontrolliert vier in der Schweiz ansässige Aktiengesellschaften: die DMFD SA, die Gastromer SA, die E.J. Gmür AG und die MultiFood SA. Pomona Suisse ist mit diesen Tochtergesellschaften im Belieferungsgrosshandel mit Nahrungsmitteln und angrenzenden Non-Food-Produkten für die Gastronomie (Hotels, Restaurants, Cafés, Heime, Spitäler und Kantinen) und den Detailhandel (Convenience Shops, Kioske, Bäckereien usw.) tätig.

4. Mit dem Zusammenschlussvorhaben bezweckt die Transgourmet, durch die Kombination von Logistikstrukturen von Pomona Suisse mit denjenigen von Transgourmet Effizienzvorteilen zu generieren und Kosteneinsparungen bei der Belieferung von gemeinsamen Kunden zu erzielen. Zudem erhofft sich Transgourmet zusätzlichen Umsatz mit Kunden und Kundinnen von Pomona Suisse, da diesen mit der Transaktion ein breiteres Sortiment über verschiedene Nahrungsmittel- und Non-Food-Segmente hinweg angeboten werden kann.

Die Pomona SA strebt mit dem Verkauf der vergleichsweise kleinen Schweizer Geschäftssparte eine Fokussierung auf ihre Präsenz in Frankreich und Spanien an.

5. Transgourmet und die Pomona SA vereinbarten, dass Transgourmet nach Vollzug der Transaktion 100 % der Anteile und damit die alleinige Kontrolle über das Zielunternehmen Pomona Suisse erwirbt. Im Ergebnis stellt die Transaktion einen Unternehmenszusammenschluss im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG dar.

6. Die Coop-Gruppe und das Zielunternehmen Pomona Suisse erzielten im Geschäftsjahr 2022 insgesamt einen auf die Schweiz entfallenden Umsatz von über CHF 500 Mio. und auch jeweils einen solchen von über CHF 100 Mio. schweizweit, womit die Umsatzschwellen gemäss Art. 9 Abs. 1 KG erreicht sind und das vorliegende Zusammenschlussvorhaben meldepflichtig ist.

7. Die nachfolgende Analyse beschränkt sich auf Märkte in den Bereichen, in welchem das Zielunternehmen Pomona Suisse tätig ist und sich die Wettbewerbssituation durch eine Marktanteilsaddition ändern könnte. Konkret handelt es sich um Grosshandelsmärkte.

8. Der Grosshandel versorgt die klassische Gastronomie (Restaurants, Hotels), die Betriebs- und Gemeinschaftsgastronomie (industrielle Betriebe wie Spitäler, Kantinen, Heime) sowie unabhängige (Klein-)Detailisten mit Gütern des täglichen Bedarfs. Zum Grosshandel gehören sowohl Anbieterinnen, welche Grossverbraucherinnen mit Produkten beliefern, als auch solche, bei denen Grossverbraucherinnen die Waren abholen.

9. Absatzseitig ging die WEKO in ihrer bisherigen Praxis von einem einheitlichen Grosshandelsmarkt aus, der sowohl den Abhol- als auch den Belieferungsgrosshandel umfasst. Sie schloss jedoch nicht aus, dass eine engere Marktabgrenzung in Abhol- und Belieferungsgrosshandelsmärkte vorgenommen werden könnte.<sup>1</sup> Auch Direktlieferungen (durch Herstellerinnen/Verarbeiterinnen, spezialisierte Lieferantinnen, Fachhändlerinnen etc.) zählt die WEKO zum Grosshandel.<sup>2</sup> Sie liess die Frage offen, ob der Grosshandelsmarkt nach Produktgruppen<sup>3</sup> zu segmentieren ist.<sup>4</sup> Nachfolgend wird absatzseitig von einem sachlich relevanten Grosshandelsmarkt ausgegangen. Die genaue sachliche Marktabgrenzung kann wie bis anhin offengelassen werden, da das Ergebnis der nachfolgenden Analyse bei jeder denkbaren sachlichen Marktabgrenzung dasselbe bleibt.

<sup>1</sup> RPW 2012/4 887 Rz 26 und Rz 32, *Migros/Angehrn (CCA)*.

<sup>2</sup> Vgl. u.a. RPW 2016/2, 555 Rz 7 f., *Lekkerland (Schweiz) AG/Grosshandelsgeschäft der Contadis AG*; RPW 2021/1, 278 Rz 9, *HEBA Food Holding AG/Saviva AG*.

<sup>3</sup> Vgl. u.a. RPW 2008/4, 603 Tabelle 3 für Produktgruppen, *Coop/Carrefour*.

<sup>4</sup> Vgl. u.a. RPW 2016/2, 556 Rz 12, *Lekkerland (Schweiz) AG/Grosshandelsgeschäft der Contadis AG*; RPW 2019/3b, 1022, Rz 13ff., *Transgourmet Holding AG/Emmi Frisch-Service AG*; RPW 2021/1, 278 Rz 10, *HEBA Food Holding AG/Saviva AG*.

10. Beschaffungsseitig bilden die Lieferantinnen von Food-, Non-Food- und Near-Food-Produkten des Grosshandelsmarkts die Marktgegenseite. Diesen Lieferantinnen stehen nebst der Belieferung des Grosshandels weitere Absatzkanäle zur Verfügung wie der Detailhandel und die Direktbelieferung von grossen (End-)Abnehmerinnen. Auf eine präzise Marktabgrenzung der Beschaffungsmärkte des Grosshandels, sei es bezüglich verschiedener Absatzkanäle der Lieferantinnen oder bezüglich Produktgruppen, wird vorliegend verzichtet, da das Ergebnis des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens bei jeder denkbaren diesbezüglichen sachlichen Marktabgrenzung dasselbe bleibt.<sup>5</sup>

11. Entsprechend der bisherigen Praxis der WEKO ist für den absatzseitigen Grosshandelsmarkt in räumlicher Hinsicht von nationalen Märkten auszugehen. Die Frage, ob bei einer allfälligen Segmentierung in Abhol- und Belieferungsgrosshandelsmärkte engere als nationale Märkte vorliegen würden, kann offengelassen werden, da Pomona Suisse nicht im Abholgrosshandel tätig ist und deshalb das Ergebnis der Analyse des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens bei jeder denkbaren räumlichen Marktabgrenzung dasselbe bleibt.<sup>6</sup>

12. Die WEKO ist in ihrer bisherigen Praxis zum Grosshandel beschaffungsseitig von nationalen Märkten ausgegangen, liess eine genaue (insbesondere weitere) räumliche Abgrenzung aber letztlich offen.<sup>7</sup> Vorliegend wird ebenfalls von nationalen Märkten ausgegangen. Eine genaue räumliche Abgrenzung kann offengelassen werden, da bei jeder denkbaren räumlichen Marktabgrenzung das Ergebnis der Analyse des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens dasselbe bleibt.

13. Auf dem schweizweiten absatzseitigen Grosshandelsmarkt schätzen die Parteien den gemeinsamen Marktanteil im Geschäftsjahr 2022 auf [10–20] %, davon entfällt auf Transgourmet (inkl. Coop-Gruppe) ein Marktanteil von [10–20] % und auf Pomona Suisse ein Marktanteil von [0–10] %. Bei einer hypothetischen Abgrenzung eines schweizweiten Belieferungsgrosshandelsmarktes schätzen die Parteien den gemeinsamen Marktanteil auf [0–10] %, davon entfällt auf Transgourmet (inkl. Coop-Gruppe) ein Marktanteil von [0–10] % und auf Pomona Suisse ein Marktanteil von [0–10] %.

14. Unabhängig von der genauen Marktabgrenzung der Beschaffungsmärkte kommt es auf den (Teil-)Märkten des beschaffungsseitigen Grosshandelsmarkts zu keinen betroffenen Märkten. Auf einem einheitlichen beschaffungsseitigen Grosshandelsmarkt schätzen die Parteien den gemeinsamen Marktanteil im Geschäftsjahr 2022 auf [10–20] %, davon entfällt auf Transgourmet (inkl. Coop-Gruppe) ein Marktanteil von [10–20] % und auf Pomona Suisse ein Marktanteil von [0–10] %.

15. Damit führt das Zusammenschlussvorhaben zu keinen betroffenen Märkten und zu keinen wettbewerbsrechtlichen Bedenken.

16. Die vorläufige Prüfung ergibt aus den genannten Gründen keine Anhaltspunkte, dass der Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken wird. Die Voraussetzungen für eine Prüfung des Zusammenschlusses nach Art. 10 KG sind daher nicht gegeben.

<sup>5</sup> Vgl. u.a. RPW 2016/2 556 Rz 13 und Fn 17, *Lekkerland (Schweiz) AG/Grosshandelsgeschäft der Contadis AG*; RPW 2021/1, 279 Rz 11, *HEBA Food Holding AG/Saviva AG*.

<sup>6</sup> RPW 2012/4 887 Rz 29, *Migros/Angehrn (CCA)*; RPW 2016/2 556 Rz 14, *Lekkerland (Schweiz) AG/Grosshandelsgeschäft der Contadis AG*.

<sup>7</sup> Vgl. u.a. RPW 2008/4, 607 117 f., *Coop/Carrefour*; RPW 2016/2 557 Rz 15, *Lekkerland (Schweiz) AG/Grosshandelsgeschäft der Contadis AG*; RPW 2021/1, 279 Rz 12, *HEBA Food Holding AG/Saviva AG*.

B 2.3

## 7. Worldline/Crédit agricole

*Vorläufige Prüfung; Art. 4 Abs. 3, Art. 10 und Art. 32 Abs. 1 KG*

*Examen préalable; art. 4 al. 3, art. 10 et art. 32 al. 1 LCart*

*Esame preliminare; art. 4 cpv. 3, art. 10 e art. 32 cpv. 1 LCart*

*Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 27. November 2023*

*Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU vom 29. November 2023*

1. Am 31. Oktober 2023 hat die Wettbewerbskommission (**WEKO**) die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben (**Meldung**) erhalten. Danach beabsichtigen Group Crédit Agricole (Crédit Agricole) und Worldline S.A. (**Worldline**) die Gründung eines Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmens (JV) im Bereich elektronischer Zahlungsdienstleistungen für französische und ausländische Händler in Frankreich.<sup>1</sup>

2. **Crédit Agricole** ist ein französischer Konzern, zu dem u.a. die Crédit Agricole S.A. (**CASA**) mit Sitz in Montrouge Cedex, Frankreich, gehört.<sup>2</sup> CASA ist eine *société anonyme à conseil d'administration* nach französischem Recht, welche von allen 39 regionalen Crédit Agricole-Banken (CRCA, *les Caisses Régionales du Crédit Agricole*) gehalten wird, die CASA gemeinsam kontrollieren.<sup>3</sup> Crédit Agricole bietet in Frankreich und im Ausland eine breite Palette von Bank- und Finanzdienstleistungen an.<sup>4</sup>

3. **Worldline** ist eine an der Euronext Paris kotierte *société anonyme à conseil d'administration* nach französischem Recht mit Sitz in Puteaux, Frankreich.<sup>5</sup> Worldline erbringt Händlerdienstleistungen, Finanzdienstleistungen und Mobilität und elektronische Transaktionsdienste.<sup>6</sup>

4. Das **JV** mit dem Firmennamen Worldline Bidco 1 wurde am 8. Juli 2023 als Aktiengesellschaft nach französischem Recht mit Sitz in Puteaux, Frankreich, gegründet und befindet sich zurzeit im alleinigen Eigentum einer Tochtergesellschaft der Worldline.<sup>7</sup> Das JV wird ausschliesslich in Frankreich und nur in den Bereichen Point of Sale- (POS) Acquiring, E-Commerce-Acquiring, E-Commerce-Akzeptanz, In-Store-Akzeptanz und Bereitstellung und Verwaltung von POS-Terminals tätig sein.<sup>8</sup>

5. Die meldenden Unternehmen haben am [...] eine Absichtserklärung (Letter of Intent) und am 18. April 2023 ein Memorandum of Understanding unterzeichnet.<sup>9</sup> Dem Memorandum of Understanding sind ein Entwurf des Accord-Cadre und ein Entwurf der Aktionärsvereinbarung beigelegt.<sup>10</sup> Am 28. Juli 2023 wurde das Accord-Cadre unterzeichnet.<sup>11</sup>

6. Worldline überträgt fast seine gesamten Acquiring-Dienstleistungen und Akzeptanz-Dienstleistungen in Frankreich auf das JV (mit Ausnahme bestimmter

Dienstleistungen, welche Worldline weiterhin ausserhalb des JV anbieten wird).<sup>12</sup> Worldline wird die E-Commerce-Akzeptanz, mit Ausnahme bestimmter White-Label-Aktivitäten und die In-Store-Akzeptanz in Frankreich sowie die bestehenden Kunden an das JV übertragen.<sup>13</sup> Weiter wird Worldline auch die Worldline-Plattform zur Verfügung stellen.<sup>14</sup>

7. Crédit Agricole plant, seine Acquiring-Aktivitäten für grössere Kunden (Kunden der Kategorien T1/T2+<sup>15</sup>) in Frankreich, sowie einige spezifische Plattformen auf das JV zu übertragen.<sup>16</sup> Crédit Agricole wird aber weiterhin einige dieser Dienstleistungen für mittlere und kleinere Kunden (Kunden der Kategorien T2/T3<sup>17</sup>) anbieten.<sup>18</sup>

8. Worldline und Crédit Agricole werden das JV gemeinsam kontrollieren, wobei das Aktienkapital und die Stimmrechte in Höhe von 50 % plus eine Aktie von Worldline und in Höhe von 50 % minus eine Aktie von Crédit Agricole gehalten werden.<sup>19</sup> Die Zusammenschlussparteien erwerben damit die gemeinsame Kontrolle über das JV (Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG).

9. Das Zusammenschlussvorhaben dient dazu, die komplementären Angebote der meldenden Unternehmen in Frankreich zu kombinieren. Worldline und Crédit Agricole wollen ihre jeweiligen Stärken, die Akzeptanz-Dienstleistungen und die Acquiring-Dienstleistungen, bündeln, um einen wettbewerbsfähigen und innovativen Akteur im Payment Sektor in Frankreich zu schaffen.<sup>20</sup> Die meldenden Unternehmen wollten integrierte und wettbewerbsfähige Acquiring- und Akzeptanz-Lösungen in Frankreich anbieten.<sup>21</sup>

10. Das vorliegende Zusammenschlussvorhaben unterliegt der Freigabe in der Europäischen Kommission,

<sup>1</sup> Meldung Rz 1.

<sup>2</sup> Meldung Rz 20 f.

<sup>3</sup> Meldung Rz 16 und 22.

<sup>4</sup> Meldung Rz 26.

<sup>5</sup> Meldung Rz 35.

<sup>6</sup> Meldung Rz 38.

<sup>7</sup> Meldung Rz 51.

<sup>8</sup> Meldung Rz 50.

<sup>9</sup> Meldung Rz 58.

<sup>10</sup> Meldung Rz 58.

<sup>11</sup> Meldung Rz 59.

<sup>12</sup> Meldung Rz 67.

<sup>13</sup> Meldung Rz 66.

<sup>14</sup> Meldung Rz 66.

<sup>15</sup> Kunden der Kategorie T1 sind Kunden, die mehr als EUR [...] an Umsätzen im elektronischen Zahlungsverkehr erzielen, während Kunden der Kategorie T2+ EUR [...] an Umsätzen im elektronischen Zahlungsverkehr erzielen. Der Umsatz im elektronischen Zahlungsverkehr ist der Umsatz, der durch Kreditkartenzahlungen (oder Kreditkartenanwendungen) von Endverbrauchern erzielt wird, Rz 16 Fn 2.

<sup>16</sup> Meldung Rz 68.

<sup>17</sup> Kunden der Kategorie T2 erzielen zwischen EUR [...] Umsatz im elektronischen Zahlungsverkehr, und Kunden der Kategorie T3 erzielen weniger als EUR [...]. Umsatz im elektronischen Zahlungsverkehr, Rz 16 Fn 3.

<sup>18</sup> Meldung Rz 68.

<sup>19</sup> Meldung Rz 59.

<sup>20</sup> Meldung Rz 2, 112.

<sup>21</sup> Meldung Rz 8.



sowie den nationalen Wettbewerbsbehörden in Marokko und China.<sup>22</sup>

11. Das Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251) gilt für Unternehmen des privaten und öffentlichen Rechts, die Kartell- oder andere Wettbewerbsabreden treffen, Marktmacht ausüben oder sich an Unternehmenszusammenschlüssen beteiligen (Art. 2 KG).

12. Das Kartellgesetz ist gemäss Art. 2 Abs. 2 KG auf Sachverhalte anwendbar, die sich in der Schweiz auswirken, auch wenn sie im Ausland veranlasst werden. Auswirkungen in der Schweiz werden als gegeben angenommen, wenn (i) Produkte oder Dienstleistungen des «Targets» (JV oder Fusionsobjekt) im Ausland potentiell durch Schweizer Kundinnen und Kunden erworben werden könnten oder (ii) die von der Transaktion betroffenen räumlichen Märkte auch die Schweiz umfassen.<sup>23</sup>

13. Gemäss Meldungsentwurf werden die Dienstleistungen im Bereich der elektronischen Zahlungsdienste des zu gründenden JV von diesem in Frankreich französischen und ausländischen Händlern angeboten.<sup>24</sup> Da gemäss der als Auslegungshilfe hinzuziehbarer EU-Praxis der Umsatz von grenzüberschreitenden Dienstleistungen, sofern sich weder der Kunde noch der Anbieter in ein anderes Land begibt, in der Regel dem Ort des Kunden zugerechnet wird, kann ein Bezug des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens zum Wettbewerb in der Schweiz nicht offensichtlich ausgeschlossen werden.<sup>25</sup> Als «ausländische Händler» gemäss Meldungsentwurf können auch Schweizer Händler in Frage kom-

men. Der vorliegende Sachverhalt fällt somit in den Anwendungsbereich des KG.

14. Vorliegend soll das JV eigenständig in den Bereichen POS-Acquiring, E-Commerce-Acquiring, E-Commerce-Akzeptanz, In-Store-Akzeptanz und Bereitstellung und Verwaltung von POS-Terminals auf dem Markt tätig sein.<sup>26</sup> Die Zusammenschlussparteien bringen je Teilbereiche ihrer bestehenden Geschäftstätigkeiten in das JV ein (vgl. Rz 6). Gemäss den meldenden Unternehmen wird das JV über ausreichende Ressourcen verfügen, um unabhängig auf dem Markt tätig zu werden.<sup>27</sup> Die Aktivitäten des JV werden sodann über eine spezifische Funktion für seine Muttergesellschaften hinausgehen.<sup>28</sup> Die vorübergehenden Kauf-/Verkaufsbeziehungen mit den Muttergesellschaften werden das JV gemäss der meldenden Unternehmen nicht daran hindern, eine unabhängige aktive Rolle auf dem Markt zu spielen.<sup>29</sup> Schliesslich wird das JV gegründet, um mindestens für die folgenden [...] Jahre zu bestehen.<sup>30</sup> Es soll dauerhaft auf dem Markt agieren.<sup>31</sup> Durch das Zusammenschlussvorhabens soll ein integrierter Akteur entstehen, der über eigene Ressourcen verfügt und diversifizierte und wettbewerbsfähige Lösungen anbietet.<sup>32</sup> Die Lösungen sollen für alle in Frankreich tätigen französischen und ausländischen Händler angeboten werden.<sup>33</sup> Damit erfüllt das JV das Kriterium der Vollfunktionalität und es werden die Geschäftstätigkeiten von mindestens einem der kontrollierenden Unternehmen eingebracht (Art. 2 Abs. 2 VKU<sup>34</sup>).

15. Für die beteiligten Unternehmen bestehen laut Meldung für das letzte Geschäftsjahr 2022 folgende Umsätze<sup>35</sup>:

Konsolidierter Umsatz 2022 in Millionen CHF		
Betroffene Unternehmen	Weltweit	Schweiz
Worldline	[...]	[...]
Crédit Agricole	[...]	[...]

Tabelle 1: Umsätze der beteiligten Unternehmen im letzten Geschäftsjahr 2022 gemäss Meldung<sup>36</sup>

<sup>22</sup> Meldung Rz 61.

<sup>23</sup> Vgl. RPW 2021/1 625 f. Rz 8 ff, *Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens durch Enel X S.r.l. und Volkswagen Finance Luxembourg S.A.*

<sup>24</sup> Meldung Rz 16.

<sup>25</sup> vgl. PRÜMMER, DIKE-KG, Art. 9 KG, N 53.

<sup>26</sup> Meldung Rz 112.

<sup>27</sup> Meldung Rz 76.

<sup>28</sup> Meldung Rz 76.

<sup>29</sup> Meldung Rz 76.

<sup>30</sup> Meldung Rz 76 f.

<sup>31</sup> Meldung Rz 76 f.

<sup>32</sup> Meldung Rz 116.

<sup>33</sup> Meldung Rz 116.

<sup>34</sup> Verordnung vom 17. Juni 1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU; SR 251.4).

<sup>35</sup> Umsätze in Fremdwährungen wurden von den Parteien zum Jahresdurchschnittskurs umgerechnet, wie er auf dem Datenportal der Schweizerischen Nationalbank veröffentlicht ist (<https://data.snb.ch/de>; <https://data.snb.ch/en/topics/ziredev/cube/devkua>). Dementsprechend beträgt der durchschnittliche Jahreswechselkurs 2022 für EUR 1 in CHF 1'0048. Meldung Rz 118, Fn. 25.

<sup>36</sup> Meldung Rz 118.

16. Die beteiligten Unternehmen erzielten einen gemeinsamen weltweiten Umsatz von mehr als CHF 2 Mrd. Damit ist der Schwellenwert gemäss Art. 9 Abs. 1 Bst. a KG erreicht. Zwei der beteiligten Unternehmen erzielten in der Schweiz jeweils einen Umsatz von mehr als CHF 100 Mio., womit auch die Schwellenwerte gemäss Art. 9 Abs. 1 Bst. b KG erreicht sind. Damit erübrigt es sich weiter auf die umsatzunabhängige Meldepflicht gemäss Art. 9 Abs. 4 KG einzugehen für diejenigen Märkte, in denen eine marktbeherrschende Stellung der Worldline festgestellt wurde.<sup>37</sup>

17. Gemäss den Angaben der Parteien werden folgende, teils von den Parteien bzw. der Europäischen Kommission definierte Märkte durch das Zusammenschlussvorhaben tangiert:

- Markt für Visa- und Mastercard-Kreditkarten-Acquiring (EU: POS-Acquiring);
- Markt für Maestro Debitkarten-Acquiring (EU: POS-Acquiring);
- Markt für E-Commerce-Acquiring;
- Markt für POS-Management;
- Markt für Acquiring-Processing;
- Markt für E-Commerce-Akzeptanz;
- Markt für In-Store-Akzeptanz.<sup>28</sup>

18. Worldline verfügt als grösstes Unternehmen im Bereich des Zahlungsverkehrs in der Schweiz in diversen Märkten über mehr als 30 % Marktanteil, weshalb auf die einzelnen Märkte kurz einzugehen ist.<sup>39</sup>

19. Die Parteien bestätigen, dass die geplante Transaktion zu keinen relevanten vertikalen Effekten in der Schweiz führt.<sup>40</sup>

#### *Markt für Visa- und Mastercard-Kreditkarten-Acquiring*

20. Die WEKO hat bisher einen relevanten Markt für Visa- und Mastercard-Kreditkarten-Acquiring definiert, welcher mindestens national abzugrenzen ist, die definitive räumliche Abgrenzung wurde aber offengelassen.<sup>41</sup> Eine Segmentierung des Marktes für Acquiring-Dienstleistungen insbesondere in einen Markt für E-Commerce-Acquiring-Dienstleistungen hat die WEKO bisher nicht definitiv vorgenommen. Das Sekretariat hat sich in einer Beratung mit dem Onlinehandel befasst und einen eigenen Markt für E-Commerce-Acquiring diskutiert.<sup>42</sup> Gemäss dieser Beratung wäre auch ein solcher Markt räumlich national abzugrenzen.<sup>43</sup> Demgegenüber hat die Europäische Kommission bereits einen Markt für POS-Acquiring und E-Commerce-Acquiring mit unterschiedlichen Aspekten der räumlichen Abgrenzung erwogen.<sup>44</sup> Den Markt für POS-Acquiring hat sie als national und den Markt für E-Commerce-Acquiring mindestens als EWR-weit erachtet.<sup>45</sup> Es bestehen keine Gründe im vorliegenden Zusammenschlussvorhaben von der bisherigen Praxis abzuweichen, wobei eine definitive Marktabgrenzung offengelassen werden kann, da es zu keiner Marktanteilsaddition kommt.

21. Gemäss Meldung beträgt der Merchant-Sales-Value von Worldline für POS-Acquiring-Dienstleistungen für Kreditkarten 2022 in der Schweiz CHF [...], bei einem

Gesamtmarkt von CHF 25,5 Mrd.<sup>46</sup> Damit hat Worldline 2022 auf dem Markt für POS-Dienstleistungen für Kreditkarten in der Schweiz einen Marktanteil von [70-80] %.<sup>47</sup> Crédit Agricole und das JV sind bzw. werden gemäss Meldung auf dem Markt für POS-Acquiring in der Schweiz nicht tätig, womit ihr jeweiliger Marktanteil bei 0 % liegt.<sup>48</sup>

22. Der Merchant-Sales-Value von Worldline für E-Commerce-Acquiring-Dienstleistungen für Kreditkarten beträgt 2022 in der Schweiz gemäss Meldung CHF [...], bei einem Gesamtmarkt von CHF 12,6 Mrd. Damit hat Worldline 2022 auf dem Markt für E-Commerce-Dienstleistungen für Kreditkarten in der Schweiz einen Marktanteil von [50-60] %.<sup>49</sup> Crédit Agricole und das JV sind bzw. werden gemäss Meldung auf dem Markt für E-Commerce-Acquiring in der Schweiz nicht tätig, womit ihr jeweiliger Marktanteil bei 0 % liegt.<sup>50</sup>

23. Auf einem Markt für Kreditkarten-Acquiring (POS und E-Commerce) beträgt der Merchant-Sales-Value von Worldline 2022 in der Schweiz entsprechend CHF [...] Mrd., bei einem Gesamtmarkt von CHF 38,1 Mrd., was einem Marktanteil von [60-70] % entspricht.

24. Die Parteien können keine Zahlen für eine Unterscheidung zwischen Visa- und Mastercard-Kreditkarten und den übrigen Kreditkartenarten liefern.<sup>51</sup> Die Marktanteile von Worldline dürften auf dem Visa- und Mastercard-Kreditkartenmarkt noch etwas höher liegen. Eine konkrete Erhebung der Zahlen scheint aufgrund fehlender Marktanteilsaddition nicht angezeigt, da keine Auswirkungen auf den Wettbewerb zu erwarten sind.

25. Auf dem Markt für Visa- und Mastercard-Acquiring kommt es zu keiner Marktanteilsaddition, womit mit dem Zusammenschlussvorhaben keine Auswirkungen auf den Wettbewerb zu erwarten sind.

<sup>37</sup> Vgl. RPW 2011/1, 116 ff. Rz 135 ff., *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC)*; Urteil (des Bundesgerichts) 2C\_596/2019 vom 2. November 2022.

<sup>38</sup> Meldung Rz 154 ff.

<sup>39</sup> Vgl. RPW 2019/1, 169 Rz 24, *Worldline S.A./SIX Payment Services Group*.

<sup>40</sup> Meldung Rz 149.

<sup>41</sup> RPW 2019/1, 169 Rz 25, *Worldline S.A./SIX Payment Services Group*; RPW 2015/2, 177 Rz 99, *Kreditkarten Domestische Interchange Fees II (KKDMIF II)*.

<sup>42</sup> RPW 2020/2, S.430 f., *Konditionen im E-Payment PostFinance*.

<sup>43</sup> RPW 2020/2, S.430 f., *Konditionen im E-Payment PostFinance*.

<sup>44</sup> EU-KOMM, COMP/M.9776 vom 30. September 2020, Rz 36, *Worldline/Ingenico*.

<sup>45</sup> EU-KOMM, COMP/M.9776 vom 30. September 2020, Rz 48, *Worldline/Ingenico*.

<sup>46</sup> Meldung Rz 167.

<sup>47</sup> Meldung Rz 167.

<sup>48</sup> Meldung Rz 168, 169.

<sup>49</sup> Meldung Rz 199.

<sup>50</sup> Meldung Rz 200.

<sup>51</sup> Meldung Rz 167.

### Markt für Maestro-Debitkarten-Acquiring

26. Die WEKO hat bisher einen eigenen Markt für den Zugang zum Debitkartensystem, den Markt für Maestro-Debitkarten-Acquiring, abgegrenzt und ist von einem nationalen Markt ausgegangen.<sup>52</sup> Nachfolgend wird, aufgrund neuer Debitkarten auf dem Markt, im Sinne einer Arbeitshypothese von einem gemeinsamen Markt für alle international einsetzbaren Debitkarten ausgegangen, wobei die definitive und allenfalls engere Markt-abgrenzung offengelassen wird. Im vorliegenden Zusammenschlussvorhaben kann problemlos von diesem weiteren Markt ausgegangen werden, da es auch auf einem Gesamtmarkt für Debitkarten-Acquiring zu keiner Marktanteilsaddition kommt.

27. Der Merchant-Sales-Value von Worldline für POS und E-Commerce-Acquiring-Dienstleistungen für Debitkarten beläuft sich 2022 in der Schweiz auf CHF [...], bei einem Gesamtmarkt von CHF 66,3 Mrd.<sup>53</sup> Damit hat Worldline 2022 auf dem Markt für POS- und E-Commerce-Dienstleistungen für Debitkarten in der Schweiz einen Marktanteil von [70-80] %.<sup>54</sup> Crédit Agricole und das JV sind bzw. werden gemäss Meldung auf dem Markt für POS Acquiring in der Schweiz nicht tätig, womit ihr jeweiliger Marktanteil bei 0 % liegt.<sup>55</sup>

28. Es kommt entsprechend auf dem Markt für Debitkarten-Acquiring zu keiner Marktanteilsaddition, womit mit dem Zusammenschlussvorhaben keine Auswirkungen auf den Wettbewerb zu erwarten sind.

### Markt für POS-Management

29. Die WEKO hat bisher noch keinen Markt für POS-Management abgegrenzt.<sup>56</sup> Die Europäische Kommission hat zusätzlich zum Markt für die Herstellung und Belieferung von POS-Terminals die Abgrenzung eines Marktes für das Management von POS-Terminals erwogen, der national abzugrenzen wäre, wobei die räumliche Abgrenzung offengelassen wurde.<sup>57</sup> In Anlehnung an die Praxis der Europäischen Kommission, werden nachfolgend die Marktanteile der meldenden Unternehmen in der Schweiz dargestellt, um aufzuzeigen, dass beim Zusammenschlussvorhaben auch bei einem möglichen relevanten Markt für POS-Management keine Auswirkungen auf den Wettbewerb zu erwarten sind.

30. Worldline verwaltete 2022 in der Schweiz [...] POS Terminals und schätzt ihren Marktanteil auf der Grundlage ihres Marktverständnisses auf ca. [60-70] %.<sup>58</sup> Crédit Agricole und das JV sind bzw. werden gemäss Meldung auf dem Markt für POS-Management in der Schweiz nicht tätig, womit ihr jeweiliger Marktanteil bei 0 % liegt.<sup>59</sup>

31. Auf dem Markt für POS-Management-Dienstleistungen kommt es folglich zu keiner Marktanteilsaddition, womit mit dem Zusammenschlussvorhaben keine Auswirkungen auf den Wettbewerb zu erwarten sind.

### Markt für Acquiring-Processing

32. Die WEKO ging beim Zusammenschluss *Worldline S.A./SIX Payment Services Group* im Sinne einer Arbeitshypothese von einem Markt für das Acquiring-Processing von POS-Transaktionen und einem Markt für das Acquiring-Processing von ATM-Transaktionen aus,

wobei die räumliche Marktabgrenzung offengelassen wurde.<sup>60</sup> Die Europäische Kommission unterscheidet zwischen einem Markt für Acquiring-Processing und einem Markt für Issuing-Processing-Dienstleistungen, wobei die genaue Marktdefinition offengelassen wurde.<sup>61</sup> Eine weitere Unterteilung des Marktes für Acquiring-Processing hielt die Europäische Kommission für nicht angemessen.<sup>62</sup> Die Europäische Kommission hat den Markt für Acquiring-Processing EWR-weit erwogen.<sup>63</sup> Daher werden nachfolgend die Marktanteile auf einem nationalen sowie auf einem EWR- und schweizweiten Markt aufgezeigt. Auf die mögliche Subsegmentierung, welche zwischen einem Markt für das Acquiring-Processing von POS-Transaktionen und einem Markt für das Acquiring-Processing von ATM-Transaktionen unterscheidet, wird nachfolgend nicht eingegangen, da es auch bei einem Gesamtmarkt zu keiner Marktanteilsaddition kommt.

33. Gemäss Meldung verarbeitet Worldline hauptsächlich die eigenen Acquiring-Volumina und nur in geringem Umfang Volumina für Dritt-Acquirer in der Schweiz. Worldline verarbeitete 2022 in der Schweiz [...] Transaktionen, bei einem Gesamtmarkt von 2'194 Mio. Transaktionen, womit der Marktanteil von Worldline 2022 in der Schweiz bei ca. [70-80] % liegt.<sup>64</sup> Crédit Agricole und das JV sind bzw. werden gemäss Meldung nicht auf dem Markt für Acquiring-Processing in der Schweiz tätig, womit ihr jeweiliger Marktanteil bei 0 % liegt.<sup>65</sup>

34. Im EWR hat Worldline 2022 [...] Transaktionen verarbeitet, bei einem Gesamtmarkt von ca. 82 Mrd. Transaktionen.<sup>66</sup> Der Marktanteil von Worldline beträgt damit auf dem Markt für Acquiring-Processing 2022 im EWR [10-20] %.<sup>67</sup>

35. Auf einem EWR- und schweizweiten Markt für Acquiring-Processing hat Worldline 2022 entsprechend ca. [...] Transaktionen verarbeitet, bei einem Gesamtmarkt von ca. 84,19 Mrd. Transaktionen. Damit hat Worldline auf dem EWR- und schweizweiten Markt für Acquiring-Processing 2022 einen Marktanteil von ca. [10-20] %.

<sup>52</sup> RPW 2019/1, 170 Rz 31, *Worldline S.A./SIX Payment Services Group*; RPW 2012/4, 793 Rz 251 f., *Maestro Feedback Interchange Fee und Debit MasterCard Interchange Fee*.

<sup>53</sup> Meldung Rz 182.

<sup>54</sup> Meldung Rz 182.

<sup>55</sup> Meldung Rz 183.

<sup>56</sup> Meldung Rz 202; vgl. RPW 2011/1, 191 ff. Rz 578 ff., *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC)*.

<sup>57</sup> EU-KOMM, COMP/M.9776 vom 30. September 2020, Rz 36, *Worldline/Ingenico*; EU-KOMM, COMP/M.10358 vom 22. September 2021, Rz 16 ff., *Advent International/Eurazeo/Planet Payment Group*.

<sup>58</sup> Meldung Rz 212.

<sup>59</sup> Meldung Rz 213 f.

<sup>60</sup> RPW 2019/1, 170 Rz 34, *Worldline S.A./SIX Payment Services Group*.

<sup>61</sup> EU-KOMM, COMP/M.9776 vom 30. September 2020, Rz 79 und 83 ff., *Worldline/Ingenico*; EU-KOMM, COMP/M.7873 vom 20. April 2016, Rz 35 ff., *Worldline/Equens/PaySquare*.

<sup>62</sup> EU-KOMM, COMP/M.9776 vom 30. September 2020, Rz 85, *Worldline/Ingenico*.

<sup>63</sup> EU-KOMM, COMP/M.9776 vom 30. September 2020, Rz 91 ff., *Worldline/Ingenico*.

<sup>64</sup> Meldung Rz 228.

<sup>65</sup> Meldung Rz 229 f.

<sup>66</sup> Meldung Rz 224.

<sup>67</sup> Meldung Rz 224.

36. Trotz einer starken Marktstellung von Worldline im Acquiring-Processing auf einem nationalen Markt führt das Zusammenschlussvorhaben zu keiner Veränderung der Wettbewerbsverhältnisse, da es zu keinen Marktanteilsadditionen kommt. Bei einem EWR- und schweizweiten Markt würde mit einem Marktanteil von [10-20] % kein betroffener Markt vorliegen.

#### *Markt für E-Commerce-Akzeptanz*

37. Die WEKO ging beim Zusammenschluss Advent/Eurazeo/Planet im Sinne einer Arbeitshypothese von einem separaten Markt für E-Commerce-Akzeptanz-Dienstleistungen aus, welcher EWR-weit inklusive Schweiz abgegrenzt werden sollte.<sup>68</sup> Die Europäische Kommission geht ebenfalls von einem separaten Markt für E-Commerce-Akzeptanz Dienstleistungen aus und verneinte eine Subsegmentierung.<sup>69</sup> Der Markt wurde als EWR-weit angesehen, wobei die Markdefinition offengelassen wurde.<sup>70</sup>

38. Worldline hat 2022 im EWR [...] E-Commerce-Transaktionen akzeptiert, bei einem Gesamtmarkt von 12'161 Mio. Transaktionen. Damit beträgt der Marktanteil von Worldline im Bereich E-Commerce-Akzeptanz-Dienstleistungen im EWR [0-10] %.<sup>71</sup> Crédit Agricole ist auf dem Markt für E-Commerce-Akzeptanz nicht tätig.<sup>72</sup> Das JV wird nach dem Zusammenschlussvorhaben im EWR einen Marktanteil von [0-10] % aufweisen.<sup>73</sup>

39. In der Schweiz hat Worldline 2022 [...] E-Commerce-Transaktionen akzeptiert, bei einem Gesamtmarkt von ca. 175 Mio. Transaktionen.<sup>74</sup> Damit beträgt der Marktanteil von Worldline am Markt für E-Commerce-Akzeptanz-Dienstleistungen in der Schweiz ca. [30-40] %. Crédit Agricole und das JV sind bzw. werden gemäss Meldung nicht auf dem Markt für E-Commerce-Akzeptanz-Dienstleistungen in der Schweiz tätig, womit ihr jeweiliger Marktanteil bei 0 % liegt.<sup>75</sup>

40. Entsprechend hat Worldline auf einem EWR- inklusive schweizweiten Markt für E-Commerce-Akzeptanz 2022 ca. [...] Transaktionen akzeptiert, bei einem Gesamtmarkt von ca. 12'336 Mio. Transaktionen. Damit beträgt der Marktanteil von Worldline auf dem EWR- und schweizweiten Markt für E-Commerce-Akzeptanz-Dienstleistungen 2022 ca. [0-10] %.

41. Die gemeinsamen Marktanteile der Parteien auf dem Markt für E-Commerce-Akzeptanz liegen auf einem EWR- und schweizweiten Markt bei [10-20] %, womit kein betroffener Markt vorliegt.

#### *Markt für In-Store-Akzeptanz*

42. Die WEKO hat bis jetzt noch keinen Markt für In-Store-Akzeptanz abgegrenzt.<sup>76</sup> Die Europäische Kommission erwog, dass der Markt für In-Store-Akzeptanz-Dienstleistungen einen separaten Markt ohne weitere Segmentierung darstellt, welcher EWR-weit abzugrenzen wäre, wobei sie die Abgrenzung schliesslich offeniess.<sup>77</sup> In Anlehnung an die Praxis der Europäischen Kommission, werden nachfolgend die Marktanteile der meldenden Unternehmen auf einem EWR- und schweizweiten Markt dargestellt, um aufzuzeigen, dass beim Zusammenschlussvorhaben auch bei einem möglichen relevanten Markt für In-Store-Akzeptanz keine

Auswirkungen auf den Wettbewerb zu erwarten sind, wobei die Marktabgrenzung aber offengelassen wird.

43. Worldline hat 2022 im EWR [...] In-Store-Transaktionen akzeptiert, bei einem Gesamtmarkt von 20'071 Mio. Transaktionen. Damit beträgt der Marktanteil von Worldline im Bereich In-Store-Akzeptanz-Dienstleistungen im EWR [30-40] %.<sup>78</sup> Crédit Agricole ist auf dem Markt für E-Commerce-Akzeptanz nicht tätig.<sup>79</sup> Das JV wird nach dem Zusammenschlussvorhaben im EWR einen Marktanteil von [20-30] % aufweisen, jener von Worldline wird noch [0-10] % betragen.<sup>80</sup>

44. In der Schweiz ist bzw. wird keines der am Zusammenschlussvorhaben beteiligten Unternehmen auf dem Markt für In-Store-Akzeptanz-Dienstleistungen tätig, womit der Marktanteil im EWR gemäss Rz 43 dem EWR- und schweizweiten Marktanteil entspricht.<sup>81</sup>

45. Der Marktanteil von Worldline wird sich auf einem hypothetischen Markt für In-Store-Akzeptanz durch die Übertragung auf das JV nicht vergrössern, womit mit dem Zusammenschlussvorhaben keine Auswirkungen auf den Wettbewerb zu erwarten sind.

#### *Ergebnis*

46. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass das Zusammenschlussvorhaben diverse Märkte betrifft, auf denen Worldline über eine marktbeherrschende Stellung verfügt. Aufgrund fehlender Überschneidungen der Tätigkeiten der meldenden Unternehmen und damit fehlender Marktanteilsadditionen auf denjenigen Märkten, wo Worldline über eine marktbeherrschende Position verfügt sowie tiefen Marktanteilen der meldenden Unternehmen auf denjenigen Märkten wo sowohl Worldline als auch Crédit Agricole tätig sind, liegen keine horizontalen Bedenken vor.

47. Die Parteien bestätigen ausserdem, dass die geplante Transaktion zu keinen relevanten vertikalen Effekten in der Schweiz führt.

48. Die vorläufige Prüfung ergibt aus den genannten Gründen keine Anhaltspunkte, dass der Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken wird. Die Voraussetzungen für eine Prüfung des Zusammenschlusses nach Art. 10 KG sind daher nicht gegeben.

<sup>68</sup> RPW 2021/4, 915 Rz 22, *Advent/Eurazeo/Planet*.

<sup>69</sup> EU-KOMM, COMP/M.9776 vom 30. September 2020, Rz 98, *Worldline/Ingenico*.

<sup>70</sup> EU-KOMM, COMP/M.9776 vom 30. September 2020, Rz 102 ff., *Worldline/Ingenico*.

<sup>71</sup> Meldung Rz 241.

<sup>72</sup> Meldung Rz 240.

<sup>73</sup> Meldung Rz 242.

<sup>74</sup> Meldung Rz 245.

<sup>75</sup> Meldung Rz 246 f.

<sup>76</sup> Meldung Rz 251.

<sup>77</sup> EU-KOMM, COMP/M.9776 vom 30. September 2020, Rz 109 ff. und 115 ff., *Worldline/Ingenico*.

<sup>78</sup> Meldung Rz 259.

<sup>79</sup> Meldung Rz 257.

<sup>80</sup> Meldung Rz 260.

<sup>81</sup> Meldung Rz 263 ff.

B 2.3

**8. Stiftung Visana Plus/Atupri Gesundheitsversicherung**

*Vorläufige Prüfung; Art. 4 Abs. 3, Art. 10 und Art. 32 Abs. 1 KG*

*Examen préalable; art. 4 al. 3, art. 10 et art. 32 al. 1 LCart*

*Esame preliminare; art. 4 cpv. 3, art. 10 e art. 32 cpv. 1 LCart*

*Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 22. Dezember 2023*

*Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU vom 22. Dezember 2023*

**A Sachverhalt**

1. Am 29. November 2023 hat die Wettbewerbskommission die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Danach beabsichtigten die Stiftung Visana Plus (nachfolgend: Visana) und die Atupri Gesundheitsversicherung (nachfolgend: Atupri), sich mittels Kombinationsfusion zusammenzuschliessen.

2. Visana hat ihren Sitz in Bern und verfügt über ein schweizweites Vertriebsnetz von rund 50 Geschäftsstellen. Sie vertreibt Gesundheitsversicherungsdienstleistungen in Form eines stationären Vertriebs, wobei gewisse Versicherungen auch über Online-Portale abgeschlossen werden können. Visana ist insbesondere in den Bereichen der sozialen Krankenversicherung, der Zusatzversicherungen zur sozialen Krankenversicherung, der weiteren Versicherungen nach VVG<sup>1</sup>, der Unfallversicherung nach UVG<sup>2</sup> sowie der Vermittlung von Versicherungen tätig.

3. Atupri ist eine Stiftung mit Sitz in Bern und in der Versicherungsbranche aktiv. Sie ist in den Bereichen der Grund- und Zusatzversicherung im Krankenkassenbereich, der Spitalzusatzversicherungen, der Zahnversicherungen und der Vermittlung von Versicherungen tätig.

4. Gemäss Angaben der Zusammenschlussparteien ist für das Zusammenschlussvorhaben ebenfalls eine Zustimmung des eidgenössischen Departements des Inneren (EDI), der Bernischen BVG- und Stiftungsaufsicht (BBSA), des Bundesamts für Gesundheit (BAG) und der eidgenössischen Finanzmarktaufsicht (FINMA) erforderlich.<sup>3</sup>

**B Erwägungen****B.1 Geltungsbereich**

5. Das Kartellgesetz gilt für Unternehmen des privaten und öffentlichen Rechts, die Kartell- oder andere Wettbewerbsabreden treffen, Marktmacht ausüben oder sich an Unternehmenszusammenschlüssen beteiligen (Art. 2 KG).

**B.1.1 Unternehmen**

6. Als Unternehmen gelten sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirt-

schaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform (Art. 2 Abs. 1<sup>bis</sup> KG). Die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen sind als solche Unternehmen zu qualifizieren.

**B.1.2 Unternehmenszusammenschluss**

7. Der geplante Zusammenschluss ist gemäss Angaben der beteiligten Parteien technisch in zwei Schritte aufgeteilt.<sup>4</sup> In einem ersten Schritt wurde die gesamte aktuelle Geschäftstätigkeit von Atupri per 1. Januar 2024 auf eine Aktiengesellschaft namens Atupri Gesundheitsversicherung AG ausgelagert. In einem zweiten Schritt würde eine Kombinationsfusion gemäss Art. 78 ff. FusG<sup>5</sup> durchgeführt werden. Ergebnis daraus wäre eine kombinierte Stiftung namens Atusana mit Sitz in Bern, welche die bisherigen Beteiligungen von Visana und die Beteiligungen der im ersten Schritt gegründeten Atupri Gesundheitsversicherung AG halten würde. Durch den zweiten Schritt liegt vorliegend ein Unternehmenszusammenschluss gemäss Art. 4 Abs. 3 Bst. a KG vor.

**B.2 Meldefähigkeit**

8. Gemäss Praxis der Wettbewerbskommission ist die Voraussetzung für die Meldung eines geplanten Unternehmenszusammenschlusses der Abschluss des Verpflichtungsgeschäfts. Falls der Zusammenschluss lediglich beabsichtigt ist und noch kein Verpflichtungsgeschäft abgeschlossen wurde, ist eine Meldung möglich, wenn dem Sekretariat glaubhaft dargelegt wird, dass die beteiligten Unternehmen gewillt sind, das entsprechende Verpflichtungsgeschäft abzuschliessen.<sup>6</sup>

9. Im vorliegenden Fall wurde der Fusionsvertrag noch nicht unterzeichnet, womit kein Verpflichtungsgeschäft vorliegt. Die beteiligten Parteien haben einerseits [...], andererseits bereits notwendige Handlungen für den Zusammenschluss vorgenommen, zum Beispiel das Erstellen von Entwürfen eines Stiftungsreglements einer neuen, künftigen Stiftung zwecks Zusammenschlusses.<sup>7</sup> Die Zusammenschlussparteien legen damit glaubhaft dar, dass der Wille für den Abschluss eines Verpflichtungsgeschäfts vorliegt.

<sup>1</sup> Bundesgesetz vom 2. April 1908 über den Versicherungsvertrag (VVG; SR 221.229.1).

<sup>2</sup> Bundesgesetz vom 20. März 1981 über die Unfallversicherung (UVG; SR 832.20).

<sup>3</sup> Vgl. Meldung Rz 27.

<sup>4</sup> Vgl. Meldung Rz 30 ff.

<sup>5</sup> Bundesgesetz vom 3. Oktober 2003 über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung (FusG; SR 221.301).

<sup>6</sup> Merkblatt und Formular der Wettbewerbskommission, Meldung eines Zusammenschlussvorhabens vom 21. Oktober 2014 (BBL 2014 8321-8334; Stand am 5. Februar 2021), Rz 20.

<sup>7</sup> Vgl. Meldung Rz 28.

### B.3 Meldepflicht

10. Die Zusammenschlussparteien erzielten im Geschäftsjahr 2022 in der Schweiz einen gemeinsamen Umsatz von CHF 4'500 Mio. Dabei entfällt ein Umsatz von CHF 3'676 Mio. auf Visana und ein Umsatz von CHF 824 Mio. auf Atupri.<sup>8</sup> Damit wird im vorliegenden Fall der Schwellenwert von CHF 500 Mio. gemäss Art. 9 Abs. 1 Bst. a KG in Bezug auf den gemeinsam in der Schweiz erzielten Umsatz sowie der Schwellenwert von je mindestens CHF 100 Mio. gemäss Art. 9 Abs. 1 Bst. b KG in Bezug auf den von den beteiligten Unternehmen in der Schweiz erzielten Umsatz überschritten. Demnach ist das vorliegende Zusammenschlussvorhaben meldepflichtig.

### B.4 Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens im Rahmen der vorläufigen Prüfung

11. Meldepflichtige Zusammenschlüsse unterliegen der vertieften Prüfung durch die Wettbewerbskommission, sofern sich in einer vorläufigen Prüfung (Art. 32 Abs. 1 KG) Anhaltspunkte ergeben, dass sie eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken (Art. 10 Abs. 1 KG).

12. Um zu beurteilen, ob Anhaltspunkte dafür bestehen, dass durch den Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt wird, sind zunächst die relevanten Märkte abzugrenzen. In einem zweiten Schritt wird die Veränderung der Stellung der beteiligten Unternehmen auf diesen Märkten durch den Zusammenschluss beurteilt.

#### B.4.1 Sachlich und räumlich relevante Märkte

13. Der sachliche Markt umfasst alle Waren oder Leistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar angesehen werden (Art. 11 Abs. 3 Bst. a VKU). Der räumliche Markt umfasst das Gebiet, in welchem die Marktgegenseite die den sachlichen Markt umfassenden Waren oder Leistungen nachfragt oder anbietet (Art. 11 Abs. 3 Bst. b VKU).

14. Das vorliegende Zusammenschlussvorhaben betrifft den Versicherungsmarkt, insbesondere die Bereiche Kranken- und Unfallversicherung. Gemäss Praxis der Wettbewerbskommission werden die Märkte wie folgt abgegrenzt.<sup>9</sup>

**Tabelle 1: Marktabgrenzung im Bereich von Kranken- und Unfallversicherung**

Sachlich relevante Märkte	Räumlich relevanter Markt
Obligatorische Krankenpflegeversicherung KVG <sup>10</sup>	Kanton
Einzel-Krankenpflegezusatzversicherung VVG (ambulanz)	CH
Einzel-Krankenpflegezusatzversicherung VVG (stationär)	Kanton
Kollektiv-Krankenpflegezusatzversicherung VVG (ambulanz)	CH
Kollektiv-Krankenpflegezusatzversicherung VVG (stationär)	Kanton
Krankentaggeldversicherung KVG (einzel)	CH / regional
Krankentaggeldversicherung KVG (kollektiv)	CH / regional
Krankentaggeldversicherung VVG (einzel)	CH
Krankentaggeldversicherung VVG (kollektiv)	CH
Unfallversicherung nach UVG	CH
Unfallversicherung nach VVG (einzel)	CH
Unfallversicherung nach VVG (kollektiv)	CH
Vermittlung von Versicherungsprodukten <sup>11</sup>	CH

<sup>8</sup> Vgl. Meldung Rz 40.

<sup>9</sup> RPW 2008/2, 252 Rz 18, CSS/Intras; RPW 2008/2, 262 Rz 25 ff., Swiss Life/AWD.

<sup>10</sup> Bundesgesetz vom 18. März 1994 über die Krankenversicherung (KVG; SR 832.10).

<sup>11</sup> Die sachliche und räumliche Marktabgrenzung konnte damals aufgrund des tiefen Marktanteils offengelassen werden (RPW 2008/2, 262 Rz 25 ff., Swiss Life/AWD).

## B.4.2 Voraussichtliche Stellung in den betroffenen Märkten

15. Es werden nur diejenigen sachlichen und räumlichen Märkte einer eingehenden Analyse unterzogen, in welchen der gemeinsame Marktanteil in der Schweiz von zwei oder mehr der beteiligten Unternehmen 20 % oder mehr beträgt oder der Marktanteil in der Schweiz von einem der beteiligten Unternehmen 30 % oder mehr beträgt (vgl. Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU, diese Märkte werden hier als «vom Zusammenschluss betroffene Märkte» bezeichnet). Wo diese Schwellen nicht erreicht werden, kann von der Unbedenklichkeit des Zusammenschlusses ausgegangen werden. In der Regel erübrigt sich dann eine nähere Prüfung. Die nachfolgend aufgeführten Marktanteile der Zusammenschlussparteien beziehen sich jeweils auf das Geschäftsjahr 2022.

### B.4.2.1 Marktposition der beteiligten Unternehmen auf den relevanten Märkten

16. Im Bereich der **Obligatorischen Krankenpflegeversicherung nach KVG** verfügen die Zusammenschlussparteien in den jeweiligen Kantonen durchschnittlich einen gemeinsamen Marktanteil von [0–10] %. Dabei hält keines der beteiligten Unternehmen einen Anteil von über 30 %, während die Schwelle für den gemeinsamen Marktanteil von 20 % einzig im Kanton Bern mit [20–30] % überschritten wird. Dabei entfallen [20–30] % auf Visana und [0–10] % auf Atupri.<sup>12</sup>

17. Im Rahmen der Krankenpflegezusatzversicherung nach VVG wird vorliegend auf eine Unterscheidung in Einzel- und Kollektivversicherung verzichtet, da sie für die Wettbewerbskommission von untergeordneter Bedeutung ist.<sup>13</sup> Eine Unterteilung erfolgt hingegen in einen ambulanten Bereich, welcher beispielsweise komplementärmedizinische Behandlungen, Fitnessabos und Impfungen beinhaltet, und in einen stationären Bereich, welcher Spitalleistungen versichert.<sup>14</sup> Gemäss Angaben der Zusammenschlussparteien liegt der Marktanteil beim Markt der **Krankenpflegezusatzversicherung nach VVG für ambulante Behandlungen** für Visana bei 7,6 % und Atupri bei 1,7 %, was zu einem gemeinsamen Marktanteil von 9,2 % führt.<sup>15</sup> Beim Markt der **Krankenpflegezusatzversicherung nach VVG für stationäre Behandlungen** verfügen die Zusammenschlussparteien in den jeweiligen Kantonen durchschnittlich über einen gemeinsamen Marktanteil von [0–10] %. Dabei hält keines der beteiligten Unternehmen einen Anteil von über 30 %, während die Schwelle für einen gemeinsamen Marktanteil von 20 % einzig im Kanton Bern mit [20–30] % überschritten wird. Dabei entfallen [20–30] % auf Visana und [0–10] % auf Atupri.<sup>16</sup>

18. Wie bei der Krankenpflegezusatzversicherung wird im vorliegenden Zusammenschlussvorhaben auch im Bereich der Krankentaggeldversicherung auf eine Unterscheidung in Einzel- und Kollektivversicherung verzichtet. Auf dem **Markt der Krankentaggeldversicherung nach KVG** haben die Zusammenschlussparteien in den jeweiligen Kantonen tiefe gemeinsame Marktanteile von durchschnittlich [0–10] %. Keines der beteiligten Unternehmen hat einen Marktanteil von über 30 % und auch die beteiligten Parteien gemeinsam erreichen in keinem der Kantone den Schwellenwert von 20 %.<sup>17</sup> Im Bereich der **Krankentaggeldversicherung nach VVG** liegt ge-

mäss Angaben der Zusammenschlussparteien der Marktanteil von Visana bei 7,2 % und Atupri bei unter 0,1 %, was zu einem gemeinsamen Marktanteil von 7,2 % führt.<sup>18</sup>

19. Im Bereich der **Unfallversicherung nach UVG** verfügt Visana über einen Marktanteil von 8,4 %. Atupri hingegen ist gemäss Angaben der beteiligten Parteien nicht auf diesem Markt tätig.<sup>19</sup> Der Marktanteil bei der Unfallversicherung nach VVG beträgt für Visana 4,9 % und für Atupri 0,7 %, was zu einem gemeinsamen Marktanteil von 5,6 % führt.<sup>20</sup>

20. Die Zusammenschlussparteien sind zudem im Bereich der Vermittlung von Versicherungsprodukten aktiv. Gemäss ihren Schätzungen ist ihr Marktanteil jeweils marginal, d.h. kleiner als [0–10] %.<sup>21</sup>

### B.4.2.2 Obligatorische Krankenpflegeversicherung KVG im Kanton Bern

21. Mit einem gemeinsamen Marktanteil von [20–30] % überschreiten die Zusammenschlussparteien im Bereich der obligatorischen Krankenpflegeversicherung KVG im Kanton Bern die Schwelle von 20 %, womit ein technisch betroffener Markt im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU vorliegt.

22. Die Krankenpflegeversicherung nach KVG ist für alle in der Schweiz wohnhaften Personen obligatorisch, womit die Gesamtnachfrage von der Entwicklung der Bevölkerungsanzahl abhängt. Versicherte haben einmal im Jahr die gesetzlich vorgesehene Möglichkeit die obligatorische Krankenpflegeversicherung zu wechseln, was eine lang- oder mittelfristige Kundenbindung ausschliesst und somit eine genügende Nachfrage für den Wettbewerb zulässt.

23. Die wichtigsten Wettbewerber im Bereich obligatorische Krankenpflegeversicherung im Kanton Bern sind Helsana, KPT und Assura, welche gemäss Angaben der Zusammenschlussparteien im Geschäftsjahr 2021 jeweils einen Marktanteil von 11–16 % besaßen.<sup>22</sup> Das angebotene Produkt ist bei allen Anbietern gleich, wobei sich der Wettbewerb durch die Vorzüge der eigenen Dienstleistungen, den Service und die Kundenfreundlichkeit auszeichnet.<sup>23</sup> Der Markt ist durch die obligatorische Natur der Versicherung und die starke Regulierung eher statisch, wandelt sich aktuell aber besonders durch das Entwickeln von neuen IT-Lösungen.<sup>24</sup>

<sup>12</sup> Vgl. Meldung Rz 54.

<sup>13</sup> RPW 2008/2, 253 Rz 25, CSS/Intras.

<sup>14</sup> RPW 2008/2, 253 Rz 25, CSS/Intras.

<sup>15</sup> Vgl. Meldung Rz 59.

<sup>16</sup> Vgl. Meldung Rz 63.

<sup>17</sup> Vgl. Meldung Rz 67.

<sup>18</sup> Vgl. Meldung Rz 71.

<sup>19</sup> Vgl. Meldung Rz 75.

<sup>20</sup> Vgl. Meldung Rz 79.

<sup>21</sup> Vgl. Meldung Rz 84.

<sup>22</sup> Vgl. Meldung Rz 112.

<sup>23</sup> Vgl. Meldung Rz 133.

<sup>24</sup> Vgl. Meldung Rz 93.

24. Die vorliegende Marktanteilsaddition beträgt lediglich [0–10] % und würde zu einem gemeinsamen Marktanteil von [20–30] % führen, was nicht zu einer Verschlechterung der Wettbewerbsverhältnisse führen dürfte. Auch nach einem erfolgten Zusammenschluss wären die Zusammenschlussparteien insbesondere durch drei Wettbewerber mit einem Marktanteil von jeweils über 10 % weiterhin dem Wettbewerb ausgesetzt. Nicht zuletzt ist zu beachten, dass die Krankenversicherer die Prämien pro Kopf nicht frei festlegen können, sondern die Zustimmung des zuständigen Bundesamtes für Gesundheitswesen benötigen. Ein Zusammenschluss kann sich daher im Grundversicherungsbereich hauptsächlich auf die Verhandlungsmacht mit zum Beispiel Krankenhäusern und weniger auf die Preise auswirken.

#### **B.4.2.3 Krankenpflegezusatzversicherung VVG für stationäre Behandlungen im Kanton Bern**

25. Mit einem gemeinsamen Marktanteil von [20–30] % überschreiten die Zusammenschlussparteien im Bereich der Krankenpflegezusatzversicherung VVG für stationäre Behandlungen im Kanton Bern die Schwelle von 20 %, womit ein technisch betroffener Markt im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU vorliegt.

26. Die Nachfrage nach Krankenpflegezusatzversicherungen nimmt gemäss Einschätzung der Zusammenschlussparteien aktuell unter anderem aufgrund der steigenden Grundversicherungsprämien ab.<sup>25</sup>

27. Die wichtigsten Wettbewerber im Bereich der Krankenpflegezusatzversicherung sind Helsana, KPT und Sanitas, welche gemäss Angaben der Zusammenschlussparteien im Geschäftsjahr 2022 jeweils einen Marktanteil von 11–16 % besaßen.<sup>26</sup> Auch dieser Markt unterliegt einer Regulierung, womit bestehende Produkte nur schwer abgelöst werden können. Entwicklungen geschehen daher weniger im Produktbereich, sondern aktuell vor allem in der Digitalisierung im Bereich des Vertriebs und der Abwicklung von Versicherungsdienstleistungen.<sup>27</sup>

28. Die vorliegende Marktanteilsaddition liegt bei [0–10] % und würde zu einem gemeinsamen Marktanteil von [20–30] % führen. Die Wettbewerbssituation dürfe sich durch den geplanten Unternehmenszusammenschluss damit nicht verschlechtern. Weiter würden insbesondere weitere drei Marktteilnehmer mit einem Marktanteil von jeweils 11–16 % für einen Wettbewerb auf dem Markt der Krankenpflegezusatzversicherung sorgen. Die Krankenversicherer unterstehen im Zusatzversicherungsbereich der Aufsicht der FINMA, die vor allem die Solvenz überprüft. Auch hier ist der Spielraum für die Festlegung der Prämien, die diesmal risikobehängig festgelegt werden, im Vergleich zu anderen Wirtschaftszweigen eingeschränkt. Ein Zusammenschluss hat daher grundsätzlich den Vorteil, dass die Tarife mit den Leistungserbringern besser ausgehandelt werden können.

#### **B.4.3 Ergebnis**

29. Die vorläufige Prüfung ergibt aus den genannten Gründen keine Anhaltspunkte, dass der Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken wird. Die Voraussetzungen für eine Prü-

fung des Zusammenschlusses nach Art. 10 KG sind daher nicht gegeben.

---

<sup>25</sup> Vgl. Meldung Rz 89.

<sup>26</sup> Vgl. Meldung Rz 114.

<sup>27</sup> Vgl. Meldung Rz 95 ff.



B 2.3

**9. Swisscanto/Zurich/PFS**

*Vorläufige Prüfung; Art. 4 Abs. 3, Art. 10 und Art. 32 Abs. 1 KG*

*Examen préalable; art. 4 al. 3, art. 10 et art. 32 al. 1 LCart*

*Esame preliminare; art. 4 cpv. 3, art. 10 e art. 32 cpv. 1 LCart*

*Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 27. November 2023*

*Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU vom 29. November 2023*

1. Am 8. Dezember 2023 hat die Wettbewerbskommission (**WEKO**) die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben (**Meldung**) erhalten. Danach beabsichtigen die Swisscanto Holding AG (**Swisscanto**) und die Zürich Versicherungs-Gesellschaft AG (Zurich) je [...] % der Aktien an der PFS Pension Fund Services AG (**PFS**) zu halten.<sup>1</sup> Die beiden vorgenannten erwerberseits beteiligten Unternehmen im Sinne von Art. 3 Abs. 1 Bst. b VKU beabsichtigen damit den Erwerb der gemeinsamen Kontrolle an einem bereits existierenden Vollfunktions-Gemeinschaftsunternehmen. [...] <sup>2</sup> Mit der geplanten Transaktion soll auch eine Aufstockung des Aktienkapitals stattfinden.<sup>3</sup>

2. **Swisscanto** mit Sitz in Zürich ist eine hundertprozentige Tochtergesellschaft der Zürcher Kantonalbank (ZKB) und besitzt je zu 100 % die Swisscanto Fondsleitung AG und die Swisscanto Asset Management International S.A. Unter Swisscanto werden sowohl Anlageprodukte als auch Dienstleistungen wie Fondsmanagement und Vorsorgelösungen angeboten.<sup>4</sup> Die ZKB mit Sitz in Zürich ist eine selbständige öffentlich-rechtliche Anstalt des zürcherischen und schweizerischen Rechts und befindet sich im Eigentum der öffentlichen Hand des Kantons Zürich.<sup>5</sup> Sie ist als Universalbank tätig mit Kern-tätigkeiten im Kontoführungs-, Zahlungsverkehrs- und Kartengeschäft sowie Finanzierungsgeschäft, im Anlage- und Vermögensverwaltungsgeschäft sowie im Handel und Kapitalmarkt. Weitere Bereiche umfassen das Leasing-Geschäft und Beratungen in Finanz-, Steuer-, Erbschafts-, Nachfolge- und Immobilienangelegenheiten.<sup>6</sup>

3. **Zurich** mit Sitz in Zürich ist eine hundertprozentige Tochtergesellschaft der Zurich Insurance Group AG.<sup>7</sup> Die Zurich Insurance Group AG ist an der SIX Swiss Exchange kotiert und international in verschiedenen Bereichen der Versicherung sowie Financial Services tätig.<sup>8</sup>

4. Die **PFS** mit Sitz in Opfikon erbringt Third-Party-Administration-Dienstleistungen für Vorsorgeeinrichtungen (Pensionskassen und Sammelstiftungen). Dabei geht es um Prozesse und Verwaltungsleistungen, welche von den Vorsorgeeinrichtungen an externe Dienstleister (Third-Party-Administration) ausgelagert werden. Es werden insbesondere die Geschäftsführung, Rech-

nungsführung (inkl. Wertschriftenbuchhaltung und Reporting) und die technische Verwaltung der Pensionskasse bzw. Sammelstiftungen übernommen.<sup>9</sup> Die von PFS kontrollierte Stiftung Freizügigkeitsstiftung der PFS Pension Fund Services AG bietet Freizügigkeitskonten für Privatpersonen an.<sup>10</sup>

5. PFS wird von [...] Aktionären gehalten, wobei es sich bei [...] Aktionären um Minderheitsaktionäre handelt.<sup>11</sup> PFS hält zudem eine gewisse Anzahl eigener Aktien.<sup>12</sup> Vor dem Zusammenschlussvorhaben halten Swisscanto und Zurich bereits [...] % bzw. [...] % der Aktien von PFS.<sup>13</sup> Swisscanto und Zurich erwerben nun im Rahmen der geplanten Transaktion [...].<sup>14</sup> Nach Vollzug dieser Transaktion werden Swisscanto und Zurich je [...] % der Aktien von PFS halten und [...] und [...] noch [...] verbleiben.<sup>15</sup>

6. Swisscanto und Zurich werden [...] Verwaltungsratsmitglieder von insgesamt [...] stellen.<sup>16</sup> [...] Es ergibt sich somit, dass Swisscanto und Zurich sämtliche strategischen Beschlüsse von PFS blockieren können.<sup>17</sup> Swisscanto und Zurich erwerben damit die gemeinsame Kontrolle über PFS (Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG).

7. PFS ist seit 2002 unabhängig auf dem Markt für Third-Party-Administration-Dienstleistungen für Vorsorgeeinrichtungen tätig und wird dies auch nach dem Zusammenschlussvorhaben weiter sein.<sup>18</sup> PFS verfügt über ein eigenes Management und über ausreichend Ressourcen, einschliesslich Finanzen, Personal und Vermögenswerten.<sup>19</sup> PFS finanziert sich selbst durch operative Cashflows aus ihrer Geschäftstätigkeit und wird auch nach dem Zusammenschlussvorhaben nicht von den meldenden Unternehmen abhängig sein.<sup>20</sup> PFS ist gemäss Meldungsentwurf auf Dauer angelegt.<sup>21</sup> Damit erfüllt PFS das Kriterium der Vollfunktionalität (Art. 2 Abs. 1 VKU<sup>22</sup>).

<sup>1</sup> Meldung Rz 30.

<sup>2</sup> Meldung Rz 42.

<sup>3</sup> Meldung Rz 42.

<sup>4</sup> Meldung Rz 5.

<sup>5</sup> Meldung Rz 6 und 18.

<sup>6</sup> Meldung Rz 6.

<sup>7</sup> Meldung Rz 8.

<sup>8</sup> Meldung Rz 9 und 20.

<sup>9</sup> Meldung Rz 14.

<sup>10</sup> Meldung Rz 15.

<sup>11</sup> Meldung Rz 23 und 28.

<sup>12</sup> Meldung Rz 28.

<sup>13</sup> Meldung Rz 28.

<sup>14</sup> Meldung Rz 30.

<sup>15</sup> Meldung Rz 31.

<sup>16</sup> Meldung Rz 32.

<sup>17</sup> Meldung Rz 35.

<sup>18</sup> Meldung Rz 37.

<sup>19</sup> Meldung Rz 37.

<sup>20</sup> Meldung Rz 37 und 38.

<sup>21</sup> Meldung Rz 39.

<sup>22</sup> Verordnung vom 17. Juni 1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU; SR 251.4).

8. Für die beteiligten Unternehmen bestehen laut Meldung für das letzte Geschäftsjahr 2022 folgende Umsätze<sup>23</sup>, wozu erwerberseits nicht nur die Umsätze der direkt beteiligten Unternehmen im Sinne von Art. 3 Abs. 1 Bst. b VKU zu berücksichtigen sind, sondern aufgrund von Art. 5 VKU der gesamte Umsatz der jeweiligen Konzerne, denen die betreffenden erwerbenden Gesellschaften angehören:

Konsolidierter Umsatz 2022 in Millionen CHF		
Beteiligte Unternehmen	Weltweit	Schweiz
ZKB	[...]	[...]
Zurich Insurance Group AG	[...]	[...]
PFS	[...]	[...]

Tabelle 1: Umsätze der beteiligten Unternehmen im letzten Geschäftsjahr 2022 gemäss Meldung<sup>24</sup>

9. Die beteiligten Unternehmen im Sinne von Art. 5 VKU erzielten einen gemeinsamen weltweiten Umsatz von mehr als CHF 2 Mrd. Damit ist der Schwellenwert gemäss Art. 9 Abs. 1 Bst. a KG erreicht. Zwei der beteiligten Unternehmen erzielten in der Schweiz jeweils einen Umsatz von mehr als CHF 100 Mio., womit auch die Schwellenwerte gemäss Art. 9 Abs. 1 Bst. b KG erreicht sind.

#### Potentiell vom Zusammenschluss betroffene Märkte

10. Um die vom Zusammenschluss betroffenen Märkte zu bestimmen, sind vorgängig die relevanten Märkte abzugrenzen. Der relevante Markt besteht aus einer sachlichen und einer räumlichen Dimension.

11. Gemäss den Angaben der Parteien werden folgende von den Parteien definierte Bereiche durch das Zusammenschlussvorhaben tangiert: Third-Party-Administration-Dienstleistungen für Vorsorgeeinrichtungen und Freizügigkeitskonten.<sup>25</sup>

12. Die WEKO hat sich bisher noch nicht mit Third Party-Administration-Dienstleistungen für Vorsorgeeinrichtungen befasst. Diese Dienstleistungen umfassen gemäss Meldung Prozesse und Verwaltungsleistungen, welche Vorsorgeeinrichtungen an externe Dienstleister auslagern.<sup>26</sup> Die von PFS angebotenen Third-Party-Administration-Dienstleistungen umfassen insbesondere die Geschäftsführung, die Rechnungsführung und die technische Verwaltung der Pensionskasse und Sammelstiftung.<sup>27</sup> Gemäss Meldung seien diese Dienstleistungen einem sachlichen Markt zuzuordnen.<sup>28</sup>

13. Die meldenden Unternehmen weisen dazu weiter darauf hin, dass die WEKO in ihrer bisherigen Praxis der gesetzlich verankerten beruflichen Vorsorge stets einen nationalen Charakter zugeschrieben habe und dementsprechend von einer nationalen Marktabgrenzung ausgegangen sei.<sup>29</sup>

14. Vor diesem Hintergrund wird im Sinne einer Arbeitshypothese von einem nationalen Markt für Third-Party-Administration-Dienstleistungen für Vorsorgeeinrichtun-

gen ausgegangen, wobei die definitive Marktabgrenzung sowohl in sachlicher wie räumlicher Hinsicht offengelassen werden kann, da – wie es sich zeigt – das Zusammenschlussvorhaben zu keinem betroffenen Markt und zu keinen wettbewerblichen Bedenken führt.

15. PFS schätzt den eigenen Marktanteil auf einem nationalen Markt für Third-Party-Administration-Dienstleistungen für Vorsorgeeinrichtungen, gestützt auf die Anzahl der Mitarbeitenden pro Anbieterin, mit [...] Mitarbeitenden bei einem Gesamtmarkt von ca. [...] Mitarbeitenden auf ca. [0-10] %.<sup>30</sup>

16. Gemäss Meldung überschneiden sich die Tätigkeiten der Parteien im Haupttätigkeitsgebiet von PFS, der Erbringung von Third-Party-Administration-Dienstleistungen für Vorsorgeeinrichtungen, nicht.<sup>31</sup> [...].

17. PFS erbringt Third-Party-Administration-Dienstleistungen für die [...].<sup>32</sup> Gemäss Meldung bestehe aber weder das Risiko der Abschottung von Einsatzmitteln oder Vorleistungen (Input Foreclosure) noch das der Kundenabschottung (Customer Foreclosure).<sup>33</sup>

<sup>23</sup> Umsätze in Fremdwährungen wurden von den Parteien zum Jahresdurchschnittskurs umgerechnet, wie er auf dem Datenportal der Schweizerischen Nationalbank veröffentlicht ist (<https://data.snb.ch/de>; <https://data.snb.ch/en/topics/ziredev/cube/devkua>). Dementsprechend beträgt der durchschnittliche Jahreswechsellkurs 2022 für EUR 1 = CHF 1'0048 und USD 1 = CHF 0.9550. Meldung Rz 43, Fn 9 und 10.

<sup>24</sup> Meldung Rz 43.

<sup>25</sup> Meldung Rz 46 f.

<sup>26</sup> Meldung Rz 50.

<sup>27</sup> Meldung Rz 51.

<sup>28</sup> Meldung Rz 51.

<sup>29</sup> Meldung Rz 52. Vgl. RPW 2005/2 384 Rz 29 f., *Swiss Life/Vaudoise Vie*; RPW 2004/2 401 Rz 83, *Vorabklärung zum Umwandlungssatz*.

<sup>30</sup> Meldung Rz 56.

<sup>31</sup> Meldung Rz 47.

<sup>32</sup> Meldung Rz 61.

<sup>33</sup> Meldung Rz 66 ff.

18. Wie bereits dargelegt, liegt der Anteil von PFS im Bereich Third-Party-Administration-Dienstleistungen für Vorsorgeleistungen bei [0-10] %. PFS ist gemäss Meldung aktuell und künftig einem starken Wettbewerb durch etablierte Konkurrenz ausgesetzt. Kundinnen haben folglich diverse Möglichkeiten zu einem Anbieterwechsel.<sup>34</sup> Die meldenden Unternehmen haben denn auch keinen Anreiz für eine Abschottung. Gemäss Meldung erwirtschaftet PFS ca. [...] % ihres Umsatzes mit Unternehmen, die nicht mit ZKB/Swisscanto oder Zurich verbunden sind.<sup>35</sup> Schliesslich werden ZKB/Swisscanto und Zurich nach Vollzug der Transaktion ihre Investitionen in PFS *at arm's length* verwalten. Es werde keine vertikale Integration in eines der beiden kontrollierenden Unternehmen geben. Vielmehr werde PFS nach Vollzug der geplanten Transaktion gemeinsam von Swisscanto und Zurich kontrolliert, weshalb weder Swisscanto oder ZKB noch Zurich in der Lage sein werden, die Tätigkeiten von PFS einseitig mit der eigenen Tätigkeit oder derjenigen ihrer Tochtergesellschaften zu koordinieren.<sup>36</sup>

19. Die meldenden Unternehmen schliessen auch eine Kundenabschottung aus.<sup>37</sup> Neben ZKB/Swisscanto und Zurich sind gemäss Meldung noch viele weitere potentielle Kundinnen, also Nachfragerinnen von Third-Party-Administration-Dienstleistungen für Vorsorgeeinrichtungen, auf dem Markt.<sup>38</sup> Selbst wenn ZKB/Swisscanto und Zurich sämtliche Third-Party-Administration-Dienstleistungen für Vorsorgeeinrichtungen bei der PFS beziehen würde, werde den Konkurrentinnen nicht eine wesentliche Menge von Kundinnen vorenthalten.<sup>39</sup>

20. Die WEKO hat bisher Vorsorgeprodukte als Teil des Marktes für traditionelles Banksparen betrachtet.<sup>40</sup> Die Parteien sind der Meinung, dass Freizügigkeitskonten bestimmte Funktionen erfüllten, welche traditionelle Banksparprodukte nicht abdeckten.<sup>41</sup> Zudem gäbe es auch gewisse Restriktionen, welche für traditionelle Banksparprodukte ebenfalls nicht gegeben seien.<sup>42</sup> Um aufzuzeigen, dass es auch bei der engst möglichen sachlichen Marktabgrenzung zu keinem betroffenen Markt und zu keinen wettbewerblichen Bedenken kommt, wird im Sinne einer Arbeitshypothese ohne definitive sachliche Marktabgrenzung von einem Markt für Freizügigkeitskonten ausgegangen.

21. Auch hier wird in räumlicher Hinsicht ein nationaler Markt unterstellt, entsprechend der oben erwähnten Marktabgrenzung im Bereich Third-Party-Administration-Dienstleistungen für Vorsorgeleistungen sowie der Marktabgrenzung beim Markt für traditionelles Banksparen.<sup>43</sup>

22. Alle Parteien bieten Freizügigkeitskonten an.<sup>44</sup> Die Anteile wurden von den Parteien anhand der Einlagen geschätzt.<sup>45</sup> Die ZKB/Swisscanto hat CHF [...] Einlagen, die Zurich CHF [...] und PFS CHF [...], bei einem Gesamtmarkt von CHF 56'911 Mio. Einlagen.<sup>46</sup> Damit hat die ZKB/Swisscanto auf einem hypothetischen nationalen Markt für Freizügigkeitskonten einen Marktanteil von [0-10] %, Zurich [0-10] % und PFS [0-10] %.<sup>47</sup> Zusammen haben die Parteien einen Marktanteil von [...] %, womit es lediglich zu einer geringen Marktanteilsaddition von [0-10] % kommt. Es liegt folglich kein betroffener Markt vor und wettbewerbliche Bedenken wegen des Zusammenschlusses liegen fern.

## Ergebnis

23. Gemäss Meldung liegen die gemeinsamen Marktanteile der Parteien sowohl auf dem Markt für Third-Party-Administration-Dienstleistungen für Vorsorgeleistungen wie auch auf dem Markt für Freizügigkeitskonten auf einem national abgegrenzten Markt im einstelligen Prozentbereich. Somit liegen keine betroffenen Märkte vor. Zudem hat der Zusammenschluss weder vertikale noch konglomerate Auswirkungen.

24. Die vorläufige Prüfung ergibt aus den genannten Gründen keine Anhaltspunkte, dass der Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken wird. Die Voraussetzungen für eine Prüfung des Zusammenschlusses nach Art. 10 KG sind daher nicht gegeben.

<sup>34</sup> Meldung Rz 67.

<sup>35</sup> Meldung Rz 69.

<sup>36</sup> Meldung Rz 70.

<sup>37</sup> Meldung Rz 71.

<sup>38</sup> Meldung Rz 71.

<sup>39</sup> Meldung Rz 71.

<sup>40</sup> Vgl. RPW 2008/1 68 Rz 3 ff., *Bank Sarasin & Cie Ltd./AIG Privat Bank AG*.

<sup>41</sup> Meldung Rz 73.

<sup>42</sup> Meldung Rz 73.

<sup>43</sup> Vgl. RPW 2003/3 551 Rz 13, *Zürich Invest Bank AG/AIG Privat Bank AG*.

<sup>44</sup> Meldung Rz 76.

<sup>45</sup> Meldung Rz 76.

<sup>46</sup> Meldung Rz 76.

<sup>47</sup> Meldung Rz 76.

B 3

**Bundesverwaltungsgericht**  
Tribunal administratif fédéral  
Tribunale amministrativo federale

B 3

**1. Urteil vom 12. Dezember 2023 in Sachen Ticketcorner Holding AG gegen WEKO – Zusammenschlussvorhaben Ticketcorner und Starticket**

*Urteil B-3859/2019 des Bundesverwaltungsgerichts, Abteilung II vom 12. Dezember 2023 in Sachen Ticketcorner Holding AG, in Rümlang, vertreten durch [...], Beschwerdeführerin, gegen Wettbewerbskommission, WEKO, in Bern, Vorinstanz. Gegenstand: Zusammenschlussvorhaben 41-0816 Ticketcorner und Starticket.*

**Sachverhalt:**

**A. Gegenstand**

Gegenstand des vorliegenden Urteils bildet die von der Wettbewerbskommission (nachfolgend: Weko oder Vorinstanz) am 22. Mai 2017 erlassene Verfügung (nachfolgend: Untersagungsbescheid, veröffentlicht in: RPW 2018/3, S. 616 ff.), mit der ein von der Ticketcorner Holding AG und der Tamedia AG angemeldeter Unternehmenszusammenschluss untersagt wurde.

**B. Beschwerdeführerin**

**B.a** Die Ticketcorner Holding AG (nachfolgend: Beschwerdeführerin) ist eine im Januar 2010 unter dem Namen Eventim CH AG gegründete und danach sogleich umfirmierte schweizerische Gesellschaft mit heutigem Sitz in Rümlang. Sie hält als reine Holding-Gesellschaft alle Aktien der Ticketcorner AG.

**B.b** Die Anteile an der Beschwerdeführerin werden wiederum zu 50% von der in Deutschland domizilierten CTS-Eventim-Gruppe und zu 50% von der Ringier-Gruppe gehalten. Die CTS-Eventim-Gruppe ist hauptsächlich im internationalen Ticketvertrieb tätig. Der Zweck der Ringier-Gruppe besteht in der Ausübung aller Tätigkeiten im Medienbereich und der Informationsvermittlung, insbesondere im Verlagswesen.

**C. Zusammenschlussparteien**

**C.a** Die Beschwerdeführerin, die Tamedia AG (seit 20.12.2019 als TX Group AG firmierend; nachfolgend: Tamedia), die Ticketcorner AG (nachfolgend: Ticketcorner) und die Starticket AG (nachfolgend: Starticket) bilden die Zusammenschlussparteien des streitigen Zusammenschlussvorhabens. Dabei sind die Beschwerdeführerin und Tamedia als Transaktionsparteien sowie Ticketcorner und Starticket als Transaktionsobjekte zu qualifizieren.

**C.b** Tamedia ist die Muttergesellschaft des Medienkonzerns TX Group, der insbesondere in den Bereichen Print- und Online-Medien schwergewichtig in der Schweiz tätig ist. Sie verfügt über diverse Tochtergesellschaften. Zum Zeitpunkt der Anmeldung des streitigen Zusammenschlussvorhabens hielt Tamedia alle Aktien von Starticket.

**C.c** Starticket ist eine schweizerische Aktiengesellschaft mit Sitz in Zürich. Der Geschäftszweck von Starticket besteht im Betrieb einer Ticketingorganisation für Veranstaltungen jeglicher Art. Die Tätigkeit umfasst im Wesentlichen den Absatz von Tickets und sonstigen Ticketingdienstleistungen.

**C.d** Ticketcorner ist eine schweizerische Aktiengesellschaft mit Sitz in Rümlang, die im Jahr 2011 aus der Fusion der im Jahr 2003 gegründeten vormaligen Ticketcorner AG und einer früheren Ticketcorner Holding AG hervorgegangen ist. Der Geschäftszweck von Ticketcorner besteht im Betrieb einer Ticketingorganisation, welche im Wesentlichen den Absatz von Tickets und sonstigen Ticketingdienstleistungen umfasst.

**D. Das streitige Zusammenschlussvorhaben**

**D.a** Die Beschwerdeführerin und Tamedia schlossen am 31. Oktober 2016 eine vertragliche Vereinbarung (nachfolgend: Transaktionsvertrag) ab, die dem streitigen Zusammenschlussvorhaben zu Grunde liegt.

**D.b** Der Transaktionsvertrag sah vor, dass Tamedia sich mit einem Anteil von 25% an Ticketcorner beteiligt. Als Gegenleistung für den erhaltenen 25%-Anteil an Ticketcorner sollte Tamedia sämtliche Aktien von Starticket an Ticketcorner übertragen, wodurch Starticket zu einer 100%-Tochtergesellschaft von Ticketcorner geworden wäre.

**D.c** Nach Abschluss des streitigen Zusammenschlussvorhabens hätten die Beschwerdeführerin 75% und Tamedia 25% der Anteile an Ticketcorner gehalten. Der Transaktionsvertrag sah dabei eine gemeinsame Kontrolle von Ticketcorner durch die Beschwerdeführerin und Tamedia vor.

**D.d** Nachdem die Beschwerdeführerin am 10. Juli 2017 ihre Beschwerde gegen den Untersagungsbescheid eingereicht hatte (vgl. Sachverhalt, G.a), haben die Transaktionsparteien am 7./9. August 2017 eine ergänzende vertragliche Vereinbarung über die Behandlung des Zusammenschlussvorhabens während des Beschwerdeverfahrens getroffen (nachfolgend: Ergänzungsvertrag), mit der verschiedene Regelungen des Transaktionsvertrags aufgehoben oder abgeändert wurden. Dabei haben die Parteien insbesondere die zeitliche Beschränkung der Geltendmachung eines Rücktritts vom Transaktionsvertrag nach Erlass einer Zusammenschlussverfügung der Wettbewerbskommission aufgehoben, die Übernahme der Kosten für das Beschwerdeverfahren durch die Beschwerde führende Partei festgelegt und eine Zahlung der Beschwerdeführerin an Ta-

media zum Ausgleich von Kosten sowie sonstige Massnahmen vereinbart. Im Ergebnis wurde dadurch jeder Partei ein jederzeitiges und voraussetzungsloses Rücktrittsrecht vom Transaktionsvertrag bis zum Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts eingeräumt.

**D.e** Am 20. Dezember 2020 hat Tamedia gegenüber der Beschwerdeführerin den Rücktritt vom Transaktionsvertrag erklärt. Dies wurde von der Beschwerdeführerin bestätigt.

**D.f** Am 9. Januar 2021 hat Tamedia öffentlich bekannt gegeben, dass sie Starticket an See Tickets, einer englischen Tochtergesellschaft des französischen Medienkonzerns Vivendi SA, veräussert habe.

## **E. Marktverhältnisse**

**E.a** Im Geschäftsbereich des Absatzes von Tickets für kommerzielle Veranstaltungen sind die beiden Varianten des Fremdvertriebs und des Eigenvertriebs zu unterscheiden (vgl. Verfügung, Rz. 139 ff.).

**E.b** Beim Fremdvertrieb überträgt der Veranstalter den Absatz von Tickets gegenüber den Besuchern seiner Veranstaltung an ein Ticketingunternehmen, das üblicherweise auf dieses Geschäft spezialisiert ist und hierzu ein Netz an physischen Verkaufsstellen und/oder ein elektronisches Ticketverkaufssystem im Internet betreibt. Das Ticketingunternehmen erbringt gegenüber dem Veranstalter bestimmte Fremdvertriebsdienstleistungen gegen Entgelt. Diese umfassen neben dem eigentlichen Verkauf der Tickets regelmässig weitere unterschiedliche Leistungen (vgl. Verfügung, Rz. 202, 222).

**E.c** Beim Eigenvertrieb setzt der Veranstalter die Tickets für seine Veranstaltungen gegenüber den Besuchern unmittelbar selbst ab. Hierzu bedient er sich eines Ticketing-Systems, das ihm vom Ticketingunternehmen auf der Grundlage einer Lizenz einräumung zur Verfügung gestellt wird. Die Nutzung des Ticketing-Systems ermöglicht dem Veranstalter zudem die Umsetzung von verschiedensten Aktivitäten (vgl. Verfügung, Rz. 237).

**E.d** Bei der Prüfung des streitigen Zusammenschlussvorhabens hat die Vorinstanz den Markt für Fremdvertriebsdienstleistungen als entscheidungserheblichen relevanten Markt festgelegt und gegenüber dem Markt für Eigenvertriebsdienstleistungen sowie weiteren Märkten abgegrenzt (vgl. Verfügung, Rz. 225).

**E.e** Zur Stellung auf dem relevanten Markt nach Umsetzung des streitigen Zusammenschlussvorhabens stellte der Untersagungsbescheid fest, dass Ticketcorner und Starticket nach der Zusammenführung einen Marktanteil zwischen 90% und 100% nach dem Gesamtumsatz oder dem Kommissionsumsatz sowie einen Marktanteil zwischen 80% und 90% nach den verkauften Tickets hätten (vgl. Verfügung, Rz. 273). Durch den streitigen Unternehmenszusammenschluss mit einer Zusammenführung von Ticketcorner und Starticket würde daher eine marktbeherrschende Stellung, die eine Beeinträchtigung des wirksamen Wettbewerbs nach sich zöge, zumindest herbeigeführt, weil mit Starticket der einzige nennenswerte Konkurrent von Ticketcorner wegfiel (vgl. Verfügung, Rz. 385).

**E.f** Im Hinblick auf eine bereits bestehende Marktstellung von Ticketcorner hat die Vorinstanz ausgeführt,

dass Ticketcorner eine überragende Marktstellung auf dem relevanten Markt zukomme, die insbesondere durch vertragliche Exklusivitätsvereinbarungen mit Veranstaltungsstätten, Veranstaltern sowie Verkaufsstätten verstärkt werde (vgl. Verfügung, Rz. 275).

## **F. Vorinstanzliches Verfahren**

**F.a** Am 15. November 2015 reichten die Beschwerdeführerin und Tamedia den Entwurf einer Meldung für das streitige Zusammenschlussvorhaben beim Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend: Sekretariat) ein. Das Sekretariat bemängelte die Unvollständigkeit des Meldeentwurfs und forderte die Transaktionsparteien mit Schreiben vom 28. November 2016 auf, die notwendigen Angaben, einschliesslich jener zur Beschreibung des Zusammenschlussvorhabens und zu den Märkten, zu ergänzen.

**F.b** Am 9. Januar 2017 reichten die Beschwerdeführerin und Tamedia zusammen die Meldung des streitigen Zusammenschlussvorhabens beim Sekretariat der Wettbewerbskommission ein und ergänzten diese auf dessen Anforderung hin mit Eingabe vom 26. Januar 2017.

**F.c** Am 9. Februar 2017 entschied die zuständige Kammer der Vorinstanz, eine vertiefte Prüfung des streitigen Zusammenschlussvorhabens gemäss Kartellgesetz durchzuführen.

**F.d** Die Wettbewerbsbehörden informierten die Öffentlichkeit über die wettbewerbsrechtliche Prüfung des streitigen Zusammenschlussvorhabens mit Pressemitteilung vom 13. Februar 2017.

**F.e** In der Folge reichten die Zusammenschlussparteien zahlreiche Stellungnahmen ein und machten von ihrem Anspruch auf Akteneinsicht Gebrauch. Am 8. Mai 2017 fand eine Anhörung der Zusammenschlussparteien vor der Vorinstanz statt.

**F.f** Am 22. Mai 2017 eröffnete die Vorinstanz den vorliegend angefochtenen Untersagungsbescheid mit folgendem Dispositiv:

"1. Das Zusammenschlussvorhaben wird untersagt.

2. Die Verfahrenskosten von insgesamt CHF 160'000 werden der Ticketcorner-Holding AG und Tamedia AG zu gleichen Teilen, d.h. je CHF 80'000, und unter solidarischer Haftung auferlegt.

3. [Eröffnung]."

## **G. Verfahren vor Rückweisung (B-3871/2017)**

**G.a** Die Beschwerdeführerin hat den vorliegenden Untersagungsbescheid mit Beschwerde vom 10. Juli 2017 beim Bundesverwaltungsgericht mit den folgenden Rechtsbegehren angefochten:

"(1) Die Verfügung der Wettbewerbskommission vom 22. Mai 2017 sei vollumfänglich aufzuheben und das Zusammenschlussvorhaben sei vom Bundesverwaltungsgericht ohne Auflagen und Bedingungen zu bewilligen.

(2) Eventualiter sei die Verfügung der Wettbewerbskommission vom 22. Mai 2017 vollumfänglich aufzuheben und das Zusammenschlussvorhaben sei vom Bundesverwaltungsgericht mit den gemäss Rz. 476 der Verfügung der Wettbewerbskommission vom 22. Mai 2017 von den beteiligten Unternehmen vorgeschlagenen und nach Ansicht des Bundesverwaltungsgerichts geeigneten und erforderlichen Auflagen zu bewilligen.

(3) Subeventualiter sei die Verfügung der Wettbewerbskommission vom 22. Mai 2017 vollumfänglich aufzuheben und an die Wettbewerbskommission zur Neuurteilung zurückzuweisen.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten des Staates."

Die Beschwerdeführerin stellte überdies die folgenden weiteren Verfahrensanhänge:

"(4) Der Vorinstanz sei gleichzeitig mit Zustellung der vorliegenden Beschwerde Frist zur Beschwerdeantwort anzusetzen.

(5) Vor einer Entscheidung durch das Bundesverwaltungsgericht sei eine Verhandlung durchzuführen und die Beschwerdeführerin anzuhören."

**G.b** Mit Verfügung vom 12. Juli 2017 ersuchte das Bundesverwaltungsgericht die Beschwerdeführerin um Angaben zur Höhe des Streitwerts der Beschwerde. Mit Schreiben vom 18. Juli 2017 erklärte die Beschwerdeführerin, eine konkrete Schätzung des Streitwerts sei zum gegenwärtigen Zeitpunkt nicht möglich, sie gehe jedoch davon aus, dass dieser sich in einer Grössenordnung von über CHF (...) bewege.

**G.c** Mit Schreiben vom 19. September 2017 bat die Beschwerdeführerin um Bekanntgabe des Spruchkörpers im vorliegenden Verfahren, um dessen Zusammensetzung anhand ihres Anspruchs auf ein unbefangenes Gericht prüfen zu können. Das Bundesverwaltungsgericht entsprach diesem Ersuchen mit Verfügung vom 26. September 2017.

**G.d** Am 16. Oktober 2017 reichte die Vorinstanz nach Fristerstreckung ihre Vernehmlassung ein. Die Beschwerdeführerin reichte ihre Replik nach Fristerstreckung am 15. Januar 2018 ein und legte hierbei den Ergänzungsvertrag vor.

**G.e** Mit Urteil vom 3. Mai 2018 ist das Bundesverwaltungsgericht mangels Beschwerdelegitimation der Beschwerdeführerin nicht auf die Beschwerde eingetreten (nachfolgend: Ausgangsurteil). Das Bundesverwaltungsgericht begründete sein Urteil im Wesentlichen damit, dass kein ausreichendes Rechtsschutzinteresse gegeben sei, wenn nicht alle Transaktionsparteien, die an einem Zusammenschlussvorhaben beteiligt sind, eine Beschwerde gegen eine Untersagungsverfügung erheben. Denn andernfalls könnte eine Beschwerde führende Transaktionspartei die anderen Transaktionsparteien angesichts der gemäss Art. 34 KG schwebend unwirksamen Transaktionsvereinbarung daran hindern, anderweitige wirtschaftliche Verhaltensweisen, die aus deren Sicht aufgrund der behördlichen Untersagung des jeweiligen Zusammenschlussvorhabens angezeigt seien, wahrzunehmen (vgl. Ausgangsurteil, E. 19). Gerade ein marktbeherrschendes Unternehmen könnte dadurch ansonsten eine kleinere Transaktionspartei an einer sinnvollen und notwendigen wirtschaftlichen Weiterführung der Geschäftstätigkeiten hindern (vgl. Ausgangsurteil, E. 26 ff.).

## **H. Verfahren vor Bundesgericht (2C\_509/2018)**

**H.a** Am 7. Juni 2018 erhob die Beschwerdeführerin gegen das Ausgangsurteil Beschwerde beim Bundesgericht mit den Anträgen: (1) Das Ausgangsurteil sei aufzuheben und das streitige Zusammenschlussvorhaben sei ohne Auflagen zu bewilligen; (2) eventualiter sei das

streitige Zusammenschlussvorhaben mit den gemäss dem vorliegenden Untersagungsbescheid von den beteiligten Unternehmen vorgeschlagenen Auflagen zu bewilligen; (3) subeventualiter sei das Ausgangsurteil vollumfänglich aufzuheben und das Bundesverwaltungsgericht anzuweisen, auf die Beschwerde einzutreten; (4) sub-subeventualiter sei durch das Bundesgericht festzustellen, dass das Ausgangsurteil und der Untersagungsbescheid rechtswidrig seien.

**H.b** Tamedia reichte ihre Stellungnahmen zur Beschwerde der Beschwerdeführerin am 18. Juli und 23. August 2018 beim Bundesgericht ein. Am 14. August 2018 reichte die Wettbewerbskommission ihre Vernehmlassung beim Bundesgericht ein, mit der sie beantragte, auf die Anträge 1 und 2 nicht einzutreten und - soweit darauf eingetreten werde - die Anträge 3 und 4 abzuweisen. Das Bundesverwaltungsgericht verzichtete mit Schreiben vom 26. Juli 2018 auf eine Vernehmlassung. Am 21. Dezember 2018 reichte die Beschwerdeführerin eine ergänzende Stellungnahme beim Bundesgericht ein.

**H.c** Mit Urteil vom 24. Juni 2019 hiess das Bundesgericht die Beschwerde der Beschwerdeführerin gut, soweit darauf eingetreten wurde (nachfolgend: Aufhebungsurteil). Das Ausgangsurteil wurde aufgehoben und die Sache zu neuer Entscheidung an das Bundesverwaltungsgericht zurückverwiesen. Zur Begründung führte das Bundesgericht im Wesentlichen an, dass die Beschwerdeführerin ein Interesse daran habe, dass die Fusion vollzogen werde. Die Feststellung des Bundesverwaltungsgerichts zur schwebenden Unwirksamkeit des Transaktionsvertrags beruhe auf einer unrichtigen Auslegung von Art. 34 KG. Denn der dadurch statuierte Aufschub der zivilrechtlichen Wirksamkeit beschlage nicht das Verpflichtungs-, sondern nur den Abschluss des Verfügungsgeschäfts. Der Aufschub habe nur zur Folge, dass das Zusammenschlussvorhaben erst dann vollzogen werden könne, wenn seitens der Wettbewerbsbehörden keine wettbewerbsrechtlichen Bedenken mehr dagegen bestehen. Im Gegensatz dazu bliebe es den Zusammenschlussparteien auch im Falle einer Untersagung des Zusammenschlussvorhabens unbenommen, am Verpflichtungsgeschäft festzuhalten bzw. dieses abzuändern. Daher könne nicht von einer gegen den Willen einer Vertragspartei aufrechterhaltenen schwebenden zivilrechtlichen Unwirksamkeit des Zusammenschlussvorhabens gesprochen werden, weshalb dieser Aspekt der Bejahung einer individuellen Beschwerdelegitimation nicht entgegenstehe (vgl. Aufhebungsurteil, E. 4). Ein praktisches und aktuelles Interesse an einer Neuurteilung des Zusammenschlussvorhabens wäre nur dann zu verneinen, wenn feststünde, dass Tamedia nicht mehr am Zusammenschluss interessiert wäre (vgl. Aufhebungsurteil, E. 5.4).

## **I. Verfahren nach Rückweisung (B-3859/2019)**

**I.a** Mit ergänzender Eingabe an das Bundesverwaltungsgericht vom 20. Januar 2020 hat die Beschwerdeführerin weitere Anträge gestellt:

"(1) Es sei festzustellen, dass die Verfügung der Wettbewerbskommission vom 22. Mai 2017 rechtswidrig ist.

(2) Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten des Bundes."

**I.b** Mit Verfügung vom 28. Januar 2020 stellte das Bundesverwaltungsgericht die ergänzende Eingabe der Vorinstanz zur Kenntnisnahme zu.

**I.c** Ebenfalls am 28. Januar 2020 reichte das Bundesverwaltungsgericht beim Bundesgericht ein Erläuterungsgesuch zum Aufhebungsurteil ein. Das Erläuterungsgesuch umfasste zum einen die Fragen, ob der Untersagungsbescheid aufgrund der fehlenden Erhebung einer Beschwerde nach Ablauf der Rechtsmittelfrist durch Tamedia gegenüber dieser in Teilrechtskraft erwachsen sei, ob Tamedia sich deshalb im Falle eines Vollzugs des streitigen Zusammenschlussvorhabens wegen Widerhandlung gegen eine Untersagungsverfügung gemäss Art. 55 KG strafbar machen würde, und ob vor diesem Hintergrund dennoch ein schutzwürdiges Interesse der Beschwerdeführerin im Sinne von Art. 48 Abs. 1 Bst. c VwVG festzustellen sei. Zum anderen wurde die Frage gestellt, ob ein erneuter Nichteintretensentscheid aufgrund der fehlenden Übereinstimmung zwischen dem Wortlaut der Ziff. 1 des Urteilsdispositivs des Aufhebungsurteils und dem Wortlaut der Erwägungen 1.3 und 5.5 grundsätzlich zulässig wäre.

**I.d** Mit Verfügung vom 18. Februar 2020 bezeichnete das Bundesgericht Ticketcorner, die Wettbewerbskommission und Tamedia als weitere Verfahrensbeteiligte im Verfahren um Erläuterung seines Aufhebungsurteils.

**I.e** Am 4. Mai 2020 reichte Ticketcorner ihre Vernehmung zum Erläuterungsgesuch des Bundesverwaltungsgerichts beim Bundesgericht ein. Sie beantragte, auf das Erläuterungsgesuch sei nicht einzutreten, eventualiter sei dieses abzuweisen.

**I.f** Mit Urteil vom 12. Juni 2020 wurde das Erläuterungsgesuch durch das Bundesgericht abgewiesen, soweit darauf eingetreten wurde. Das Bundesgericht stellte dabei fest, dass in Anbetracht der Erwägungen 1.3 und 5.5 des Aufhebungsurteils die Ziff. 1 des Dispositivs unmissverständlich dahingehend auszulegen sei, dass das Bundesverwaltungsgericht auf die Beschwerde der Gesuchstellerin einzutreten und einen materiellrechtlichen Entscheid zu treffen habe, weil das Dispositiv insofern mit den Entscheidungsgründen in Einklang stehe. Soweit das Bundesverwaltungsgericht aufgrund veränderter Tatsachen erneut einen Nichteintretensentscheid fällen wolle, so stelle dies eine neue Frage dar, die nicht vorab vom Bundesgericht zu beurteilen sei.

**I.g** Mit Schreiben vom 17. August 2020 reichte die Beschwerdeführerin beim Bundesverwaltungsgericht ein Ausstandsbegehren gegenüber dem vorsitzenden Richter Stephan Breitenmoser ein. Zu dessen Begründung führte sie im Wesentlichen aus, dass das Erläuterungsgesuch die Absicht des vorsitzenden Richters offenbare, entgegen den Anweisungen des Bundesgerichts wiederum einen Nichteintretensentscheid zu fällen, weil er ein weiteres Mal die Beschwerdelegitimation hinterfrage und explizit die Frage aufwerfe, ob das Bundesverwaltungsgericht neuerlich einen Nichteintretensentscheid fällen könne.

**I.h** Das Bundesverwaltungsgericht hat das Ausstandsbegehren in einem gesonderten Verfahren (B-4117/2020) behandelt und mit - formell rechtskräftigem - Entscheid vom 30. September 2020 (nachfolgend: Aus-

standsentscheid 1) abgewiesen. Zur Begründung hat es im Wesentlichen ausgeführt, es lasse sich dem Erläuterungsgesuch nicht entnehmen, dass sich der vorsitzende Richter bereits in einer Art festgelegt hätte, dass er einer anderen Bewertung der Sach- und Rechtslage nicht mehr zugänglich wäre.

**I.i** Am 12. April 2022 reichte die Beschwerdeführerin eine ergänzende Eingabe ein. Mit Schreiben vom 25. Mai 2022 verzichtete die Vorinstanz auf eine Stellungnahme zu dieser Eingabe.

**I.j** Mit Schreiben vom 27. Januar 2023 beantragte die Beschwerdeführerin Auskunft über den Stand des Verfahrens und die Zusammensetzung des Spruchkörpers. Das Bundesverwaltungsgericht erteilte diese mit Verfügung vom 31. Januar 2023.

**I.k** Mit Eingabe vom 7. Februar 2023 reichte die Beschwerdeführerin beim Bundesverwaltungsgericht ein Ausstandsbegehren gegen den seit Januar 2023 für die Fallbearbeitung eingesetzten Gerichtsschreiber Ralf Straub ein.

**I.l** Zur Begründung der behaupteten Befangenheit wurde auf eine angebliche Aussage dieses Gerichtsschreibers in einem Telefonat mit RA Dr. Marcel Meinhardt als Vertreter der Beschwerdeführerin im Verfahren betreffend Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich (vgl. Urteil des BVGer B-3618/2013 vom 24. November 2016, Hallenstadion) verwiesen.

**I.m** Mit der eingeholten Stellungnahme vom 7. März 2023 bestritt der betroffene Gerichtsschreiber, dass er die behauptete Aussage abgegeben habe.

**I.n** Das Bundesverwaltungsgericht hat das Ausstandsbegehren mit Zwischenverfügung vom 20. Oktober 2023 (nachfolgend: Ausstandsentscheid 2) abgewiesen. Selbst wenn der Gerichtsschreiber in Zusammenhang mit dem Verfahren Hallenstadion die betreffende Aussage vorgenommen haben sollte, so würde es sich bei einer solchen Aussage nicht um eine abschliessende Meinung zu einem laufenden Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht handeln, sondern höchstens um eine Prognose zu einer zu diesem Zeitpunkt noch nicht einmal eröffneten Untersuchung der Wettbewerbskommission (vgl. Ausstandsentscheid 2, E. 4.6).

**I.o** Mit Datum vom 31. Oktober 2023 beantragte die Beschwerdeführerin eine Sistierung des Verfahrens. Zur Begründung macht sie im Wesentlichen geltend, dass sie gegen den Ausstandsentscheid 2 fristgerecht Beschwerde beim Bundesgericht einlegen werde. Der Ausgang des Beschwerdeverfahrens vor Bundesgericht über dieses Ausstandsbegehren sei zumindest geeignet, den Entscheid im vorliegenden Beschwerdeverfahren zu beeinflussen. Im Falle einer Gutheissung der Beschwerde müssten jegliche Verfahrenshandlungen, an denen Ralf Straub als Gerichtsschreiber mitgewirkt habe, wiederholt werden. Zudem wäre ein Urteil unter Mitwirkung dieses Gerichtsschreibers im bundesgerichtlichen Verfahren aufzuheben.

**I.p** Am 2. November 2023 wurde aus gerichtsorganisatorischen Gründen Robert Weyeneth als Gerichtsschreiber im vorliegenden Verfahren eingesetzt.

## Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

### I. PROZESSVORAUSSETZUNGEN

1. Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht richtet sich gemäss Art. 37 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) nach dem Verwaltungsverfahrensgesetz vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021), soweit das Verwaltungsgerichts-gesetz nichts anderes bestimmt. Danach prüft das Bundesverwaltungsgericht von Amtes wegen gemäss Art. 7 VwVG sowie mit freier Kognition, ob die Prozessvoraussetzungen erfüllt sind und ob und in welchem Umfang auf eine Beschwerde einzutreten ist (ständige Rechtsprechung seit BVGE 2007/6 E. 1).

#### 1) Sachliche Zuständigkeit

2. Das Bundesverwaltungsgericht beurteilt gemäss Art. 31 VGG Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 VwVG, welche von einer der in Art. 33 VGG aufgeführten Behörden erlassen wurden, soweit keine der in Art. 32 VGG aufgeführten Ausnahmen gegeben ist.

3. Der vorliegende Untersagungsbescheid stellt eine Verfügung im Sinne von Art. 5 VwVG dar. Bei der Wettbewerbskommission handelt es sich um eine eidgenössische Kommission im Sinne von Art. 33 Bst. f VGG. Da keine Ausnahme von der sachlichen Zuständigkeit im Sinne von Art. 32 VGG vorliegt, ist das Bundesverwaltungsgericht zur Behandlung der Beschwerde sachlich zuständig.

#### 2) Prozessfähigkeit

4. Die Beschwerdeführerin ist eine im Handelsregister eingetragene Aktiengesellschaft und damit als juristische Person des Privatrechts rechtsfähig und über ihre Organe handlungsfähig. Die Voraussetzungen ihrer Prozessfähigkeit gemäss Art. 6 VwVG sind somit gegeben.

#### 3) Beschwerdelegitimation

5. Das Vorliegen einer ausreichenden Beschwerdelegitimation ist angesichts der seit dem Aufhebungsurteil eingetretenen Veränderung der Sachlage wiederum von Amtes wegen zu prüfen.

6. Die Beschwerdeführerin macht geltend, dass sie trotz des Rücktritts von der Transaktionsvereinbarung am 20. Dezember 2020 seitens Tamedia nach wie vor ein aktuelles und praktisches Rechtsschutzinteresse sowohl an der materiell-rechtlichen Überprüfung des vorliegenden Untersagungsbescheids gemäss Art. 10 Abs. 2 Bst. a KG als auch an der Feststellung von dessen Rechtswidrigkeit durch das Bundesverwaltungsgericht habe.

7. Der Antrag auf Feststellung der Rechtswidrigkeit sei bereits im Antrag der Beschwerdeführerin auf Aufhebung des vorliegenden Untersagungsbescheids in ihrer Beschwerde enthalten gewesen. Die Beschwerdeführerin habe diesen Antrag in der Eingabe vom 20. Januar 2020 lediglich der guten Ordnung halber ausformuliert.

8. Angesichts dessen, dass für die Feststellung des Sachverhalts der Zeitpunkt des Beschwerdeentscheids massgebend sei und dem Bundesverwaltungsgericht gemäss Art. 37 VGG i.V.m. Art. 12 ff. und Art. 49 VwVG volle Kognition zukomme, seien auch Tatsachen zu be-

rücksichtigen, die sich erst nach dem vorinstanzlichen Entscheid ergeben hätten.

9. So hätten sich die Marktverhältnisse seit dem vorliegenden Untersagungsbescheid infolge der Covid-19-Pandemie radikal verändert. Zwischen Februar 2020 und der Einführung der Zertifikatspflicht im Juni 2021 seien praktisch keinerlei (Gross-)Veranstaltungen mehr durchgeführt worden. Auch danach seien Veranstaltungen durch die Zertifikatspflicht bis zu deren vollständiger Aufhebung Anfang 2022 erheblichen Einschränkungen unterworfen gewesen. Der Marktanteil von Ticketcorner sei dadurch quasi auf null gesetzt worden. Wie sich die Marktverhältnisse bei Aufnahme des Normalbetriebs entwickeln würden, sei daher vollkommen offen. Dies gelte insbesondere unter Berücksichtigung des zwischenzeitlichen Markteintritts neuer Unternehmen und des drohenden Zusammenschlusses bestehender Unternehmen aufgrund von wirtschaftlichen Notwendigkeiten nach der Pandemie.

10. Gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichts und des Bundesverwaltungsgerichts sei das Vorliegen eines aktuellen und praktischen Rechtsschutzinteresses zu bejahen, wenn durch den Ausgang des Verfahrens die tatsächliche oder rechtliche Situation eines Beschwerdeführers noch beeinflusst werden könne.

11. Diese Rechtsprechung habe das Bundesgericht auch bei einer Mietstreitigkeit zwischen zwei Mietparteien bestätigt und das schutzwürdige Interesse der Parteien an der Beurteilung ihrer Beschwerden trotz der Ankündigung einer Partei, die Mieträumlichkeiten zu verlassen, bejaht (vgl. Urteil des BGer 4A\_653/2018 vom 4. November 2019).

12. Vorliegend könne durch den Ausgang des Beschwerdeverfahrens die tatsächliche und rechtliche Situation der Beschwerdeführerin ungeachtet des Vertragsrücktritts seitens Tamedia noch beeinflusst werden. Würde der Untersagungsbescheid nämlich in Rechtskraft erwachsen, hätte dies weitreichende Konsequenzen für die Beschwerdeführerin, ohne dass der Untersagungsbescheid je durch ein Gericht überprüft worden wäre. Denn die richterliche Überprüfung des Untersagungsbescheids sei für die Beschwerdeführerin sowohl für die von Ticketcorner abgeschlossenen Exklusivverträge als auch für zukünftige Zusammenschlussvorhaben von bedeutendem Interesse.

13. So würden die von der Beschwerdeführerin abgeschlossenen oder neu abzuschliessenden Exklusivverträge aufgrund der durch den vorliegenden Untersagungsbescheid festgestellten "überragenden Marktstellung" von Ticketcorner nach Rechtskraft des Untersagungsbescheids ungültig werden. Dies werde auch im Ausgangsurteil festgehalten.

14. Darüber hinaus müsse die Beschwerdeführerin angesichts der Feststellungen im vorliegenden Untersagungsbescheid davon ausgehen, dass die Vorinstanz auch künftige Zusammenschlussvorhaben der Beschwerdeführerin im Ticketingbereich untersagen werde. Eine neuerliche Untersagung eines Unternehmenszusammenschlusses durch die Vorinstanz könnte jedoch nie rechtzeitig gerichtlich überprüft werden. Dies belege das vorliegende Beschwerdeverfahren.



15. Damit sei die Beschwerdeführerin aufgrund des Untersagungsbescheids für potenzielle Verkäufer von Unternehmensanteilen von vornherein uninteressant. Sie käme für kein Unternehmen mehr als Käuferin in Frage. Diese Problematik akzentuiere sich, falls Starticket in Zukunft erneut zum Verkauf angeboten werden sollte. Der Untersagungsbescheid entfalte auch in dieser Hinsicht eine für die Beschwerdeführerin nachteilige Präjudizwirkung.

16. Aus diesem Grund habe auch der deutsche Bundesgerichtshof in seinem Entscheid zum gescheiterten Zusammenschlussvorhaben zwischen dem Springer-Verlag und den Fernsehsendern ProSieben/SAT1 (vgl. Urteil des BGH KVR 30/06 vom 25. September 2007) festgehalten, dass ein vom deutschen Bundeskartellamt untersagter Zusammenschluss aufgrund bestehender wirtschaftlicher Zwänge häufig aufgegeben werden müsse, bevor es zu einer gerichtlichen Überprüfung der Entscheidung des Bundeskartellamts komme. Während das kartellamtliche Verfahren innerhalb einer gesetzlich festgelegten Frist abgeschlossen sein müsse, sei der Rechtsschutz gegen eine Untersagung nicht in vergleichbar kurzer Zeit zu erlangen. Werde das Zusammenschlussvorhaben aufgegeben, etwa weil der Verkäufer - wie vorliegend Tamedia - nicht bereit sei, den Ausgang des Verfahrens vor den Gerichten abzuwarten, erledige sich zwar die Untersagung des Zusammenschlussvorhabens. Der Käufer könne aber gleichwohl in besonders gelagerten Fällen ein erhebliches Interesse an der Klärung der aufgeworfenen Tatsachen- und Rechtsfragen haben, etwa wenn er damit rechnen müsse, dass ihm im Falle zukünftiger Akquisitionen die Argumente aus der früheren Entscheidung entgegengehalten und künftige Zusammenschlussvorhaben ebenfalls untersagt würden. Der Bundesgerichtshof habe dem Springer-Verlag aus diesen Gründen ein Rechtsschutzinteresse an der richterlichen Überprüfung des gescheiterten Zusammenschlussvorhabens zugesprochen.

17. Diese Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs entspreche auch derjenigen des Gerichts der Europäischen Union (EuG) in den Fällen Gencor, Kesko und MCI (vgl. E. 78 ff.). Danach stelle der Wegfall der vertraglichen Grundlage des Zusammenschlusses für sich allein keinen Grund dar, welcher die gerichtliche Überprüfung der Untersagung eines Zusammenschlussvorhabens durch die EU-Kommission ausschliessen könne. Dasselbe müsse demnach auch für die Schweizer Rechtsordnung gelten.

18. Des Weiteren macht die Beschwerdeführerin geltend, gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung sei ausnahmsweise auf das Erfordernis eines aktuellen und praktischen Rechtsschutzinteresses zu verzichten, wenn die mit der Beschwerde gerügte Rechtsverletzung sich jederzeit wiederholen könne und eine rechtzeitige gerichtliche Überprüfung im Einzelfall anders kaum je möglich wäre. Der Beschwerdeführerin sei damit eventualiter zumindest ein virtuelles Rechtsschutzinteresse zuzugestehen.

19. Die Beschwerdeführerin müsse - wie dargelegt - angesichts der Feststellungen im vorliegenden Untersagungsbescheid davon ausgehen, dass die Vorinstanz auch ihre zukünftigen Zusammenschlussvorhaben im

Ticketingbereich und insbesondere ein erneutes Vorhaben, Starticket zu erwerben, untersagen würde. Eine neuerliche Untersagung durch die Vorinstanz könnte jedoch - wie das vorliegende Beschwerdeverfahren aufzeige - nie rechtzeitig gerichtlich überprüft werden. Dies könne nicht richtig sein. Das Bundesverwaltungsgericht sei auch deshalb angehalten, den vorliegenden Untersagungsbescheid nach Massgabe von Art. 10 Abs. 2 Bst. a KG materiell-rechtlich zu beurteilen.

20. Die Vorinstanz hat nach Rückweisung des Urteils auf eine Stellungnahme verzichtet, nachdem sie das Vorliegen einer Beschwerdelegitimation der Beschwerdeführerin gemäss Art. 48 Abs. 1 Bst. c VwVG bereits zu Beginn des Beschwerdeverfahrens verneint hatte.

21. Die Beschwerdelegitimation verlangt gemäss Art. 48 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 37 VGG, dass ein Beschwerdeführer am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen hat oder ihm keine Möglichkeit zur Teilnahme eingeräumt wurde, er durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist und zudem ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung hat.

22. Diese Vorschrift ist gemäss Art. 39 KG auch für Kartell(gerichts)verfahren massgebend, weil das Kartellgesetz keine abweichenden Regelungen hierzu vorsieht.

23. Die Beschwerdeführerin hat am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen und sie wurde als Transaktionspartei aufgrund der Untersagung des streitigen Zusammenschlussvorhabens durch den vorliegenden Untersagungsbescheid besonders berührt.

24. Es stellt sich sodann die Frage, ob der Beschwerdeführerin ein schutzwürdiges Interesse zukommt, dass die vorinstanzliche Untersagung des streitigen Zusammenschlussvorhabens im Rahmen des vorliegenden Beschwerdeverfahrens materiell überprüft wird.

25. Die Beschwerdeführerin beantragt mit ergänzender Eingabe vom 20. Januar 2020 die Feststellung, dass der Untersagungsbescheid rechtswidrig sei. Sie führt diesbezüglich aus, der Antrag auf Feststellung der Rechtswidrigkeit sei bereits in ihrem in der Beschwerde gestellten Antrag auf Aufhebung des Untersagungsbescheids enthalten gewesen. Sie habe den Antrag in ihrer Eingabe vom 20. Januar 2020 lediglich der guten Ordnung halber ausformuliert.

26. Feststellungsentscheide sind gegenüber Gestaltungs- oder Leistungsentscheiden subsidiär (vgl. BGE 131 I 166 E. 1.4; SEETHALER/PORTMANN, in: Praxiskommentar, 3. Aufl. 2023, Art. 52 N. 36); entsprechend sind Feststellungsbegehren nur zulässig, wenn ein Gestaltungs- oder Leistungsbegehren nicht möglich ist. Vorliegend hat die Beschwerdeführerin in ihrer Beschwerde einen Antrag auf Aufhebung gestellt. Sie hat deshalb kein schutzwürdiges Interesse an einer Feststellung der Rechtswidrigkeit. Auf den entsprechenden Antrag ist nicht einzutreten.

27. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts und des Bundesverwaltungsgerichts ist ein Interesse in der Regel nur dann als schutzwürdig zu qualifizieren, wenn ein Beschwerdeführer aus einer allfälligen Aufhebung oder Änderung des angefochtenen Entscheids einen praktischen Nutzen ziehen oder einen materiellen oder

ideellen Nachteil vermeiden kann, den dieser Entscheid mit sich bringen würde (vgl. BGE 140 II 214 E. 2.1; 136 II 304 E. 2.3.1; 131 II 587 E. 2.1, 4.1.1; 123 II 376 E. 2; BVGE 2014/48 E. 1.3.3.4; 2013/56 E. 1.3.2; 2012/33 E. 1.2; 2010/12 E. 2.2, 4.3; 2009/31 E. 3.1; 2009/9 E. 1.2). Insofern muss die tatsächliche oder rechtliche Situation des Beschwerdeführers durch den Ausgang des Verfahrens in relevanter Weise unmittelbar beeinflusst werden können (vgl. BGE 141 II 14 E. 4.4; 140 II 214 E. 2.1; 139 II 279 E. 2.2; 135 II 172 E. 2.1; BVGE 2009/10 E. 6.2.8). Das jeweilige Interesse muss demnach im Urteilszeitpunkt noch aktuell und praktisch sein, weil der mit der angefochtenen Verfügung verbundene strittige Nachteil noch besteht und durch ein Urteil auch behoben werden könnte (vgl. BGE 141 II 14 E. 4.4; 131 II 361 E. 1.2; Urteil des BGer 1A.253/2005 vom 17. Februar 2006 E. 2.1.2; BVGE 2013/56 E. 1.3.1; 2013/33 E. 1.4; 2013/21 E. 3.1; 2012/33 E. 1.2; 2011/47 E. 1.4.2; 2010/37 E. 2.1; 2009/31 E. 3.1; 2009/9 E. 1.2.1).

28. Gemäss der Rechtsauffassung des Bundesgerichts im Aufhebungsurteil bestand auch nach Erlass des vorliegenden Untersagungsbescheids eine wirksame schuldrechtliche Transaktionsvereinbarung, weil die schwebende Unwirksamkeit infolge der fehlenden behördlichen Genehmigung nur das Verfügungsgeschäft, nicht aber das Verpflichtungsgeschäft beschlagent (vgl. Sachverhalt, H.c). Mithin waren die Transaktionsparteien auch weiterhin an den Transaktionsvertrag und den damit verbundenen Vertragszweck im Hinblick auf die Verwirklichung des Zusammenschlussvorhabens gebunden.

29. Am 20. Dezember 2020 hat Tamedia gegenüber der Beschwerdeführerin ihren Rücktritt von dem Transaktionsvertrag erklärt (vgl. Sachverhalt, D.e). Aufgrund dieser, dem Ergänzungsvertrag entsprechenden und damit wirksamen Rücktrittserklärung (vgl. Sachverhalt, D.d) ist der Transaktionsvertrag somit zu diesem Zeitpunkt unwirksam geworden. Angesichts der ausdrücklichen Vereinbarung eines unbefristeten Rücktrittsrechts sowie der Übernahme der Kosten für das Beschwerdeverfahren durch die Beschwerdeführerin und der Entrichtung einer Ausgleichszahlung durch die Beschwerdeführerin an Tamedia im Rahmen des nach Beschwerdeerhebung von den Parteien abgeschlossenen und von der Beschwerdeführerin eingereichten Ergänzungsvertrags sind auch keine Vorbehalte gegenüber der Wirksamkeit einer entsprechenden Rücktrittserklärung auszumachen.

30. Darüber hinaus hat Tamedia ihren 100%-igen Anteil an Starticket vollständig an die See Tickets verkauft und dies am 9. Januar 2021 auch öffentlich bekannt gegeben (vgl. Sachverhalt, D.f). Eine Einbringung dieser Beteiligung in Ticketcorner als Gegenleistung für den Erwerb eines Anteils an dieser Gesellschaft ist daher nunmehr auch aus tatsächlichen Gründen ausgeschlossen. Damit kann ein wesentliches Element des Transaktionsvertrags ungeachtet von dessen zwischenzeitlich eingetretener Unwirksamkeit nicht mehr umgesetzt und von Tamedia auch nicht mehr erfüllt werden.

31. Somit liegt ein Transaktionsabbruch vor, d.h. eine Sachverhaltskonstellation, bei dem das Zusammenschlussvorhaben nach Erlass einer Untersagungsverfügung zumindest von einer Transaktionspartei nicht wei-

terverfolgt wird. Denn Tamedia als Transaktionspartei hat mit dem Verkauf der Anteile an dem Transaktionsobjekt unzweifelhaft deutlich gemacht, dass sie kein Interesse mehr an einer weiteren Durchführung des Zusammenschlussvorhabens hat. Eine Durchführung des Zusammenschlussvorhabens ist daher sowohl rechtlich als auch tatsächlich endgültig ausgeschlossen.

32. Demnach könnte auch ein positiver inhaltlicher Beschwerdeentscheid zu Gunsten der Beschwerdeführerin keine Änderung dieser Sach- und Rechtslage herbeiführen, weshalb ein solcher auch keinen praktischen Nutzen mehr für diese hätte. In diesem Sinne führt der Aufhebungsentscheid aus, ein aktuelles und praktisches Interesse an einer Neuurteilung des Zusammenschlussvorhabens wäre dann zu verneinen, wenn feststünde, dass Tamedia nicht mehr am Zusammenschluss interessiert sei (vgl. Urteil des BGer 2C\_509/2018 vom 24. Juni 2019 E. 4.3 f. und 5.4 i.f.).

33. Damit ist die Frage zu beantworten, ob eine materiell-rechtliche Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens im Rahmen des vorliegenden Beschwerdeverfahrens und eine sich daraus ergebende Gutheissung der Beschwerde zu einer Änderung des jetzt bestehenden rechtlichen oder tatsächlichen Status der Beschwerdeführerin und damit zu einer Nachteilsvermeidung für die Beschwerdeführerin - wie von ihr geltend gemacht (vgl. E. 10 ff.) - führen würde. Eine Nachteilsvermeidung könnte sich dabei aus mehreren Gründen ergeben.

34. Inhaltlich kann der Untersagungsbescheid infolge der Unwirksamkeit des Transaktionsvertrags und des anderweitigen Verkaufs eines Transaktionsobjekts keine Rechtswirkung mehr entfalten, weil der Gegenstand der Untersuchung unmöglich geworden und die Untersagung nach Ziff. 1 des Dispositivs des Untersagungsbescheids demnach ihres Gehalts entleert ist. Es bedarf daher keiner Aufhebung des Untersagungsbescheids mehr, um die Rechtswirkung der Untersagung zu unterbinden. Demzufolge erübrigt sich von vornherein auch eine materiell-rechtliche Prüfung der Rechtslage.

35. Die Behauptung der Beschwerdeführerin (vgl. E. 11), dass das Rechtsschutzinteresse aufgrund einer entsprechenden Anwendung eines Bundesgerichtsentscheids in einem mietrechtlichen Verfahren (vgl. Urteil des BGer 4A\_653/2018 vom 14. November 2019 E. 4.2, wonach die Ankündigung einer Mieterin, das Mietobjekt zu verlassen, nicht zu einem Wegfall des Rechtsschutzinteresses von Vermieterin und Mieterin führe) bejaht werden müsse, vermag diese Beurteilung nicht zu ändern. Denn ein parteiautonom abgeschlossenes und tatsächlich umgesetztes Mietverhältnis mit dem Erfordernis einer Rückgabe der Mietsache und in casu einer Verlängerungsoption lässt sich sowohl hinsichtlich der Ausgangslage als auch in Bezug auf die damit einhergehenden Ansprüche der Vertragsparteien - bis hin zu einem Schadenersatzanspruch wegen einer rechtswidrigen Kündigung des Mietverhältnisses - nicht mit der behördlichen Untersagung einer Transaktionsvereinbarung für einen genehmigungspflichtigen Unternehmenszusammenschluss vergleichen, dessen vertragliche Leistungspflichten erst nach der Genehmigung des Zusammenschlusses tatsächlich umgesetzt werden dürfen.

36. Die Beschwerdeführerin trägt diesbezüglich auch in keiner Weise vor, welche inhaltlichen Rechtswirkungen sich aus einem materiellen Beschwerdeentscheid trotz der Unmöglichkeit einer tatsächlichen Umsetzung des Zusammenschlussvorhabens ergeben sollten.

37. Die Kostenentscheidung in Ziff. 2 des Dispositivs des vorliegenden Untersagungsbescheids weist ebenfalls keine Rechtswirkung auf, die bei einer Gutheissung der Beschwerde im vorliegenden Verfahren eine Abänderung erfährt.

38. Die Vorinstanz hat für das vorinstanzliche Verfahren Verfahrenskosten in der Höhe von CHF 160'000.- erhoben, die den Transaktionsparteien zu gleichen Teilen auferlegt wurden. Diese Kosten setzen sich gemäss Art. 1 Abs. 1 Bst. c i.V.m. Art. 4 Abs. 3 GebV-KG aus einer Pauschalgebühr in der Höhe von CHF 5'000.- und einer nach Zeitaufwand berechneten Gebühr gemäss Art. 53a Abs. 2 KG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 Bst. c sowie Art. 4 Abs. 1 und 2 GebV-KG in der Höhe von CHF 155'000.- zusammen. Diese Kostenentscheidung wurde von der Beschwerdeführerin inhaltlich nicht in Frage gestellt, weshalb es hierzu keiner Entscheidung bedarf.

39. Darüber hinaus erfasst die Gebührenpflicht die meldenden Unternehmen aufgrund des auch in kartellrechtlichen Verfahren gemäss Art. 2 GebV-KG geltenden Verursacherprinzips. Die Gebühr fällt deshalb unabhängig vom Verfahrensausgang an. Sie ist demnach auch dann geschuldet, wenn die Vorinstanz ein Zusammenschlussvorhaben genehmigt. Dementsprechend sieht die Gebührenverordnung hierfür auch keinen Gebührenerlass vor (vgl. RITSCHARD/SPÜHLER, in: Dike-Kommentar KG, 2018, Art. 32 N. 105; TAGMANN/ZIRLICK, in: BSK-KG, 2. Aufl. 2021, Art. 53a N. 13).

40. Auch eine Gutheissung der Beschwerde würde demzufolge nicht zu einer Aufhebung der Kostenentscheidung des Untersagungsbescheids führen.

41. Dem Untersagungsbescheid kommt für zukünftige Zusammenschlussvorhaben der Beschwerdeführerin auch keine Bedeutung im Hinblick auf Art. 9 Abs. 4 KG zu. Danach entsteht eine selbständige Meldepflicht für ein an einem Zusammenschluss beteiligtes Unternehmen, wenn in einem Verfahren nach dem Kartellgesetz rechtskräftig festgestellt wird, dass dieses eine marktbeherrschende Stellung im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG hat. Entscheidend ist demzufolge, ob das Dispositiv, d.h. die Entscheidformel, eine marktbeherrschende Stellung rechtskräftig feststellt. Dies vor dem Hintergrund, dass einzig das Dispositiv, nicht aber die Sachverhaltsfeststellungen oder die rechtlichen Erwägungen der Entscheidung der Rechtskraft unterliegen (vgl. BGE 140 I 114 E. 2.4.2; BGE 121 III 474 E. 4a).

42. Die Vorinstanz hat jedoch im Dispositiv des Untersagungsbescheids keine Feststellungen über eine allfällige marktbeherrschende Stellung eines der am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen getroffen. Weitere Erwägungen zur bundesgerichtlichen Rechtsprechung über die Zulässigkeit von Feststellungen im Dispositiv (vgl. BGE 137 II 199 E. 6.2, *Terminierung Mobilfunk*) erübrigen sich deshalb.

43. Der Untersagungsbescheid führt bei der Prüfung einer Marktbeherrschung zwar aus, dass Ticketcorner

gegenüber seinen Konkurrenten über eine überragende Stellung am Markt verfüge, die insbesondere durch eine Vielzahl von vertraglichen Exklusivitäten mit Veranstaltungsstätten, Veranstaltern und Verkaufsstätten noch verstärkt werde (vgl. Verfügung, Rz. 275). Deshalb bestünden starke Indizien, dass Ticketcorner sich auf dem Markt für Fremdvertriebsdienstleistungen in wesentlichem Umfang unabhängig von anderen Marktteilnehmern verhalten könne und damit marktbeherrschend sei. Dennoch wird abschliessend gerade keine eindeutige Bewertung vorgenommen, sondern alternativ auf eine Verstärkung oder eine Begründung einer marktbeherrschenden Stellung abgestellt (Art. 10 Abs. 2 Bst. a KG), je nachdem ob bereits eine marktbeherrschende Stellung von Ticketcorner angenommen wird oder nicht (vgl. Verfügung, Rz. 384).

44. Der vorliegende Untersagungsbescheid nimmt demzufolge keine eindeutige Feststellung einer bereits vor Umsetzung des Zusammenschlussvorhabens bestehenden marktbeherrschenden Stellung von Ticketcorner vor. Der vorliegende Untersagungsbescheid bildet somit keine ausreichende rechtliche Grundlage für die Entstehung einer Meldepflicht gemäss Art. 9 Abs. 4 KG.

45. Demzufolge kann der vorliegende Untersagungsbescheid für die Entstehung einer Meldepflicht nach Art. 9 Abs. 4 KG keine Bedeutung erlangen, weshalb durch ihn für die Beschwerdeführerin auch kein entsprechender Nachteil entstehen kann.

46. Es stellt sich jedoch die Frage, ob besondere Sachverhaltskonstellationen vorliegen, die von der Beschwerdeführerin mit ihrem Verweis auf Entscheidungen des Wettbewerbsrechts der Europäischen Union (EU) ausdrücklich hervorgehoben werden und die ein Rechtsschutzinteresse der Beschwerdeführerin allenfalls hätten begründen können.

47. Im vorliegenden Fall liegt jedenfalls keine Vorkaufskonstellation wie im Verfahren *Gencor* (EuG, T-102/9, EU:T:1999:65, *Gencor*) vor, bei der einer Transaktionspartei aus sonstigen Gründen ein Vorkaufsrecht bei einem anderweitigen Verkauf von Anteilen des Transaktionsobjekts zustehen würde und die Untersagung des Zusammenschlussvorhabens zugleich eine rechtswirksame Ausübung dieses Vorkaufsrechts in der Zukunft verunmöglichen würde. Denn der Beschwerdeführerin steht weder direkt noch indirekt ein Vorkaufsrecht bei einem anderweitigen Verkauf von Anteilen an Starticket zu, weshalb sie durch den Untersagungsbescheid auch nicht an einer wirksamen Ausübung dieses Rechts in der Zukunft gehindert werden könnte.

48. Es liegt auch keine Entflechtungskonstellation wie im Verfahren *Kesko* (vgl. EuG, T-22/97, EU:T:1999:327, *Kesko*) vor, bei der die Untersagungsverfügung (auch) eine Anordnung zur Veräusserung des Transaktionsobjekts und eine dadurch bedingte Rückgängigmachung des vorgängig bereits umgesetzten Zusammenschlussvorhabens begründete und dem die Transaktionsparteien in der Folge möglicherweise unnötigerweise nachgekommen wären, soweit sich die Untersagungsverfügung nachträglich als rechtsfehlerhaft erweisen sollte. Denn der Untersagungsbescheid sieht keine Anordnung zur Veräusserung eines Transaktionsobjekts oder eine sonstige Auflage vor, die von der Beschwerdeführerin

unnötigerweise hätte umgesetzt werden können, falls der Untersagungsbescheid nachträglich als rechtswidrig qualifiziert worden wäre.

49. Es liegt ebenso wenig eine Rückzugskonstellation wie im Verfahren MCI (vgl. EuG, T-310/00, EU:T:2004:275, MCI) vor, bei der die Meldung eines Zusammenschlussvorhabens von den Transaktionsparteien bereits vor Erlass der Untersagungsverfügung rechtswirksam zurückgezogen worden war, weshalb eine Untersagung einschliesslich der sie tragenden Feststellungen von der zuständigen Behörde gar nicht mehr hätte ausgesprochen werden dürfen.

50. Anderweitige besondere Sachverhaltskonstellationen sind ebenfalls nicht ersichtlich und werden von der Beschwerdeführerin auch nicht geltend gemacht. Demnach liegen auch keine besonderen Sachverhaltskonstellationen vor, die zu einer anderen Beurteilung des rechtlichen oder tatsächlichen Status der Beschwerdeführerin hätten führen können.

51. Des Weiteren stellt sich die Frage, ob das Vorbringen der Beschwerdeführerin (vgl. E. 13) zutreffend ist, wonach die bereits abgeschlossenen sowie neu abzuschliessende Exklusivitätsklauseln aufgrund der im Untersagungsbescheid festgestellten überragenden Marktstellung von Ticketcorner nach dessen Rechtskraft ungültig werden.

52. Die Verträge von Ticketcorner mit Veranstaltungs- und Verkaufsstätten sowie Veranstaltern weisen besondere Exklusivitätsklauseln auf (vgl. Verfügung, Rz. 282 ff., 302 ff., 308 ff.). So bestehen zwischen den Betreibern des Hallenstadions Zürich und der (früheren: Samsung-) Hall in Dübendorf als Veranstaltungsstätten besondere Regelungen, die Ticketcorner eine Exklusivität für den Ticketvertrieb bei Veranstaltungen in diesen Lokalitäten zusichern (vgl. Verfügung, Rz. 282).

53. Es ist für die Rechtswirksamkeit der von der Beschwerdeführerin verwendeten Exklusivitätsklauseln jedoch unerheblich, ob die Vorinstanz das streitige Zusammenschlussvorhaben untersagt oder genehmigt und ob sie dabei eine Feststellung zur Marktbeherrschung von Ticketcorner getroffen hat oder nicht.

54. Dem vorliegenden Untersagungsbescheid kommt demnach keine relevante Bedeutung im Hinblick auf die wettbewerbsrechtliche Beurteilung der von Ticketcorner vereinbarten Exklusivitätsklauseln zu. Sobald Ticketcorner aber eine marktbeherrschende Stellung auf einem Markt - wie zum Beispiel demjenigen der Fremdvertriebsdienstleistungen - innehat, kann die Verwendung der jeweiligen Exklusivitätsklausel - soweit sie denn auch wegen einer fehlenden Rechtfertigung zu einer Behinderung oder Ausbeutung anderer Marktteilnehmer führt - einen Marktmachtmissbrauch gemäss Art. 7 KG darstellen. Zudem ergibt sich daraus auch die Möglichkeit einer unzulässigen Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 KG.

55. Selbst wenn die Behauptung der Beschwerdeführerin zutreffend wäre, käme ihrem Vorbringen dennoch keine Bedeutung zu, weil der vorliegende Untersagungsbescheid, wie vorstehend dargelegt (vgl. E. 41 ff.), gerade keine Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung von Ticketcorner vorgenommen hat.

56. Darüber hinaus sind keine anderweitigen Gründe ersichtlich, die Einfluss auf den rechtlichen oder tatsächlichen Status der Beschwerdeführerin nehmen könnten. Mit Ausnahme der Geltendmachung eines virtuellen Rechtsschutzinteresses (vgl. E. 72 ff.) und einer Übernahme der Anforderungen des EU-Wettbewerbsrechts an die Zulässigkeit eines Rechtsmittels (vgl. E. 81 ff.) trägt die Beschwerdeführerin auch keine entsprechenden Gründe vor.

57. Zusammenfassend ist daher im Lichte der allgemeinen Anforderungen der Rechtsprechung festzustellen, dass das von der Beschwerdeführerin ursprünglich verfolgte Anliegen in Form einer Genehmigung und Durchführung des streitigen Zusammenschlussvorhabens mit der vorliegenden Beschwerde nicht mehr erreicht werden kann. Auch die tatsächliche oder rechtliche Situation der Beschwerdeführerin kann durch den Ausgang des vorliegenden Beschwerdeverfahrens nicht mehr in relevanter Weise unmittelbar beeinflusst werden. Die Beschwerdeführerin kann demnach aus einer allfälligen Aufhebung oder Änderung des vorliegenden Untersagungsbescheids weder einen praktischen Nutzen ziehen noch einen materiellen oder ideellen Nachteil vermeiden, den der vorliegende Untersagungsbescheid mit sich gebracht hat. Das Interesse der Beschwerdeführerin ist folglich weder als aktuell noch praktisch und somit auch nicht als schutzwürdig zu qualifizieren. Die Beschwerdelegitimation der Beschwerdeführerin ist demnach aufgrund des Fehlens eines schutzwürdigen Interesses nicht gegeben.

58. Gemäss ständiger Rechtsprechung kann ausnahmsweise auf das Erfordernis des aktuellen und fortdauernden praktischen Interesses verzichtet werden, wenn die gerügte Rechtsverletzung sich jederzeit wiederholen könnte und eine rechtzeitige gerichtliche Überprüfung im Einzelfall kaum je möglich wäre (vgl. BGE 146 II 335 E. 1zu.3; 142 I 135 E. 1.3.1; 140 III 92 E. 1.1; 139 I 206 E. 1.1; 136 III 497 E. 1.1).

59. Eine solche Konstellation liegt im vorliegenden Fall nicht vor, zumal die Verweigerung der Genehmigung eines Zusammenschlusses durch die Wettbewerbskommission nach der geltenden Verfahrensordnung gerichtlich überprüfbar ist. Dass - wie vorliegend - eine Überprüfung aufgrund von Umständen, die von einer der Parteien des Zusammenschlusses zu vertreten sind, nicht (mehr) möglich ist, vermag kein Rechtsschutzinteresse der anderen Partei zu begründen.

60. Jedes Zusammenschlussvorhaben hat eine einzigartige Transaktion zwischen bestimmten Transaktionsparteien über Transaktionsobjekte mit einem spezifischen Transaktionsinhalt unter den zu beachtenden massgeblichen Gegebenheiten auf den relevanten Märkten zu einem ganz bestimmten Zeitpunkt zum Gegenstand. Bei dieser Ausgangslage erlangt eine Zusammenschlussverfügung der Wettbewerbskommission auch keine relevante Bedeutung über das beurteilte Zusammenschlussvorhaben hinaus.

61. Auch das streitige Zusammenschlussvorhaben stellt eine einmalige Transaktion dar: Sie erfasst - wie aufgezeigt - Tamedia und die Beschwerdeführerin als Transaktionsparteien sowie Starticket und Ticketcorner als Transaktionsobjekten. Zudem hat sie eine konkrete Be-

teiligungsstruktur im Rahmen einer Kapitalerhöhung und der Einbringung von Gesellschaftsanteilen zum Gegenstand. Schliesslich erfolgt sie im Kontext der Gegebenheiten auf den relevanten Märkten im Jahre 2016/2017. Diese Transaktion kann daher in der Zukunft unzweifelhaft nicht nochmals vorgenommen werden.

62. Die Annahme, dass das streitige Zusammenschlussvorhaben in der Zukunft nochmals vorgenommen würde, nachdem Tamedia wieder alle Anteile an Starticket von See Ticket oder einem Dritten erworben hat, um diese im Gegenzug für eine Beteiligung mit einem Anteil von 25% an Ticketcorner im Rahmen einer Kapitalerhöhung in diese einzubringen, stellt eine rein theoretische Möglichkeit dar, die keiner realistischen Lebens- und Geschäftswirklichkeit entspricht. Darüber hinaus wären die massgeblichen Gegebenheiten auf den relevanten Märkten in der Zukunft nicht identisch mit denjenigen in den Jahren 2016 und 2017.

63. Ein in der Zukunft möglicherweise erfolgreicher Erwerb von Anteilen an Starticket durch die Beschwerdeführerin von See Ticket oder einem Dritten als Verkäufer dieser Anteile wäre eine Transaktion, die sowohl hinsichtlich der Transaktionsstruktur als auch der dann massgeblichen Marktverhältnisse keinen Bezug zum streitigen Zusammenschlussvorhaben aufweisen würde und daher nicht mit ihm vergleichbar wäre.

64. Die vorliegende Rechtsfrage der Zulässigkeit des streitigen Unternehmenszusammenschlusses kann sich demnach entgegen den Vorbringen der Beschwerdeführerin (vgl. E. 12 ff.) nicht in gleicher oder vergleichbarer Weise in Zukunft wieder stellen. Die Untersagung eines Zusammenschlussvorhabens könnte vielmehr erneut gerichtlich überprüft werden.

65. Von den Feststellungen des vorliegenden Untersagungsbescheids geht auch keine inhaltliche Bindungswirkung für künftige Zusammenschlussverfahren aus. Denn die Feststellung des Eintritts oder der Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung für den intendierten Unternehmenszusammenschluss gemäss Art. 10 Abs. 2 KG erfolgt ausschliesslich im Hinblick auf eine Umsetzung des jeweiligen Zusammenschlussvorhabens.

66. Die Feststellungen aus vorherigen Kartellverfahren erlangen mangels einer gesetzlichen Regelung entsprechend Art. 9 Abs. 4 KG zur Meldepflicht nicht automatisch und ohne Prüfung eine Rechtsverbindlichkeit im Rahmen eines neuen Zusammenschlusskontroll- oder Missbrauchsverfahrens (vgl. BGE 137 II 199 E. 6.5.1, *Terminierung Mobilfunk*; Urteil des BVGer B-831/2011 vom 18. Dezember 2018 E. 412, 413, 264, *SIX-DCC für Untersuchungen zur Marktabgrenzung*). Denn die Feststellung einer Marktbeherrschung stellt nur - aber immerhin - eine Momentaufnahme der tatsächlich herrschenden Wettbewerbsverhältnisse mit einer Zukunftsprognose dar, die ihre originäre Rechtswirkung nur im Zeitpunkt der jeweiligen Verfügung entfaltet. Die Feststellung der Marktbeherrschung kann daher grundsätzlich keine verbindliche Wirkung für einen späteren Zeitraum aufweisen. Deshalb ist es ausgeschlossen, für spätere Zeiträume ohne weitere Prüfung der dann vorliegenden Marktverhältnisse eine Marktbeherrschung anzunehmen (vgl. BGE 137 II 199 E. 6.5.1, *Terminierung Mobilfunk*; Urteile des BVGer B-7633/2009 vom

14. September 2015 E. 385, *Swisscom-ADSL II*; B-831/2011 vom 18. Dezember 2018 E. 413, *SIX-DCC*). Vielmehr muss das Tatbestandsmerkmal der Marktbeherrschung für jedes Zusammenschlusskontroll- oder Missbrauchsverfahren erneut beurteilt und festgestellt werden.

67. Demzufolge bilden die Feststellungen eines früheren Verfahrens nur den Ausgangspunkt für eine jeweils neu vorzunehmende Betrachtung. Im Rahmen dieser neuen Betrachtung ist eine Abklärung vorzunehmen, ob und inwieweit die Feststellungen eines früheren Verfahrens noch aktuell sind und bejahendenfalls Verwendung finden können (vgl. BGE 137 II 199 E. 6.5.1, *Terminierung Mobilfunk*; Urteil des BVGer B-831/2011 vom 18. Dezember 2018 E. 296 ff., *SIX-DCC für Untersuchungen zur Marktabgrenzung*). Hierbei sind insbesondere beachtenswerte Abweichungen des Sachverhalts, zwischenzeitlich veränderte tatsächliche Umstände oder neue entscheidungsrelevante Überlegungen zu einzelnen Aspekten einer Neubeurteilung der Marktabgrenzung oder der Marktstellung zu berücksichtigen (vgl. Urteil des BVGer B-831/2011 vom 18. Dezember 2018 E. 260, *SIX-DCC*, für Untersuchungen zur Marktabgrenzung).

68. Dementsprechend sind die Feststellungen einer Marktuntersuchung in einer zukünftigen Verfügung auch einer Überprüfung durch die Rechtsmittelinstanz zugänglich, unabhängig davon, ob sie mittels einer neuen vollständigen Marktuntersuchung oder unter Rückgriff auf bereits bestehende Marktuntersuchungen gewonnen wurden (vgl. Urteil des BVGer B-831/2011 vom 18. Dezember 2018 E. 264, *SIX-DCC*, für Untersuchungen zur Marktabgrenzung).

69. Der vorliegende Untersagungsbescheid basiert auf den damals vorherrschenden Marktverhältnissen und der zu diesem Zeitpunkt damit verbundenen Zukunftsprognose. Er betrifft deshalb keine künftigen Zusammenschlussvorhaben und kann sich nicht nachteilig für zukünftige Transaktionsparteien auswirken.

70. An dieser Einschätzung vermag auch der Verweis der Beschwerdeführerin auf das Urteil des deutschen Bundesgerichtshofs (vgl. E. 16), wonach bei einem Transaktionsabbruch ein Käufer ein erhebliches Interesse an der Klärung der aufgeworfenen Tatsachen- und Rechtsfragen haben könne, wenn er damit rechnen müsse, dass ihm im Falle zukünftiger Akquisitionen die Argumente aus der früheren Entscheidung entgegengehalten und zukünftige Zusammenschlussvorhaben ebenfalls untersagt würden, keine Änderung herbeiführen. Denn dieses Urteil stellt ebenfalls - wie von der Beschwerdeführerin selbst auch vorgetragen - ausdrücklich darauf ab, dass bei einem Transaktionsabbruch nicht ohne Weiteres, sondern nur "in besonders gelagerten Fällen" ein Rechtsschutzinteresse an der Überprüfung eines Unternehmenszusammenschlusses bestehen kann. Demzufolge entspricht die sich aus dem BGH-Entscheid zum Rechtsschutzinteresse ergebende Rechtslage in Deutschland dem Rechtszustand zu Art. 48 VwVG.

71. Wie ebenfalls bereits dargelegt (vgl. E. 50 ff.), sind bei der vorliegend zu entscheidenden Sachverhaltskons-

tellation keine solchen besonderen Umstände zu berücksichtigen.

72. Es liegt entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin auch keine Sachverhaltskonstellation im Sinne der Rechtsprechungspraxis vor, bei der eine rechtzeitige gerichtliche Überprüfung der in Frage stehenden Verfügung der Wettbewerbsbehörden in der Regel ausgeschlossen wird. Die Untersagung eines weiteren Zusammenschlussvorhabens durch die Wettbewerbskommission kann ohne Weiteres mit Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht angefochten werden, um eine Aufhebung dieses Rechtsakts wegen Rechtswidrigkeit zu erreichen. Eine rechtzeitige gerichtliche Überprüfung der Untersagung eines Zusammenschlussvorhabens ist daher im Einzelfall ohne Weiteres möglich.

73. Eine Beeinträchtigung dieser Möglichkeit zur rechtzeitigen gerichtlichen Überprüfung bei einem Abbruch der Transaktion ergibt sich ausschliesslich aufgrund eines eigenen, selbst zu verantwortenden Verhaltens der Transaktionsparteien. Denn gerade bei einem Transaktionsabbruch beruht die fehlende Möglichkeit zur rechtzeitigen gerichtlichen Überprüfung ausschliesslich auf einer eigenverantwortlich getroffenen Entscheidung zumindest einer der beteiligten Transaktionsparteien, das Zusammenschlussvorhaben zu beenden.

74. Die konkreten Gründe für den Abbruch des jeweiligen Zusammenschlussvorhabens sind für die Beurteilung des Rechtsschutzinteresses einer Transaktionspartei unerheblich. Das Vorbringen der Beschwerdeführerin (vgl. E. 14), wonach eine neuerliche Untersagung eines zukünftigen Zusammenschlussvorhabens nie rechtzeitig gerichtlich überprüft werden könnte, ist daher unzutreffend.

75. Das Vorbringen der Beschwerdeführerin (vgl. E. 15), wonach sich aufgrund des vorliegenden Untersagungsbescheids mit der Feststellung einer besonderen Marktstellung eine nachteilige Präjudizwirkung zu Lasten der Ticketcorner-Gruppe ergebe, weil diese als Erwerberin von Unternehmensanteilen für potenzielle Verkäufer aufgrund der vorgenommenen konkreten behördlichen Feststellungen uninteressant sei und sie daher von vornherein nicht mehr als Käuferin in Frage käme, steht zum einen im Widerspruch zu einem anderen Vorbringen der Beschwerdeführerin und ist zum anderen sachlich unzutreffend.

76. Die Behauptung der Beschwerdeführerin steht zunächst im Widerspruch zu ihrem eigenen Vortrag (vgl. E. 9), wonach der relevante Markt der Fremdvertriebsdienstleistungen im Ticketing nach der Covid 19-Pandemie völlig neu gestaltet worden sei. Wenn diese Aussage zutrifft, kann bei den bestehenden oder potentiellen Marktteilnehmern die Einschätzung, dass den Feststellungen im Untersagungsbescheid aus dem Jahr 2017 auch heute noch eine relevante Bedeutung zukommt, nicht bestehen. Deshalb könnte sich auch keine negative Präjudizwirkung zu Lasten der Ticketcorner-Gruppe ergeben. Bereits aufgrund dieser Widersprüchlichkeit sind die beiden Vorbringen als unbehelflich zu qualifizieren.

77. Ungeachtet dessen ist das Vorbringen auch in der Sache verfehlt. Angesichts der geringen Anzahl an Kon-

kurrenten auf dem Markt für Fremdvertriebsdienstleistungen waren die Marktverhältnisse für alle Marktteilnehmer überschaubar. Aufgrund ihrer umfangreichen geschäftlichen Aktivitäten war Ticketcorner dabei für alle Marktteilnehmer besonders gut erkenn- und einschätzbar.

78. Darüber hinaus hat sich Ticketcorner selbst ihrer besonderen Stellung im Markt gerühmt. So verweist sie auf Marktstudien von Dritten, wonach (i) Ticketcorner die stärkste digitale Retail-Marke sei und (ii) noch vor internationalen Branchenriesen Platz 4 der meist genutzten Onlineshops in der Schweiz einnehme (vgl. Verfügung, Rz. 276 f.). Sie hat demzufolge gegenüber der Öffentlichkeit ihre Position auf dem relevanten Markt selbst als besonders bedeutsam eingeschätzt und hervorgehoben. Demzufolge kann die besondere Marktstellung von Ticketcorner den anderen Marktteilnehmern offensichtlich nicht verborgen geblieben sein.

79. Allfällige Schwierigkeiten, als Erwerber von Unternehmensanteilen gegenüber potenziellen Verkäufern auftreten zu können, beruhen daher im Wesentlichen auf den geschäftlichen Aktivitäten der Ticketcorner-Gruppe und ihrer eigenen Vermarktung gegenüber den Marktteilnehmern auf den betroffenen Märkten und nicht auf den Erwägungen des Untersagungsbescheids.

80. Da eine Untersagungsverfügung eine rechtliche Überprüfung von zukünftigen Unternehmenszusammenschlüssen weder rechtlich noch faktisch ausschliesst, kommt der Beschwerdeführerin auch insoweit kein schutzwürdiges Interesse an der Überprüfung des vorliegenden Untersagungsbescheids zu.

81. Das Vorbringen der Beschwerdeführerin (vgl. E. 17 f.), wonach sich das Rechtsschutzinteresse aus einer entsprechenden Anwendung der Wettbewerbspraxis der EU ergebe, zielt auf eine Übernahme des EU-Rechts hinsichtlich der Zulässigkeitsanforderungen für ein Rechtsmittel zur Beurteilung der Beschwerdelegitimation gemäss Art. 48 VwVG ab. Das Verfahrensrecht der EU und die dazu ergangene Praxis der EU-Gerichte sind jedoch im vorliegenden Zusammenhang nicht anwendbar. Es fehlen auf EU-Recht verweisende Bestimmungen des KG oder des VwVG (vgl. BGE 143 II 297 E. 6.2.3, 6.4.4, *Gaba*) sowie Hinweise in den Materialien, dass der Gesetzgeber die Bestimmungen über die Zulässigkeit von Rechtsmitteln in gleicher Weise wie im EU-Recht ausgestaltet und angewendet haben wollte. Die entsprechenden Vorbringen gehen deshalb ins Leere.

82. Eine solche Übernahme ist auch sachlich nicht geboten. Denn nach der ständigen Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union (EuGH) kommt einem Rechtsmittelführer nur dann ein Rechtsschutzinteresse zu, wenn ihm das Rechtsmittel im Ergebnis einen Vorteil verschaffen kann (vgl. EuGH, C-501/06 P, EU:C:2009:610, Rz. 23, *GlaxoSmith Kline*; EuGH, C-50/00 P, EU:C:2002:462, Rz. 21, *Union de Pequeños Agricultores*; EuGH, C-174/99 P, EU:C:2000:412, Rz. 33, *Richard*). Ein Interesse an der Nichtigerklärung einer angefochtenen Entscheidung sei daher nur dann vorhanden, wenn die Nichtigerklärung der Entscheidung selbst Rechtswirkungen erzeugen könne (vgl. EuGH, 53/85, EU:C:1986:256, Rz. 16 f., *Akzo Chemie*). Dabei

handle es sich um eine unverzichtbare Voraussetzung für die Zulässigkeit eines Rechtsmittels, die von Amtes wegen zu berücksichtigen sei (vgl. EuGH, 108/86, EU:C:1987:426, Rz. 16, *Grégoire-Foulon*; EuG, T-45/91, EU:T:1993:11, Rz. 22, *McAvoy*).

83. Diese Voraussetzungen der Vorteilserlangung und der notwendigen Rechtswirkung werden denn auch ausdrücklich in den von der Beschwerdeführerin zitierten Urteilen in den Verfahren *Gencor* (vgl. EuG, T-102/9, EU:T:1999:65, Rz. 40) und *MCI* (vgl. EuG, T-310/00, EU:T:2004:275, Rz. 44 f.) aufgeführt.

84. Für den hier massgeblichen Sachverhalt wurde dargelegt, dass der vorliegende Untersagungsbescheid keine Rechtswirkungen hat und der Beschwerdeführerin somit aus der Gutheissung des Rechtsmittels kein Vorteil zukommen kann. Demzufolge entspricht die Feststellung eines fehlenden Rechtsschutzinteresses der Beschwerdeführerin inhaltlich der Rechtsprechung der EU-Gerichte zum Rechtsschutzinteresse als Voraussetzung für die Zulässigkeit eines Rechtsmittels an die EU-Gerichte.

85. An dieser Einschätzung vermag auch die zitierte Rechtsprechung des EuG im Wettbewerbsrecht zu den besonderen Fällen der Vorkaufrechtskonstellation, der Entflechtungskonstellation und der Rücknahmekonstellation nichts zu ändern. Denn bei diesen Sachverhaltskonstellationen würden auch die im Rahmen von Art. 48 VwVG anwendbaren Auslegungsgrundsätze zu einer Anerkennung des Rechtsschutzinteresses einer Transaktionspartei führen, soweit deren rechtlicher und tatsächlicher Status durch eine Untersagungsverfügung jeweils nachteilig tangiert würde (vgl. E. 27 ff.).

86. Dieser EU-Rechtsprechung lässt sich zudem lediglich entnehmen, dass der Verzicht einer Transaktionspartei auf die Weiterverfolgung des intendierten Zusammenschlussvorhabens nicht das allein massgebliche Kriterium für die Beurteilung des Rechtsschutzinteresses darstellt. Damit wird allerdings nur ausgeschlossen, dass nicht allein wegen eines Verzichts auf eine weitere Verfolgung des Zusammenschlussvorhabens das Rechtsschutzinteresse ohne eine weitere Abklärung des Vorliegens einer anderweitigen Statusveränderung verneint werden kann. Eine entsprechende Aussage ergibt sich implizit aber auch bereits aus dem massgeblichen allgemeinen Rechtsgrundsatz zur Zulässigkeit von Rechtsmitteln im EU-Recht.

87. Die Rechtsprechung des EuG bringt damit für die jeweils vorliegende, besondere Sachverhaltskonstellation zum Ausdruck, dass für die Beurteilung des Rechtsschutzinteresses nicht allein auf den Wegfall der Vertragsgrundlage abzustellen sei, sondern die übrigen Umstände ebenfalls berücksichtigt werden müssen.

88. Dementsprechend hält das EuG im Verfahren *MCI* denn auch ausdrücklich fest, dass der Transaktionsabbruch "daher hier für sich allein" eine Kontrolle des Kommissionsentscheids nicht ausschliesse (vgl. EuG, T-310/00, EU:T:2004:275, Rz. 49).

89. Demnach ist davon auszugehen, dass auch nach der EU-Wettbewerbspraxis bei einem Transaktionsabbruch das Rechtsschutzinteresse eines Beschwerdeführers an einer materiell-rechtlichen Überprüfung der Un-

tersagungsverfügung regelmässig entfällt, soweit diese nicht aufgrund von besonderen Umständen auf den rechtlichen oder tatsächlichen Status des Beschwerdeführers nachteilig einwirkt.

90. Bei einer verständigen Würdigung unterscheidet sich die Rechtsprechung der EU-Wettbewerbsgerichte zum Rechtsschutzinteresse eines Rechtsmittelführers - soweit hier von Belang - im Ergebnis somit nicht von der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zur Beschwerdelegitimation gemäss Art. 48 VwVG.

## II. ERGEBNIS

91. Zusammenfassend ist festzustellen, dass auf Seiten der Beschwerdeführerin kein aktuelles und praktisches Rechtsschutzinteresse vorliegt. Die Beschwerdeführerin ist somit nicht beschwerdelegitimiert. Mangels Beschwerdelegitimation ist auf die Beschwerde nicht einzutreten.

92. Dieses Ergebnis wird nicht dadurch tangiert, dass das Bundesgericht mit dem Aufhebungsurteil die Beschwerde der Beschwerdeführerin gutgeheissen und die Sache zu neuer Entscheidung an das Bundesverwaltungsgericht zurückverwiesen hat (vgl. Sachverhalt, H.c). Denn das Bundesgericht hat in seinem Aufhebungsurteil ausdrücklich darauf hingewiesen, dass das Bundesverwaltungsgericht im vorliegenden Beschwerdeverfahren einen erneuten Nichteintretensentscheid vornehmen könne, soweit sich dieser auf veränderte Tatsachen stütze (vgl. Sachverhalt, H.c).

93. Tamedia hat am 20. Dezember 2020 gegenüber der Beschwerdeführerin ihren Rücktritt von der Transaktionsvereinbarung erklärt und am 9. Januar 2021 öffentlich mitgeteilt, dass die Anteile an Starticket an eine ausländische Gesellschaft veräussert worden seien. Beide Vorgänge stellen neue Tatsachen dar, welche zum Zeitpunkt des Aufhebungsurteils noch nicht bekannt waren und daher in dessen Rahmen auch nicht berücksichtigt werden konnten. Der Erlass eines erneuten Nichteintretensentscheids wegen dieser Vorgänge steht daher in Einklang mit dem Aufhebungsurteil des Bundesgerichts.

94. Darüber hinaus hat das Bundesgericht in seinem Aufhebungsurteil ausdrücklich festgestellt, dass die Beschwerdelegitimation dann entfalle, wenn feststehe, dass eine Partei nicht mehr am Zusammenschluss interessiert sei (vgl. Sachverhalt, H.c). Das fehlende Interesse von Tamedia als eine Zusammenschlusspartei am streitigen Zusammenschlussvorhaben manifestiert sich unzweifelhaft im Verkauf von Starticket.

95. Schliesslich wird das Ergebnis auch nicht dadurch tangiert, dass die Beschwerdeführerin sowohl gegen den vorsitzenden Richter (vgl. Sachverhalt, I.g) als auch gegen den Gerichtsschreiber Ralf Straub (vgl. Sachverhalt, I.k) aus unterschiedlichen Gründen jeweils ein Ausstandsbegehren gestellt hat. Die beiden Ausstandsbegehren wurden - wie erwähnt - vom Bundesverwaltungsgericht abgewiesen (vgl. Sachverhalt, I.h und Sachverhalt, I.n). Unabhängig davon ist zwischenzeitlich ein anderer Gerichtsschreiber mit dem Fall befasst.

96. Das von der Beschwerdeführerin gestellte Sistierungsbegehren (vgl. Sachverhalt, I.o) ist gegenstandslos, weil das Urteil unter Mitwirkung eines anderen Ge-

richtsschreibers anstelle von Ralf Straub, gegen den ein Ausstandsbegehren gerichtet ist, erlassen wird.

### III. VERFAHRENSKOSTEN

97. Die Auferlegung der Verfahrenskosten, die sich aus Gerichtsgebühr und Auslagen zusammensetzen, richtet sich nach Art. 63 VwVG sowie den Bestimmungen des Reglements des Bundesverwaltungsgerichts vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht (VGKE, SR 173.320.2).

98. Gemäss Art. 2 Abs. 1 VGKE bemisst sich die Gerichtsgebühr nach Umfang und Schwere der Streitigkeit, der Art der Prozessführung und der finanziellen Lage der Parteien, wobei Art. 3 und 4 VGKE Rahmengebühren für bestimmte Angelegenheiten vorgeben. Unter Berücksichtigung dieser Vorgaben sind die Verfahrenskosten vorliegend auf CHF 35'000.- festzusetzen.

99. Entsprechend dem Ausgang des Verfahrens ist die Beschwerdeführerin die unterliegende Partei. Folglich hat sie die Verfahrenskosten in der Höhe von CHF 35'000.- zu leisten. Der Vorinstanz sind keine Verfahrenskosten aufzuerlegen.

100. Es ist keine Parteientschädigung zuzusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG, Art. 7 Abs. 3 VGKE).

### Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1. Der Verfahrensantrag der Beschwerdeführerin auf Sistierung des Beschwerdeverfahrens ist gegenstandslos.
2. Auf die Beschwerde wird nicht eingetreten.
3. Die Verfahrenskosten von CHF 35'000.- werden der Beschwerdeführerin auferlegt. Nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils wird der geleistete Kostenvorschuss in gleicher Höhe zur Bezahlung der Kosten verwendet.
4. Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.
5. Dieses Urteil geht an die Beschwerdeführerin, die Vorinstanz und das Eidgenössische Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung.

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

[Rechtsmittelbelehrung]



B 3	<b>2. Urteil vom 12. Dezember 2023 in Sachen Siegenia-Aubi AG gegen WEKO – Unzulässige Wettbewerbsabrede</b>
-----	--

*Urteil B-5918/2017 des Bundesverwaltungsgerichts, Abteilung II vom 12. Dezember 2023 in Sachen Siegenia-Aubi AG in Uetendorf, vertreten durch [...], Beschwerdeführerin, gegen Wettbewerbskommission, WEKO, in Bern, Vorinstanz. Gegenstand: Unzulässige Wettbewerbsabrede.*

Hinweis: Bei allen im Urteil nachfolgend in geschweiften Klammern aufgeführten Leerstellen, Ersetzungen oder Zahlenangaben handelt es sich um Anonymisierungen von Geschäftsgeheimnissen der Parteien oder von Dritten.

### Sachverhalt:

#### A. Gegenstand

Gegenstand des vorliegenden Urteils bildet die von der Wettbewerbskommission (nachfolgend auch: Weko oder Weko) am 18. Oktober 2010 erlassene Verfügung in Sachen Untersuchung Nr. 22-0358 betreffend Baubeschläge für Fenster und Fenstertüren (RPW 2010/4, 717, nachfolgend: angefochtene Verfügung). Danach hätten im Zeitraum zwischen 2004 und 2007 (nachfolgend: massgeblicher Zeitraum) verschiedene Unternehmen der Fensterbeschlagsbranche einschliesslich der Beschwerdeführerin durch die Mitwirkung an einer Preisabrede hinsichtlich der Durchführung von Preiserhöhungen bei Beschlägen für Fenster- und Fenstertüren eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung gemäss Art. 5 des Kartellgesetzes vom 6. Oktober 1995 (KG, SR 251) verwirklicht, weshalb die Beschwerdeführerin mit einem Betrag gemäss Art. 49a KG sanktioniert wurde.

#### B. Beschwerdeführerin

**B.a** Die Beschwerdeführerin (nachfolgend: Siegenia) ist eine 1977 gegründete Aktiengesellschaft mit Sitz in Uetendorf. Ihr Zweck besteht in der Herstellung und dem Vertrieb von Baubeschlägen sowie der Verwertung von Patenten und Schutzrechten und dem Erwerb von Grundstücken. Sie ist eine Tochtergesellschaft der deutschen Siegenia-Aubi KG in Wilnsdorf (nachfolgend: Siegenia D) und damit eine Konzerngesellschaft der Siegenia-Gruppe.

#### C. Sonstige Unternehmen

**C.a** Die nachfolgend aufgeführten Unternehmen waren als Untersuchungsadressaten ebenfalls in die Untersuchung der Vorinstanz einbezogen und stellen auch Verfügungsadressaten der angefochtenen Verfügung dar. Zum Zeitpunkt des Erlasses der angefochtenen Verfügung ergaben sich hierbei die nachfolgend aufgeführten Unternehmensaspekte.

**C.b** Die Roto Frank (Schweiz) GmbH (nachfolgend: Roto) ist eine 1972 gegründete Gesellschaft mit Sitz in Dietikon (vormals bis 2012: Roto Frank AG mit Sitz in Zürich). Ihr Zweck besteht im Vertrieb von Baubeschlägen und Bauzubehör. Sie ist eine Tochtergesellschaft der deutschen Roto Frank AG in Leinfelden-

Echterdingen (nachfolgend: Roto D) und damit eine Konzerngesellschaft der Roto-Gruppe.

**C.c** Die Koch Group AG Wallisellen (vormals bis 2015: Paul Koch AG; nachfolgend: Koch) ist eine seit 1979 bestehende schweizerische Aktiengesellschaft mit Sitz in Wallisellen. Der Zweck der Gesellschaft besteht im Handel mit Beschlägen, Werkzeugen und Maschinen, Planung, Montage und Service von Schliessanlagen sowie Zutritts-, Verschluss- und Rettungswegtechnik. Sie ist eine Gruppengesellschaft der Koch-Gruppe, zu der auch die Koch Group AG St. Gallen (vormals bis 2015: Eugen Koch AG, nachfolgend auch: Koch-St. Gallen) mit Sitz in St. Gallen sowie die Koch Group AG Bern (vormals bis 2015: KWB Beschläge AG, nachfolgend auch: Koch-Bern) mit Sitz in Bern gehören. Die Koch-Gruppe ist nach eigenen Angaben die grösste Händlerin für Fenster- und Fenstertürbeschläge in der Schweiz.

**C.d** Die Gretsch-Unitas AG (nachfolgend: GU) ist eine 1991 gegründete Aktiengesellschaft mit Sitz in Rütligen bei Kirchberg. Ihr Zweck besteht im Handel und der Herstellung von Baubeschlägen sowie Metallwaren aller Art. Sie ist eine Tochtergesellschaft der deutschen Gretsch-Unitas GmbH in Ditzingen (nachfolgend: GU D) und damit eine Konzerngesellschaft der GU-Gruppe.

**C.e** Die SFS unimarket AG (nachfolgend: SFS) ist eine 2001 gegründete Aktiengesellschaft mit Sitz in Widnau und Domiziladresse in Heerbrugg. Ihr Zweck besteht im Vertrieb sowie der Entwicklung und Herstellung von Beschlägen, Befestigungselementen, Konstruktionsteilen, Werkzeugen und anderen Produkten. Sie ist eine Tochtergesellschaft der SFS Group AG (vormals: SFS Holding AG) mit Sitz in Heerbrugg (nachfolgend: SFS Holding) und damit eine Konzerngesellschaft der SFS-Gruppe. Nach mehreren Fusionen mit anderen Gruppengesellschaften lautet ihre Firma heute SFS Group Schweiz AG.

**C.f** Die deutsche Winkhaus Fenstertechnik GmbH & Co. KG in Teltge betrieb bis Juni 2007 eine Zweigniederlassung in Winterthur. Seit diesem Zeitpunkt bearbeitet die Winkhaus-Gruppe (nachfolgend: Winkhaus) den schweizerischen Markt direkt aus Deutschland mit zwei Ausendienstmitarbeitern der Aug. Winkhaus GmbH & Co. KG in Teltge.

**C.g** Die Mayer & Co. Beschläge GmbH (nachfolgend: Maco) ist eine österreichische Gesellschaft mit Sitz in Salzburg. Ihr Zweck besteht in der Produktion von Baubeschlägen für Fenster und Fenstertüren, Türschlossern, Fenstergriffen und Ladenbeschlägen.

#### D. Wesentliche Aspekte des Geschäftsbereichs

**D.a** Den Gegenstand der angefochtenen Verfügung bilden die Wettbewerbsverhältnisse im Geschäftsbereich der Baubeschläge für Fenster und für Fenstertüren (nachfolgend zusammen: Fensterbeschläge).

**D.b** Bei einer Fenstertüre handelt es sich im Wesentlichen um ein Fenster mit Türfunktion. Da eine sachliche Differenzierung zwischen Fenstern und Fenstertüren für die vorliegende Angelegenheit nicht erforderlich ist, wird eine entsprechende Differenzierung nachfolgend nicht mehr erwähnt, sondern nur noch insgesamt auf den Begriff «Fenster» abgestellt.

**D.c** Als Fensterbeschläge sind alle mechanischen Teile zu qualifizieren, welche Fensterrahmen und Fensterflügel verbinden und die Öffnungs- und Schliessfunktion eines Fensters steuern. Fensterbeschläge umfassen dabei alle Beschlagskomponenten, welche die Öffnungs- und Schliessfunktion sicherstellen. Dabei sind die Beschlagskomponenten aufeinander abgestimmt und bilden eine funktionale Einheit, wodurch sich jeweils spezifische Beschlagsgarnituren für bestimmte Fenstertypen ergeben.

**D.d** Fensterbeschläge werden in unterschiedlicher Art für Fenster mit verschiedenen Arten der Fensteröffnung hergestellt: Dreh-Kipp-Mechanismus, Drehmechanismus, Kippmechanismus, Schwingmechanismus, Hebeschiebmechanismus, Parallelschiebmechanismus, Faltschiebmechanismus. Der ganz wesentliche Teil der Fensterbeschläge im Umfang von rund 80%-90% ist in Zentraleuropa als Dreh-Kipp-Beschlag ausgestaltet, wodurch bei einem Fenster eine Öffnung sowohl mittels einer Kippstellung als auch durch eine Drehstellung verwirklicht werden kann.

**D.e** Bei Fenstern lassen sich aufgrund ihrer Bauart zwei grundsätzliche Kategorien unterscheiden: Holz- und Kunststofffenster sowie Aluminiumfenster. Während Holz- und Kunststofffenster zumeist durch spezialisierte Fensterproduzenten oder Holzbetriebe hergestellt werden, erfolgt die Produktion von Aluminiumfenstern durch Metallbaubetriebe, Fassadenbauer und Schlossereien. Aufgrund der Bauart bedürfen die jeweiligen Fenster unterschiedlicher Fensterbeschläge.

**D.f** Von den Fensterbeschlägen zu unterscheiden ist das Beschlagszubehör. Hierzu zählen Fenstergriffe, Bänder, Bauchemie, Schwellen, Regenschienen, Dichtungen, Schrauben, Getriebe u.a. Das Beschlagszubehör wird üblicherweise über andere Bezugsquellen als die Fensterbeschläge bezogen.

**D.g** Für die Herstellung eines Fensterbeschlags werden vorwiegend nichtrostende metallische Stoffe wie Stahl, Zamak und Aluminium eingesetzt.

## **E. Vertriebsstrukturen**

**E.a** Die massgeblichen Hersteller von Fensterbeschlägen in Europa sind Roto D, Siegenia D, GU D, Maco und Winkhaus. Auf diese fünf Beschlaghersteller entfallen auch nahezu sämtliche in der Schweiz abgesetzten Produkte an Fensterbeschlägen. Neben diesen massgeblichen Beschlagherstellern sind in Europa nur noch einige wenige Hersteller von Fensterbeschlägen vorhanden, deren Fokus auf Nischenmärkte ausgerichtet ist und die in der Schweiz nicht selbst geschäftstätig sind.

**E.b** Der Vertrieb ihrer Fensterbeschläge innerhalb der Schweiz durch die massgeblichen Beschlaghersteller erfolgt im Wesentlichen über nationale Vertriebsvertretungen in Gestalt von Tochtergesellschaften oder Nie-

derlassungen und/oder über Zwischenhändler als Vertriebsmittler in Gestalt von Grosshändlern (Koch und SFS) oder kleineren Einzelhändlern (z.B. Rudolf Geiser AG, Immer AG, Fritz Blaser & Cie. AG) an die Hersteller von Fenstern (nachfolgend: Fensterproduzenten). Diese verwenden die Fensterbeschläge zum Einbau in die jeweils von ihnen hergestellten Fenster, die sie wiederum gegenüber den Endkunden in Gestalt von Bauunternehmen, Architekten und Privaten, welche den Einbau eines montagefertigen Fensters nachfragen, absetzen. Im Bedarfsfall beliefern sich die Grosshändler auch gegenseitig. In einem sehr geringen Umfang werden Fensterproduzenten direkt von Lieferanten aus Deutschland beliefert.

**E.c** Im massgeblichen Zeitraum haben die Hersteller Roto D und GU D sowie Winkhaus ihre Produkte über ihre in der Schweiz domizilierten Tochtergesellschaften Roto und GU sowie ihre Zweigniederlassung vertrieben. Diese nationalen Herstellervertretungen haben sowohl die Fensterproduzenten direkt als auch die Zwischenhändler beliefert.

**E.d** Siegenia D hat ihre Produkte ebenfalls über ihre schweizerische Tochtergesellschaft Siegenia vertrieben. Siegenia wiederum hat die Produkte mehrheitlich über die Koch-Gruppe abgesetzt, die als Grosshändlerin wiederum an Fensterproduzenten und Einzelhändler verkauft. Daneben hat Siegenia auch direkte Lieferbeziehungen zu drei Kunden unterhalten, um die Geschäfte mit diesen Kunden nicht an die Konkurrenz zu verlieren.

**E.e** Auf Kundenwunsch hin haben die Koch-Gruppe und SFS als Grosshändler auch Fensterbeschläge anderer Beschlaghersteller als die von ihnen üblicherweise vertriebenen Produkte geliefert.

**E.f** Maco hat ihre Produkte in der Schweiz über SFS vertrieben, die als Grosshändlerin wiederum die Fensterproduzenten und die Einzelhändler beliefert hat. Darüber hinaus hat Maco einen Kunden auch direkt beliefert.

**E.g** Die Fensterproduzenten lassen sich in drei Kategorien einteilen, die sich hinsichtlich Produkteangebot, Betriebsgrösse und Umsatz deutlich voneinander unterscheiden. Den grossen Fensterproduzenten mit einem Umsatz von mehr als 20 Mio. CHF, welche die Fenster automatisiert und in grossen Stückzahlen produzieren, stehen die kleinen Fensterproduzenten mit einem Umsatz von weniger als 10 Mio. CHF gegenüber, die zumeist als Schreinereibetriebe ausgestaltet sind. Bei den mittelgrossen Unternehmen mit einem Umsatz zwischen 10 und 20 Mio. CHF variiert die Ausgestaltung entsprechend.

**E.h** Die grosse Mehrheit der Fensterproduzenten bezieht die Fensterbeschläge stets vom gleichen Lieferanten. Der Wechsel eines Lieferanten ist mit relativ grossem Aufwand in Bezug auf die elektronische Erfassung und Verwendung im Kalkulations- und Produktionsprozess durch das jeweilige IT-System sowie die Schulung der Mitarbeiter verbunden. Ein Lieferantenwechsel kommt deshalb relativ selten vor.

**E.i** Preiserhöhungen werden auf unterschiedliche Art und Weise vorgenommen. In der Regel wird die Preisbasis, d.h. der Verkaufspreis des jeweiligen Lieferanten,

erhöht, indem diese mit einem Materialteuerungszuschlag (nachfolgend: MTZ) versehen wird. Vereinzelt bleibt die Preisbasis unverändert, und die Preiserhöhung erfolgt mittels Kürzungen von Nachlässen, insbesondere durch die mit den einzelnen Abnehmern verhandelten individuellen Rabattanpassungen.

## F. Marktverhältnisse

**F.a** Für den relevanten Markt der Fensterbeschläge mit Dreh-Kipp-Mechanismus bestanden aufgrund der durchgeführten Marktuntersuchungen für das Jahr 2007 folgende, vorliegend relevanten Marktanteile: (1) die Koch-Gruppe, die Siegenia-Gruppe, die Roto-Gruppe und Winkhaus sowie SFS wiesen einen Gesamtanteil von über 90% des Markts auf; (2) die Koch-Gruppe, die Siegenia-Gruppe, die Roto-Gruppe und Winkhaus vereinten einen Gesamtanteil von über 80% des Markts auf sich.

## G. Geschehensablauf

**G.a** In der Zeit zwischen November 1999 und Juli 2007 kam es zu horizontalen Preisabsprachen von europäischen Herstellern von Fensterbeschlägen einschliesslich der für die Schweiz massgeblichen Beschlaghersteller, in welche die jeweiligen nationalen Vertriebsgesellschaften der Hersteller in den einzelnen Staaten der Europäischen Union (nachfolgend auch «EU») einbezogen waren. Die EU-Kommission sanktionierte neun Hersteller wegen dieser wettbewerbswidrigen Abreden mit einer Geldbusse von 86 Mio. Euro (EU-Kom, 28.3.2012, COMP/39452 - Beschläge für Fenster und Fenstertüren, Siegenia-Aubi KG, Roto AG u.a., ABl. 2012 C 292/6). Die Sanktionsverfügungen gegenüber den als Verfügungsadressaten in Anspruch genommenen einzelnen Unternehmen wurden rechtskräftig, weil von diesen keine Rechtsmittel ergriffen oder eingelegte Rechtsmittel zurückgezogen wurden.

**G.b** In den Jahren 2004 sowie 2006/2007 kam es auch zu Preiserhöhungen von Fensterbeschlägen in der Schweiz. Dabei erfolgte jeweils eine Vielzahl von Kontakten zwischen den Untersuchungsadressaten in der Schweiz.

**G.c** Für die Beurteilung des von der Beschwerdeführerin gemäss der angefochtenen Verfügung zu sanktionierenden Verhaltens sind die nachfolgend aufgeführten Ereignisse von massgeblicher Bedeutung. Diese gliedern sich in zwei unterschiedliche, voneinander unabhängige Handlungen, denen die gleiche sachliche Thematik eines Materialteuerungszuschlags wegen gestiegener Rohstoffpreise zu Grunde liegt.

**G.d** Im Jahre 2004 hatte Roto Kontakt zur Beschwerdeführerin wegen der Durchführung einer Preiserhöhung aufgenommen, die in Form eines Materialteuerungszuschlags von 6% zum 23. April 2004 durchgeführt werden sollte. Hierzu hatte Roto bereits ein entsprechendes Ankündigungsschreiben vorbereitet. Auch die Beschwerdeführerin hatte sich zu diesem Zeitpunkt zu einer Preiserhöhung von 6% entschieden. Allerdings konnte sie diese Preiserhöhung gegenüber ihren Kunden nicht durchsetzen. Die Beschwerdeführerin teilte Roto mit, dass von ihr eine entsprechende Preiserhöhung nicht vorgenommen werden könne, weil diese von ihren Kunden nicht anerkannt werde. Nach verschiede-

nen wechselseitigen Konsultationen änderte Roto ihr Vorhaben ab und führte ihre Preiserhöhung in zwei Etappen mit 3,5% zum 1. Juli 2004 und 2,5% zum 1. September 2004 durch. Die Beschwerdeführerin erhöhte ihre Preise ebenfalls in zwei Etappen jeweils um 3% zum 1. Juli 2004 und zum 1. Oktober 2004.

**G.e** Zu Beginn des Jahres 2006 war eine neuerliche Preiserhöhung bei Fensterbeschlägen durch die Beschlaghersteller aufgrund der gestiegenen Rohstoffpreise absehbar. Daraufhin kam es im Laufe des Jahres 2006 zu verschiedenen Kontaktaufnahmen der schweizerischen Untersuchungsadressaten mit einem Austausch über die Ausgestaltung der Preiserhöhung.

**G.f** Im Rahmen einer solchen Kontaktaufnahme wurde Roto von Siegenia im August 2006 mitgeteilt, dass diese eine Preiserhöhung von 5% bis 6% auf den 1. September 2006 durchführen werde. Bereits vorgängig war gegenüber Koch eine Preiserhöhung von 6% auf den 1. September 2006 durch Siegenia angekündigt worden.

**G.g** Mit E-Mail vom 7. September 2006 lud Koch sämtliche Untersuchungsadressaten mit Ausnahme von Maco und GU zu einem Treffen ein. Unter dem Betreff «*Terminanfrage Umsetzung MTZ 2007*» wurde u.a. ausgeführt: «*Aufgrund der Preisentwicklung der Rohmaterialien Stahl, Zink und Alu sowie der gestiegenen Sozial- und Transportkosten werden alle Hersteller Preisaufschläge ankündigen. Bezüglich Umsetzung und Höhe sollten wir uns in der Schweiz abstimmen, um dem internationalen Preisniveau etwas näher zu kommen.*»

**G.h** Mit E-Mail vom 8. September 2006 bestätigte Koch den Besprechungstermin vom 22. September 2006. Zudem wurde darüber informiert, «*dass sich GU entschuldigen lässt, diese hätten ohnehin einen MTZ von 4,2% per 01.09.2006 umgesetzt*».

**G.i** Am Treffen vom 22. September 2006 nahmen Koch, Roto, SFS, Siegenia und Winkhaus teil. Gegenstand der Besprechung bildete der Aspekt, ob eine Preiserhöhung für 2007 vorgenommen werden soll und falls ja, wie hoch diese Preiserhöhung ausfallen und zu welchem Zeitpunkt sie angekündigt und durchgeführt werden soll. Hierzu tauschten die Teilnehmer Informationen über Verkaufspreise, Marktsituation und ihre Vorstellungen und Absichten über Preiserhöhungen aus.

**G.j** Anlässlich der Besprechung verständigten sich Koch, Roto, Siegenia und Winkhaus darüber, bis Ende Oktober 2006 eine Preiserhöhung in Form eines Materialteuerungszuschlags in der Höhe von mindestens 5% zum 1. Februar 2007 anzukündigen. Von Seiten der Selbstanzeigerin Roto wurde der Inhalt dieser Verständigung folgendermassen angegeben: Roto um 5,8% zum 1. Februar 2007, Koch und Siegenia um 5,7% zum 1. Februar 2007 sowie Winkhaus um 6% bereits zum 1. Januar 2007. Von Seiten Koch wurde dementsprechend geltend gemacht, dass im Rahmen der Verständigung ihre angekündigte Preiserhöhung von 6% auf den 1. September 2006 in eine Preiserhöhung von 5,7% zum 1. Februar 2007 umgewandelt worden sei.

**G.k** Mit E-Mail vom 16. Oktober 2006 informierte Winkhaus die übrigen Teilnehmer der Besprechung, dass die Preiserhöhung in der Höhe von 6% bis spätestens 1. Februar 2007 umgesetzt sei. Dabei wurde das betref-

fende Preiserhöhungsschreiben an die Kunden als Anlage beigefügt. Die E-Mail weist zudem die Aufforderung zum gegenseitigen Austausch der Preiserhöhungsschreiben auf. Bereits vorgängig hatte Winkhaus anlässlich eines Treffens am 29. September 2006 über die Umsetzung der Preiserhöhung um 6% auf den 1. Januar 2007 informiert.

**G.i** Die Ankündigung der Preiserhöhungen wurde durch Koch, Siegenia, Roto und Winkhaus wie vorgesehen bis Ende Oktober gegenüber den jeweiligen Kunden vorgenommen.

**G.m** Die Preiserhöhungsschreiben an die Kunden wurden von Koch, Siegenia, Roto und Winkhaus wechselseitig ausgetauscht.

**G.n** Die Preiserhöhungen wurden durch Koch, Roto, Siegenia und Winkhaus wie vorgesehen im Januar bzw. Februar vorgenommen.

**G.o** Die Anwendung des koordinierten Materialteuerungszuschlags durch die Abredebeteiligten einschliesslich der Beschwerdeführerin erfolgte jedenfalls bis Juli 2007. Zu diesem Zeitpunkt waren aufgrund einer Selbstanzeige von Roto Hausdurchsuchungen bei verschiedenen Abredebeteiligten durch die Wettbewerbsbehörden durchgeführt worden. Im Nachgang hierzu erfolgte in unterschiedlicher Ausgestaltung auch eine gewisse Kooperation der Abredebeteiligten mit den Wettbewerbsbehörden.

**G.p** Der wesentliche Inhalt der Besprechung am 22. September 2006 wird durch verschiedene handschriftliche Notizen sowie Aktennotizen von Sitzungsteilnehmern belegt. Im Übrigen sind die Durchführung des Treffens einschliesslich der Teilnahme der angeführten Unternehmen, der Gegenstand der Besprechung einschliesslich des Austauschs von Informationen über die Preiserhöhungen sowie die vorgesehene Ankündigung der Preiserhöhungen und die Umsetzung der Preiserhöhungen unstrittig.

## H. Vorinstanzliches Verfahren

**H.a** Am 10. Juli 2007 ging beim Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend: Sekretariat) eine Selbstanzeige in Form einer schriftlichen Unternehmensklärung von Roto ein. Am 26. Juli 2007 hat das Sekretariat im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums der Wettbewerbskommission unter Vorbehalt von Art. 11 Abs. 1 SVKG den vollständigen Erlass der Sanktion gemäss Art. 8 Abs. 1 SVKG zu Gunsten von Roto bestätigt. Im weiteren Verlauf des Untersuchungsverfahrens hat Roto ergänzende Beweismittel und angefragte Informationen übermittelt.

**H.b** Gestützt auf diese Selbstanzeige eröffnete das Sekretariat am 16. Juli 2007 eine Untersuchung gemäss Art. 27 KG gegen die potentiellen Abredebeteiligten einschliesslich der Beschwerdeführerin als Verfügungsadressaten. Das Sekretariat gab die Eröffnung der Untersuchung mittels amtlicher Publikation im Schweizerischen Handelsamtsblatt vom 30. Juli 2007 (Nr. 145, S. 38) sowie im Bundesblatt vom 7. August 2007 (BBl 2007 6007) bekannt.

**H.c** Bei verschiedenen Untersuchungsadressaten wurden daraufhin Hausdurchsuchungen im Sinne von

Art. 42 Abs. 2 KG durchgeführt. Im Rahmen der Hausdurchsuchungen wurde umfangreiches Aktenmaterial beschlagnahmt und dieses in Beschlagnahmungsprotokollen unter Angabe von Gegenstand, Fundort etc. dokumentiert. Die Server dieser Unternehmen wurden dabei gespiegelt.

**H.d** Nach vorgängig angekündigter voller Kooperationsbereitschaft hat SFS dem Sekretariat eine Meldung im Sinne von Art. 12 Abs. 3 SVKG samt Beilagen eingereicht.

**H.e** Ab dem 12. März 2008 wurden die Untersuchungsadressaten vom Sekretariat schriftlich befragt. Die schriftlichen Antworten gingen zwischen dem 26. März 2008 und dem 18. Januar 2010 ein. Des Weiteren wurden 55 Fensterverarbeiter, neun Zwischenhändler, zwei schweizerische Fachverbände sowie Dritte zur Abgabe von Auskünften aufgefordert. Sämtliche Antworten gingen zwischen dem 12. Februar 2009 und dem 22. Mai 2009 beim Sekretariat ein.

**H.f** Am 14. Juli 2010 übermittelte das Sekretariat sämtlichen Untersuchungsadressaten den Verfügungsantrag zur Stellungnahme. Die einzelnen Stellungnahmen hierzu wurden im Laufe des August 2010 eingereicht.

**H.g** Ebenfalls am 14. Juli 2010 versandte das Sekretariat einen Vorschlag einer einvernehmlichen Regelung an Roto, Siegenia, SFS, Koch und Winkhaus einschliesslich einer voraussichtlichen Sanktionsberechnung. Im August 2010 wurde zwischen dem Sekretariat sowie Roto, Siegenia und Winkhaus eine einvernehmliche Regelung abgeschlossen. Von Koch und SFS sowie Maco wurde der Abschluss einer einvernehmlichen Regelung abgelehnt.

**H.h** Am 18. Oktober 2010 erliess die Wettbewerbskommission die angefochtene Verfügung mit folgendem Dispositiv:

«1. Es wird festgestellt, dass die von den Untersuchungsadressaten Roto Frank AG, Dietikon, Aug. Winkhaus GmbH & Co. KG, Telgte, Siegenia-Aubi AG, Uetendorf, Paul Koch AG, Wallisellen, und SFS unimarket AG, Heerbrugg, im Jahre 2006/2007 praktizierte/getroffene Wettbewerbsabrede betreffend Preiserhöhungen nach Massgabe von Art. 5 Abs. 1 i.V.m. Art. 5 Abs. 3 lit. a KG unzulässig ist.

2. Es wird festgestellt, dass die von den Untersuchungsadressaten Roto Frank AG, Dietikon, und Siegenia-Aubi AG, Uetendorf, praktizierte/getroffene Wettbewerbsabrede betreffend Preiserhöhungen im Jahre 2004 nach Massgabe von Art. 5 Abs. 1 i.V.m. Art. 5 Abs. 3 lit. a KG unzulässig ist.

3. Die zwischen dem Sekretariat der Wettbewerbskommission und den Untersuchungsadressaten Roto Frank AG, Aug. Winkhaus GmbH & Co. KG und Siegenia-Aubi AG abgeschlossenen einvernehmlichen Regelungen werden genehmigt im Sinne von Art. 29 Abs. 2 KG.

4. Die Untersuchung gegen Gretsch-Unitas AG, Rüttligen b. Kirchberg, und Mayer & Co. Beschläge GmbH, Salzburg, wird ohne Folgen eingestellt.

5. Die an den unzulässigen Wettbewerbsabreden beteiligten Untersuchungsadressaten werden für das unter Ziffer 1 und Ziffer 2 vorstehend beschriebene Verhalten gestützt auf Art. 49a KG mit folgenden Beträgen belastet:

Roto Frank AG  
SFS unimarket AG

0 CHF  
557'200 CHF

Siegenia-Aubi AG	3'876'465 CHF
Aug. Winkhaus GmbH & Co. KG	235'381 CHF
Paul Koch AG	2'957'817 CHF

6. Die Verfahrenskosten von insgesamt CHF 718'670 (bestehend aus einer Gebühr von CHF 715'670 und Auslagen von CHF 3'000) werden den Adressaten der Verfügung zu gleichen Teilen und unter solidarischer Haftung auferlegt. Da die Untersuchung gegen GU und Maco eingestellt wird, geht ihr Anteil zu Lasten der Staatskasse. Somit werden die verbleibenden Unternehmen wie folgt belastet:

Roto Frank AG	102'667 CHF
SFS unimarket AG	102'667 CHF
Siegenia-Aubi AG	102'667 CHF
Aug. Winkhaus GmbH & Co. KG	102'667 CHF
Paul Koch AG	102'667 CHF

7. [Rechtsmittelbelehrung]

8. [Eröffnung]»

### **I. Bundesverwaltungsgerichtliches Beschwerdeverfahren(B-8499/2010)**

**I.a** Die Verfügung der Wettbewerbskommission wurde von der Beschwerdeführerin mit Beschwerde vom 6. Dezember 2010 beim Bundesverwaltungsgericht mit den später aufrechterhaltenen Anträgen (vgl. SV K.d) angefochten.

**I.b** Die Beschwerdeführerin beantragte, die angefochtene Verfügung sei sowohl aus formellen als auch aus materiellen Gründen vollumfänglich aufzuheben. Sie brachte dabei die Einwände vor, die von ihr auch im fortgeführten Verfahren weiterhin geltend gemacht werden.

**I.c** Die Vorinstanz liess sich am 28. Februar 2011 innert erstreckter Frist zur Beschwerde vernehmen und beantragte deren Abweisung unter Kostenfolge, soweit darauf einzutreten sei. Dabei stützt sie sich auf die Gründe, die sie in der angefochtenen Verfügung und im vorliegenden Verfahren vorgetragen hat.

**I.d** Mit Replik vom 2. Mai 2011 und Duplik vom 11. Juli 2011 führten die Parteien ihre jeweiligen Standpunkte weiter aus, wobei sie an ihren Anträgen festhielten.

**I.e** Mit Schriftsätzen vom 5. Januar 2012 bzw. 3. und 9. Februar 2012 beantworteten die Vorinstanz und die Beschwerdeführerin Fragen des Bundesverwaltungsgerichts.

**I.f** Am 29. Mai 2012 fand eine Instruktionsverhandlung statt. Die schriftliche Beantwortung der anlässlich der Verhandlung gestellten Fragen erfolgte seitens der Beschwerdeführerin am 4. Juli 2012 und seitens der Vorinstanz am 16. Juli 2012. Die Beschwerdeführerin reichte hierzu nochmals eine Stellungnahme vom 26. Juli 2012 ein. Die Parteien hielten dabei an ihren Anträgen fest.

**I.g** Am 23. September 2014 erliess das Bundesverwaltungsgericht ein Urteil (nachfolgend: Ausgangsurteil, zit. Baubeschläge-Siegenia-I) mit folgendem Dispositiv:

«1.Die Beschwerde wird gutgeheissen und es werden die Ziffern 1, 5 und 6 des Dispositivs der Verfügung vom 18. Oktober 2010 - soweit die Beschwerdeführerin betreffend - aufgehoben.

2.Der geleistete Kostenvorschuss von CHF 31'000.- wird der Beschwerdeführerin nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zurückerstattet.

3.Der Beschwerdeführerin wird für das Verfahren vor der Beschwerdeinstanz zu Lasten der Vorinstanz eine Parteientschädigung von CHF 60'000.- (inkl. Auslagen und MWST) zugesprochen.

4.Der Beschwerdeführerin wird für das Verfahren vor der Vorinstanz keine Parteientschädigung zugesprochen.»

### **J. Beschwerdeverfahren vor Bundesgericht (2C\_1016/2014)**

**J.a** Gegen das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts erhob das Eidgenössische Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung im Interesse der Wettbewerbskommission Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten beim Bundesgericht mit den Anträgen, das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts sei aufzuheben und es sei festzustellen, dass Siegenia an einer unzulässigen Abrede nach Art. 5 Abs. 3 i.V.m. Abs. 1 beteiligt sei, weshalb die Sache zur Festsetzung der Sanktion nach Art. 49a KG an das Bundesverwaltungsgericht zurückzuweisen sei; eventualiter sei das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts aufzuheben und die Sache an dieses zur Neubeurteilung zurückzuweisen.

**J.b** Die Beschwerdeführerin beantragte als Beschwerdegegnerin die Beschwerde abzuweisen.

**J.c** Mit Urteil vom 9. Oktober 2017 erliess das Bundesgericht ein Urteil (nachfolgend: Rückweisungs Urteil, zit. Baubeschläge-Siegenia-I) mit folgendem Dispositiv:

«1.Die Beschwerde wird gutgeheissen, das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-8399/2010 vom 23. September 2014 aufgehoben und die Sache zur Sachverhaltsabklärung und -feststellung sowie zu neuem Entscheid an die Vorinstanz zurückgewiesen.

2. Die Gerichtskosten von Fr. 20'000.-- trägt die Beschwerdegegnerin.

3.Dieses Urteil wird den Verfahrensbeteiligten und dem Bundesverwaltungsgericht, Abteilung II, schriftlich mitgeteilt.»

### **K. Fortführung des bundesverwaltungsgerichtlichen Beschwerdeverfahrens (B-5918/2017)**

**K.a** Nach Zustellung des bundesgerichtlichen Urteils wurde der bestehende Rechtsstreit im bundesverwaltungsgerichtlichen Verfahren unter dem neuen Aktenzeichen B-5918/2017 fortgeführt.

**K.b** Mit Verfügung vom 6. Juni 2018 wurden die Parteien aufgefordert, unter Berücksichtigung der neuesten Entwicklungen im Kartellrecht seit dem aufgehobenen Urteil des Bundesverwaltungsgerichts zu den bisherigen Vorbringen Stellung zu nehmen.

**K.c** Mit Schreiben vom 27. August 2018 hat die Beschwerdeführerin ihre Stellungnahme eingereicht.

**K.d** Die Beschwerdeführerin hält dabei an ihrem bisherigen Vorbringen sowie den gestellten Anträgen vollumfänglich fest:

«1.Es seien die Ziffern 1, 2, 5 und 6 der Verfügung der Wettbewerbskommission vom 18. Oktober 2010 in Sachen Untersuchung gemäss Art. 27 KG betreffend 22-0358 Baubeschläge für Fenster und Fenstertüren wegen unzulässiger Wettbe-

werbsabreden gemäss Art. 5 Abs. 3 KG aufzuheben, soweit sie die Beschwerdeführerin betreffen.

2. Eventualiter sei der in Ziff. 5 der Verfügung der Wettbewerbskommission vom 18. Oktober 2010 in Sachen Untersuchung gemäss Art. 27 KG betreffend 22-0358 Baubeschläge für Fenster und Fenstertüren wegen unzulässiger Wettbewerbsabreden gemäss Art. 5 Abs. 3 KG festgehaltene Betrag, mit dem die Beschwerdeführerin belastet wurde, auf ein angemessenes Mass, maximal aber CHF 11'043.94 zu reduzieren.

3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Vorinstanz.»

**K.e** Die Beschwerdeführerin macht geltend, dass auch unter Berücksichtigung der neuesten Entwicklung der kartellrechtlichen Rechtsprechung des Bundesgerichts das durch die angefochtene Verfügung beanstandete Verhalten keine Wettbewerbsbeschränkung gemäss Kartellgesetz darstelle. Hierzu führt sie weiterhin die bereits vorgebrachten formellen und materiellen Einwände gegenüber der angefochtenen Verfügung auf. Zudem erhebt sie weitere formelle und materielle Einwände. Sämtliche Einwände werden nachfolgend im Rahmen der Erwägungen abgehandelt.

**K.f** Mit Schriftsatz vom 12. Oktober 2018 nahm die Wettbewerbskommission Stellung, wobei die bisherigen Positionen und Anträge ebenfalls beibehalten wurden.

**K.g** Mit Schriftsatz vom 24. November 2023 hat die Beschwerdeführerin einen beförderlichen Abschluss der Angelegenheit angemahnt und erneut um eine Berücksichtigung der übermässigen Verfahrensdauer bei der Sanktionsbemessung nachgesucht.

### L. Parallelverfahren in Sachen Koch

**L.a** Im Parallelverfahren gegenüber Koch als Abredebeteiligte erging ebenfalls mit Datum vom heutigen Tage ein Urteil (BVGer, 12. Dezember 2023, B-5919/2017, Koch Group AG Wallisellen gg. Weko, zit. *Baubeschläge-Koch-II*), auf das verwiesen wird, soweit dies als sachdienlich erscheint.

### Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

#### I. Prozessvoraussetzungen

1. Das Bundesverwaltungsgericht prüft gemäss Art. 7 Verwaltungsverfahrensgesetz vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021) mit freier Kognition, ob die Prozessvoraussetzungen erfüllt sind und ob und in welchem Umfang auf eine Beschwerde einzutreten ist (ständige Rechtsprechung seit BVGE 2007/6 E. 1).

2. Das Bundesverwaltungsgericht ist gemäss Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) zur Beurteilung von Beschwerden der betroffenen Unternehmen gegen Verfügungen der Wettbewerbskommission, mit der die Feststellung und Ahndung der Wettbewerbswidrigkeit eines von ihnen ausgeübten wirtschaftlichen Verhaltens vorgenommen wird, zuständig (BVGer, 14.9.2015, B-7633/2009, Swisscom AG u.a. gg. Weko, zit. *ADSL II*, E. 2 ff.; BVGer, 18.12.2018, B-831/2011, Six Group AG u.a. gg. Weko, zit. *DCC*, E. 2 ff.).

3. Die Beschwerdefähigkeit der Beschwerdeführerin als im Handelsregister eingetragene Aktiengesellschaft ist gemäss Art. 6 VwVG gegeben.

4. Die Beschwerdelegitimation der Beschwerdeführerin ist gemäss Art. 48 Abs. 1 VwVG gegeben, da sie am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen hat und als Verfügungsadressatin von der angefochtenen Verfügung besonders berührt wird, weshalb sie auch ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung aufweist.

5. Die formalen Anforderungen an eine Beschwerde hinsichtlich Beschwerdefrist gemäss Art. 50 VwVG, Form und Inhalt gemäss Art. 52 VwVG, ordnungsgemässe Vertretung gemäss Art. 11 Abs. 2 VwVG sowie die fristgerechte Einzahlung des angeforderten Kostenvorschusses gemäss Art. 63 Abs. 4 VwVG sind erfüllt.

6. Da alle Prozessvoraussetzungen vorliegen, ist auf die Beschwerde einzutreten.

#### II. Geltungs- und Anwendungsbereich des Kartellgesetzes

7. Die angefochtene Verfügung hat den Abschluss einer Wettbewerbsabrede durch verschiedene Unternehmen und damit ein Verhalten gemäss Art. 2 Abs. 1 KG zum Gegenstand. Bei der Siegenia-Gruppe handelt es sich um einen Konzern und damit um ein Unternehmen gemäss Art. 2 Abs. 1<sup>bis</sup> KG, weil bei einem Konzern die gesamte Unternehmensgruppe und nicht einzelne Konzerngesellschaften das massgebliche Kartellrechtssubjekt bilden (BGer, 29.6.2012, 2C\_484/2010, Publigroupe SA u.a. gg. Weko, publ. in BGE 139 I 72, zit. *Publigroupe*, E. 3; ausführlich BVGer, B-7633/2009, *ADSL II*, E. 26 ff., 29; BVGer, B-831/2011, *DCC*, E. 39 ff., 48). Die Beschwerdeführerin stellt die Repräsentantin des massgeblichen Kartellrechtssubjekts dar, die als Verfügungsadressatin und damit als Partei im Rechtsmittelverfahren anzusehen ist.

8. Ein Vorbehalt zugunsten anderer Vorschriften gemäss Art. 3 KG ist nicht ersichtlich. Das festgestellte Verhalten erfolgte im Jahr 2004 sowie zwischen den Jahren 2006 und 2007 und wird daher gemäss Art. 62 f. KG von der zeitlichen Geltung der Sanktionsvorschrift des Art. 49a KG erfasst.

9. Der Geltungs- und der Anwendungsbereich des Kartellgesetzes sind daher gegeben. Dies wird von der Beschwerdeführerin nicht bestritten.

#### III. Rechtmässigkeit des vorinstanzlichen Verfahrens

10. Die angefochtene Verfügung bildet den Abschluss eines Kartellverfahrens der Vorinstanz, welches aufgrund der Art. 18 ff. KG sowie der ergänzenden Bestimmungen des Verwaltungsverfahrensgesetzes durchgeführt wurde.

11. Die Beschwerdeführerin rügt, das Untersuchungsverfahren der Wettbewerbskommission verstosse gegen die Verfahrensgarantien von Art. 6 EMRK, weshalb die verhängte Sanktion vollständig aufzuheben sei.

##### (1) Vorbringen der Beschwerdeführerin

12. Die Beschwerdeführerin macht geltend, dass einer Sanktion gemäss Art. 49a Abs. 1 KG ein pönaler Charakter zukäme, weshalb die Verfahrensgarantien von Art. 6 EMRK zur Anwendung gelangen würden.

13. Die Beschwerdeführerin erhebt hierzu den Einwand, dass die Wettbewerbskommission die Anforderungen

von Art. 6 EMRK an ein unabhängiges und unparteiisches Gericht nicht erfüllen würde, weil diese nicht eine selbständige richterliche Instanz sei, sondern es sich bei ihr aufgrund ihrer Zusammenarbeit mit dem Sekretariat um eine organisatorisch-funktionelle Verflechtung von Anklage- und Entscheidungsinstanz handle. Die Wettbewerbskommission könne daher nicht als EMRK-konformes Gericht angesehen werden.

14. Gemäss der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (nachfolgend: EGMR) würde ein Beschwerdeverfahren diese Mängel des unrechtmässigen vorinstanzlichen Verfahrens mit Ausnahme von Bagatelldeliktverfahren nicht zu heilen vermögen. Vielmehr müsse dies die vollständige Aufhebung des erstinstanzlichen Verfahrens zur Folge haben. Dies gelte insbesondere dann, wenn die zu sanktionierende Handlung wie im vorliegenden Fall kein Bagatelldelikt darstelle, sondern die Sanktion erheblich sei.

15. Es sei auch widersprüchlich, wenn einerseits festgestellt werde, dass das Bundesverwaltungsgericht seine Kognition einschränken könne, soweit die Natur der Streitsache dies sachlich gebiete, und andererseits dem Bundesverwaltungsgericht eine volle Kognition unterstellt werde. Vielmehr führe diese Einschränkung gerade dazu, dass kein unabhängiges Gericht mit voller Kognition den angefochtenen Sanktionsbetrag überprüfe. Eine Sanktionierung der Beschwerdeführerin verbiete sich deshalb.

#### (2) Vorbringen der Vorinstanz

16. Die Vorinstanz verweist zur Rechtmässigkeit des vorinstanzlichen Verfahrens auf die einschlägige Rechtsprechung.

#### (3) Würdigung durch das Gericht

17. In nunmehr ständiger Rechtsprechung haben das Bundesgericht und das Bundesverwaltungsgericht unter Berücksichtigung der einschlägigen Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR, 3.12.2002, 53892/00, Lilly France gg. Frankreich, Ziff. 2 [S. 9]; EGMR, 27.9.2011, 43509/08, Menarini Diagnostics S.R.L. gg. Italien, zit. *Menarini*, Ziff. 38 ff.) die Rechtmässigkeit einer Durchführung des Kartellverfahrens durch die Wettbewerbskommission festgestellt (ausführlich BVGer, B-7633/2009, ADSL II, E. 58 ff.), wobei es sich trotz des strafrechtsähnlichen Charakters, d.h. eines strafrechtlichen Verfahrens im Sinne von Art. 6 EMRK, um ein Verwaltungsverfahren handelt, weshalb strafrechtliche Grundsätze nicht ohne Weiteres und nur insoweit eingeschränkt Anwendung finden, als dies unter Berücksichtigung der wettbewerblichen Gegebenheiten sachgerecht ist (BGE 147 II 72, *Hors-Liste-Pfizer-II*, E. 8.3.2 f.; BGer, 9.12.2019, 2C\_985/2015, Swisscom AG u.a. gg. Weko, publ. BGE 146 II 217, zit. *ADSL II*, E. 8.5.3; BGE 143 II 297, *Gaba*, E. 9.1; BGE 139 I 72, *Publigroupe*, E. 2.2.2; BVGer, B-831/2011, *DCC*, E. 98 f.; BVGer, 19.12.2013, B-506/2010, *Gaba International AG gg. Weko*, zit. *Gaba*, E. 6.1.3; BVGer, 24.2.2010, B-2050/2007, Swisscom (Schweiz) AG gg. Weko, zit. *Terminierung Mobilfunk*, E. 4.2). Ein Kartellverfahren kann deshalb auch unter Berücksichtigung der Verhängung von hohen Geldbussen durch eine Verwaltungsbehörde zulässig-

gerweise durchgeführt werden, soweit deren Entscheidung im Rahmen eines Rechtsmittels durch ein unabhängiges Gericht mit umfassender Kognition überprüft werden kann. Da die Kognition des Bundesverwaltungsgerichts im Rahmen einer Beschwerde gegen Verfügungen der Wettbewerbskommission umfassend ausgestaltet ist, wie das Bundesgericht bereits im Rückweisungs-urteil (vgl. E. 2.2) sowie unlängst nochmals ausdrücklich festgestellt hat (BGer, 12.2.2020, 2C\_113/2017, Aktiengesellschaft Hallenstadion und Ticketcorner AG gg. Weko, zit. *Hallenstadion*, E. 3.1), ergeben sich auch unter Berücksichtigung der Verfahrensgarantien von Art. 6 und 7 EMRK keine grundsätzlichen Einwände gegen die Rechtmässigkeit des kartellverwaltungsrechtlichen Verfahrens.

18. Die Einwände der Beschwerdeführerin wegen einer Verletzung der in Art. 6 EMRK gewährleisteten Verfahrensgarantien durch das Kartellverfahren der Wettbewerbskommission und deren Aufrechterhaltung nach Rückweisung durch das Bundesgericht (vgl. SV K.b) sind daher unzutreffend.

19. Dies gilt auch für den Einwand der Beschwerdeführerin (vgl. E. 15), wonach ein Widerspruch zwischen behaupteter und tatsächlich ausgeübter Kognition durch das Bundesverwaltungsgericht bestehen würde (vgl. hierzu E. 203).

#### IV. Relevanter Markt

20. Das Kartellgesetz enthält weder eine Definition des relevanten Markts noch statuiert es einzelne Kriterien für dessen Bestimmung. Nach ständiger Rechtsprechung finden die in Art. 11 Abs. 1 und 3 der Verordnung des Bundesrats vom 17. Juni 1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU, SR 251.4) aufgeführten Abgrenzungskriterien des sachlich, räumlich und zeitlich relevanten Markts auch für die Beurteilung von anderen Wettbewerbsbeschränkungen Anwendung (BGE 139 I 72, *Publigroupe*, E. 9.1; BGer, 2C\_113/2017, *Hallenstadion*, E. 5.1; BVGer, B-7633/2009, *ADSL II*, E. 257 m.w.N.; BVGer, 24.11.2016, B-3618/2013, *Starticket AG u.a. gg. Aktiengesellschaft Hallenstadion, Ticketcorner AG und Weko*, zit. *Hallenstadion*, E. 32, m.w.N.; BVGer, B-831/2011, *DCC*, E. 230 m.w.N.).

21. Die angefochtene Verfügung hat einen Handelsmarkt für Dreh-Kipp-Fensterbeschläge für Holz- und Kunststoffenster auf Stufe der Fensterproduzenten in der Schweiz als relevanten Markt abgegrenzt, bei dem sich einerseits die massgeblichen Beschlaghersteller und die grösseren Zwischenhändler sowie andererseits die Fensterproduzenten und die kleineren Zwischenhändler gegenüberstehen.

22. Diese Marktabgrenzung ist zutreffend (vgl. ausführlich BVGer, B-5919/2017, *Baubeschläge-Koch-II*, E. 109 ff.). Sie wurde von der Beschwerdeführerin im Rahmen ihrer Beschwerde auch nicht bestritten.

23. Ungeachtet dessen hält die Beschwerdeführerin in der Stellungnahme zur Beantwortung der Fragen des Bundesgerichts durch die Vorinstanz fest, dass es verfehlt sei, von einem Schweizer Markt zu sprechen. Denn es gäbe keine wesentlichen Unterschiede zwischen dem Schweizer Markt für Baubeschläge und dem Markt für

Baubeschläge im Ausland. Insbesondere seien die Fenstersysteme für Holz- und Kunststofffenster in der Schweiz und im Ausland die gleichen und auch die Beschläge seien mit den im Ausland (Deutschland, Österreich) genutzten identisch.

24. Allein der Verweis auf die Identität von Fenstern und Beschlägen im In- und Ausland stellt allerdings kein ausreichend substantiiertes Vorbringen für die Erfassung des Auslands bei der Festlegung des massgeblichen räumlich relevanten Markts dar. Denn dadurch ergibt sich noch in keiner Weise, dass auch in beachtenswerter Weise direkte Lieferbeziehungen der inländischen Nachfrager zu ausländischen Verkäufern bestehen. Daher ist dieser Einwand nicht von Belang.

25. Die Begriffe "Fenster" und "Fensterbeschläge" beziehen sich nachfolgend auf Produkte dieses relevanten Markts.

#### **V. Unzulässige Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 KG**

26. Die angefochtene Verfügung qualifiziert das in Frage stehende Verhalten als unzulässige Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 KG.

27. Der Zweck von Art. 5 KG besteht darin, die wirtschaftliche Handlungsfreiheit der einzelnen Unternehmen sicherzustellen, um dadurch einem kollusiven Verhalten von Unternehmen entgegenzuwirken. Demzufolge hat jedes Unternehmen im Sinne des Selbständigkeitspostulats eigenständig Entscheidungen über die konkrete Ausgestaltung der für die Marktgegenseite jeweils massgeblichen Wettbewerbsparameter zu treffen, ohne sich mit anderen Unternehmen über diese Ausgestaltung zu verständigen (BVGer, B-3618/2013, *Hallenstadion*, E. 301; nunmehr auch BGE 147 II 72, *Hors-Liste-Pfizer-II*, E. 3.2, 3.4.1, 3.5). Ansonsten würde an die Stelle des mit Risiken verbundenen Wettbewerbs zwischen den Mitbewerbern angesichts der Unsicherheiten bezüglich ihres tatsächlichen zukünftigen Verhaltens mittels der jeweiligen Verhaltenskoordination eine praktische Zusammenarbeit zwischen den Unternehmen treten (BGer, 14.8.2002, 2A\_298/2001 u.a., Schweizerischer Buchhändler- und Verlegerverband gg. Weko, publ. 129 II 18, zit. *Buchpreisbindung I*, E. 6.3; BGE 147 II, *Hors-Liste-Pfizer-II*, E. 3.2, 3.4.1; BVGer, B-7920/2015, *VPVW-Repo-3*, E. 8.10.3).

28. Ein Austausch von Preisinformationen sowie eine inhaltliche oder zeitliche Verständigung über Preisveränderungen zwischen verschiedenen Unternehmen, wie den Teilnehmern der Besprechung vom 22. September 2006, stellen deshalb jeweils eine unzulässige Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 KG dar, wenn es sich hierbei um eine Abrede gemäss Art. 4 Abs. 1 KG (Abschnitt VI.1 und 2) auf dem festgestellten relevanten Markt (Abschnitt IV) handelt, die entweder zu einer Wettbewerbsbeseitigung führt (Abschnitt VI.3) oder die eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung zur Folge hat (Abschnitt VI.4 und 5), welche nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt werden kann (Abschnitt VI.6).

#### **1) Abreden**

29. Als Wettbewerbsabreden im Sinne von Art. 5 KG gelten gemäss der Legaldefinition von Art. 4 Abs. 1 KG rechtlich erzwingbare oder nicht erzwingbare Vereinbarungen sowie aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen von Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufen, die eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken.

##### **a) Beteiligte einer Wettbewerbsabrede**

30. Als Beteiligte einer Wettbewerbsabrede müssen Unternehmen auftreten. Diese Abredeteiligen umfassen als massgebliche Kartellrechtssubjekte gemäss Art. 2 Abs. 1<sup>bis</sup> KG alle wirtschaftlich selbständigen Organisationseinheiten, die ungeachtet ihrer Rechts- und Organisationsform als Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Diensten im Wettbewerbsprozess auftreten (BVGer, B-7633/2009, *ADSL II*, E. 27 ff. m.w.N.; BVGer, B-3618/2013, *Hallenstadion*, E. 296; BVGer, B-831/2011, *DCC*, E. 35 ff. m.w.N.).

31. Bei Konzernverhältnissen ist der Konzern als Ganzes und nicht nur eine einzelne Konzerngesellschaft als massgebliches Kartellrechtssubjekt zu qualifizieren. Die einzelnen Konzerngesellschaften bilden hierbei nur Repräsentanten des Konzerns (BVGer, B-7633/2009, *ADSL II*, E. 29 f.; BVGer, B-831/2011, *DCC*, E. 48 f.). Dies gilt ungeachtet dessen, dass als Verfügungsadressaten wegen des Grundsatzes der Prozessökonomie auch nur einzelne Konzerngesellschaften herangezogen werden können. Hierbei kann zum Beispiel auch auf eine Heranziehung von ausländischen Muttergesellschaften verzichtet werden, weil der Wettbewerbskommission bei der Auswahl der Verfügungsadressaten ein Ermessen zukommt (BVGer, B-7633/2009, *ADSL II*, E. 67 ff.; BVGer, B-831/2011, *DCC*, E. 121 ff.).

32. Soweit die angefochtene Verfügung daher Roto, Koch Wallisellen, SFS, GU und Winkhaus als Verfügungsadressaten heranzieht, werden dadurch die Roto-Gruppe, die Koch-Gruppe, die Gretschi-Unitas-Gruppe und die Winkhaus-Gruppe als massgebliche Kartellrechtssubjekte belangt. Gleiches gilt auch für Siegenia als Konzerngesellschaft der Siegenia-Gruppe. Diese Konzerne bilden jeweils die massgeblichen Kartellrechtssubjekte gemäss Art. 2 Abs. 1<sup>bis</sup> KG.

33. Bei dem Treffen am 22. September 2006 sowie bei dessen Vorbereitung und bei den sich daraus ergebenden Massnahmen haben die Koch-Wallisellen, Roto, SFS, Siegenia und Winkhaus demzufolge als Repräsentanten der Koch-Gruppe, der Roto-Gruppe, der SFS-Gruppe, der Siegenia-Gruppe und der Winkhaus-Gruppe, die als Unternehmen gemäss Art. 2 Abs. 1<sup>bis</sup> KG zu qualifizieren sind, gehandelt.

34. Aus der Qualifizierung der einzelnen Konzerne als massgebliche Kartellrechtssubjekte ergibt sich, dass keine entscheidungsrelevante Differenzierung zwischen den deutschen Muttergesellschaften und ihren schweizerischen Vertriebsorganisationen und damit auch keine Differenzierung zwischen ausländischen Herstellern und deren nationalen Vertriebsvertretungen vorzunehmen ist (vgl. E. 45 ff.).



## b) Verhältnis der Abredeteiligen

35. Die angefochtene Verfügung qualifiziert die Verständigung der Abredeteiligen als horizontale Wettbewerbsabrede.

### (1) Vorbringen der Beschwerdeführerin

36. Die Beschwerdeführerin macht geltend, sie habe sich nicht an einer horizontalen Wettbewerbsabrede beteiligt.

37. Hierzu bringt sie den Einwand vor, dass zwischen ihr und der Koch-Gruppe ein rein vertikales Wettbewerbsverhältnis bestanden habe. Bei der Koch-Gruppe handle es sich um die weitaus grösste Abnehmerin der Beschwerdeführerin. Eine Preisvereinbarung zwischen ihr und der Koch-Gruppe sei daher zulässig gewesen.

38. Die Beschwerdeführerin und die Koch-Gruppe hätten sich demzufolge nicht als Konkurrenten am Markt gegenübergestellt.

39. Die wenigen von der Beschwerdeführerin belieferten Direktkunden seien für die Koch-Gruppe als Kunden ohnehin verloren gewesen, weil diese Kunden ohne Direktbelieferung durch die Beschwerdeführerin auf ein Konkurrenzprodukt gewechselt hätten.

### (2) Vorbringen der Vorinstanz

40. Die Vorinstanz hält die von der Beschwerdeführerin vorgebrachten Einwände angesichts der bisherigen Wettbewerbspraxis aus sachlichen Gründen für unzutreffend.

### (3) Würdigung durch das Gericht

41. Als Abreden gemäss Art. 4 Abs. 1 KG wird ein koordiniertes Verhalten sowohl von Unternehmen gleicher Marktstufe als auch von Unternehmen verschiedener Marktstufen erfasst.

42. Koordinierte Verhaltensweisen auf gleicher Marktstufe werden üblicherweise als sog. horizontale Wettbewerbsabreden qualifiziert, bei denen die beteiligten Unternehmen aufgrund der Austauschbarkeit ihrer Produkte tatsächlich oder der Möglichkeit nach miteinander in Wettbewerb stehen (BVGer, B-3618/2013, *Hallenstadion*, E. 298 m.w.N., Botschaft des Bundesrats zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 23.11.1994, BBl 1995, 531, zit. *Botschaft KG 1995*, 553).

43. Koordinierte Verhaltensweisen auf verschiedenen Marktstufen werden üblicherweise als sog. vertikale Wettbewerbsabreden qualifiziert, bei denen die beteiligten Unternehmen innerhalb der Absatzkette für ein Produkt im Verhältnis von Anbieter und Abnehmer stehen (BVGer, B-3618/2013, *Hallenstadion*, E. 298 m.w.N.; *Botschaft KG 1995*, 553).

44. Wie das Bundesverwaltungsgericht bereits in Sachen *Hallenstadion* festgestellt hatte (BVGer, B-3618/2013, *Hallenstadion*, E. 299, inhaltlich bestätigt durch BGer, 2C\_113/2017, *Hallenstadion*, E. 7.2.3), werden nach Sinn und Zweck der Vorschrift nicht nur horizontale oder vertikale Abreden, sondern auch sonstige Abreden, bei denen die Unternehmen weder in einem horizontalen noch in einem vertikalen Wettbewerbsverhältnis zueinander stehen, von Art. 4 Abs. 1 KG

erfasst. Denn es ist kein Grund ersichtlich, warum einzelne kollusive Verhaltensweisen verschiedener Unternehmen mit einschränkender Wirkung auf den Wettbewerb nicht erfasst werden sollten, nur weil sie sich nicht anhand einer schematischen Differenzierung den Qualifizierungen «horizontal» oder «vertikal» zuordnen lassen.

45. Gleiches hat umso mehr dann zu gelten, wenn die an der Wettbewerbsabrede beteiligten Unternehmen nicht nur ausschliesslich in einem horizontalen, vertikalen oder sonstigen Verhältnis, sondern jeweils teilweise in einem horizontalen, vertikalen und sonstigen Verhältnis zueinanderstehen. Denn dadurch wird die nachteilige Einwirkung auf den Wettbewerb im relevanten Markt gegenüber einer bloss horizontalen, vertikalen oder sonstigen Abrede sogar noch verstärkt. Und je mehr Marktteilnehmer der horizontalen Ebene und der vertikalen Ebene sich an der Wettbewerbsabrede beteiligen, um so dichter wird die Koordination des Wettbewerbsverhaltens im jeweiligen Geschäftsbereich und umso mehr wird ein wirksamer Wettbewerb ausgeschlossen.

46. Dabei sind Vertikalverhältnisse den Horizontalverhältnissen gleichzustellen, wenn ein Vertikalverhältnis in irgendeiner Weise mit einem Horizontalverhältnis verknüpft oder verbunden ist (BGE 129 II 18, *Buchpreisbindung I*, E. 6.2).

47. Entgegen dem Einwand der Beschwerdeführerin (vgl. E. 37) ist es für die Beurteilung des Vorliegens einer Abrede daher unerheblich, ob zwischen ihr und der Koch-Gruppe ein horizontales Verhältnis besteht oder nicht, weil auch ein vertikales oder ein sonstiges Wettbewerbsverhältnis als Grundlage für die Feststellung einer Wettbewerbsabrede ausreichend wäre.

48. Vorliegend ergibt sich zwischen den Teilnehmern des Koordinationstreffens eine Gemengelage aus verschiedenen Wettbewerbsverhältnissen (vgl. SV E.b ff.). Die Roto-Gruppe, die Siegenia-Gruppe und Winkhaus stehen als Beschlaghersteller in einem horizontalen Wettbewerbsverhältnis zueinander. Die Koch-Gruppe und SFS stehen als Grosshändler ebenfalls in einem horizontalen Wettbewerbsverhältnis zueinander. Die Siegenia-Gruppe steht zudem in einem horizontalen Wettbewerbsverhältnis zur Koch-Gruppe, weil sie auch Kunden direkt beliefert (vgl. SV E.d). Die Koch-Gruppe und SFS stehen schliesslich als Abnehmer der jeweiligen Produkte in einem vertikalen Wettbewerbsverhältnis zur Siegenia-Gruppe und zu Maco.

49. Angesichts dessen, dass sowohl die massgeblichen Beschlaghersteller als auch die Grosshändler die Fensterbeschläge gegenüber den Fensterproduzenten als relevante Marktgegenseite (vgl. E. 21) absetzen, besteht darüber hinaus auch insgesamt zwischen allen Abredeteiligen ein horizontales Wettbewerbsverhältnis. Denn massgebend für die Beurteilung des Verhältnisses zwischen den einzelnen Abredeteiligen sind nicht abstrakte Qualifizierungen im Rahmen einzelner Vertriebsketten, sondern deren konkrete Betätigung auf dem relevanten Markt und damit die tatsächlichen Verhältnisse auf dem jeweiligen Markt (BGE 129 II 18, *Buchpreisbindung I*, E. 6.2, wonach keine formalistische Unterscheidung vorzunehmen sei; ebenso BGer, 2C\_113/2013, *Hallenstadion*, E. 3.5.3, wonach die Realität und nicht

theoretische Aspekte für die Beurteilung des relevanten Markts massgebend seien).

50. Entgegen dem Einwand der Beschwerdeführerin (E. 37 f.) wird demzufolge die Feststellung einer Wettbewerbsabrede aufgrund der bestehenden Wettbewerbsverhältnisse einschliesslich eines horizontalen Wettbewerbsverhältnisses zwischen der Siegenia-Gruppe, der Koch-Gruppe, der Roto-Gruppe und der Winkhaus-Gruppe als Abredeteiligte nicht ausgeschlossen. Insbesondere ist der Verweis auf die Funktion der Koch-Gruppe als Vertriebspartner der Siegenia-Gruppe nicht geeignet, die Massgeblichkeit der Belieferung der Fensterproduzenten durch die Abredeteiligten zu entkräften.

51. Dies gilt umso mehr, als die Beschwerdeführerin ausdrücklich bestätigt hat (vgl. E. 39), dass sie einzelne Kunden auch deswegen direkt beliefert, um den Umsatz für Siegenia-Produkte nicht zu verlieren, weil diese Kunden ansonsten zu Lieferanten von anderen Produkten wechseln würden. Mithin ist ohne Weiteres davon auszugehen, dass die Beschwerdeführerin jeden Kunden direkt beliefern wird, soweit er ansonsten von Siegenia-Produkten zu solchen anderer Hersteller wechseln würde.

52. Für die Beurteilung des Wettbewerbsverhältnisses im Einzelfall sind aber nicht allein die aktuellen, d.h. die tatsächlich bestehenden Geschäftsbeziehungen, sondern auch die potentiellen, d.h. die möglicherweise in der Zukunft sich ergebenden Geschäftsbeziehungen massgebend.

### **c) Abredeform**

53. Die angefochtene Verfügung nimmt keine eindeutige Qualifizierung der Form vor, mittels der die Verständigung der Abredeteiligten über die Verwirklichung einer Preiserhöhung erfolgte, sondern stellt lediglich auf ein abgestimmtes Verhalten als Minimum einer wechselseitigen Koordination der Preisgestaltung gemäss Art. 4 Abs. 1 KG ab.

#### *(1) Vorbringen der Beschwerdeführerin*

54. Die Beschwerdeführerin macht geltend, dass aus mehreren Gründen keine Abreden vorliegen würden, bei der sie als Abredeteiligte zu qualifizieren sei. Denn Siegenia sei in ihrer Handlungsfreiheit nie eingeschränkt gewesen.

55. Bei den Geschehnissen habe es sich um ein erlaubtes Parallelverhalten gehandelt. Denn die angeblichen Abredeteiligten hätten sich aufgrund von exogenen Faktoren, welche die im relevanten Markt tätigen Unternehmen nicht beeinflussen können, gleich oder gleichförmig im Markt verhalten. Sowohl in den Jahren 2004 als auch 2006 hätten massive Kostenerhöhungen bei den Rohstoffen eine Preiserhöhung unausweichlich gemacht. Der Umfang der Preiserhöhung und der Zeitpunkt ihrer Einführung seien daher weitestgehend vorbestimmt gewesen.

56. Im Hinblick auf die Preiserhöhung 2004 bringt die Beschwerdeführerin vor, dass die Preiserhöhungen von Roto und ihr auf jeweils eigenständigen Entscheiden dieser Unternehmen beruht hätten.

57. Roto habe den Entscheid zu einer Preiserhöhung von 6% schon vor April 2004 gefällt und bereits ein entsprechendes Ankündigungsschreiben an die Kunden verfasst. Die Beschwerdeführerin sei zu diesem Zeitpunkt bereits durch ihre Muttergesellschaft ebenfalls angewiesen worden, eine Preiserhöhung von 6% vorzunehmen. Die anschliessenden Gespräche zwischen Roto und der Beschwerdeführerin im April und Mai, bei denen Roto von Siegenia mitgeteilt wurde, dass sie die geplante Preiserhöhung gegenüber ihrem wichtigsten Kunden Koch nicht durchsetzen könne, hätten nicht zu einer Änderung dieser autonomen Entscheide, sondern lediglich zu einer etwas verzögerten Umsetzung geführt.

58. Die Beschwerdeführerin bestreitet ausdrücklich, dass in einem Telefongespräch mit Roto am 24. Mai 2004 vereinbart worden sei, einen Materialteuerungszuschlag in zwei Schritten einzuführen. Anlässlich des fraglichen Telefonats habe die Beschwerdeführerin einzig Roto auf deren Anfrage hin diesen bereits autonom getroffenen Preiserhöhungsentscheid mitgeteilt.

59. Im Übrigen seien die Preiserhöhungen auch inhaltlich nicht deckungsgleich gewesen. Denn Roto habe seine Preise per 1. Juli 2004 um 3,5% und per 1. September um weitere 2,5% erhöht, während die Beschwerdeführerin ihre Preise per 1. Juli 2004 und per 1. Oktober 2004 jeweils um 3% erhöht habe.

60. Entgegen den Feststellungen in der angefochtenen Verfügung träfe es auch nicht zu, dass der Austausch von Informationen rund um die Preiserhöhungen im Jahre 2004 zwischen Roto und der Beschwerdeführerin in einem direkten und kausalen Zusammenhang mit den jeweils ihren Kunden gegenüber angekündigten respektive umgesetzten Preiserhöhungen gestanden hätten.

61. Im Hinblick auf die Preiserhöhung 2007 macht die Beschwerdeführerin ebenfalls geltend, sie habe sich nicht an einer horizontalen Wettbewerbsabrede beteiligt.

62. Hierzu bringt sie den allgemeinen Einwand vor, dass der fraglichen Preiserhöhung im Jahr 2007 ein einseitiger Beschluss ihrerseits zu Grunde gelegen habe, aufgrund der massiv gestiegenen Rohstoffpreise ihre Preise zu erhöhen. Grundlage der Preiserhöhung würden daher exogene Marktfaktoren bilden und keine planmässig ausgetauschten Marktinformationen, bei denen richtigerweise ein Gleichverhalten zumindest als abgestimmte Verhaltensweise zu qualifizieren wäre. Daher sei die durchgeführte Preiserhöhung bereits vor dem massgeblichen Geschehensablauf autonom getroffen worden.

63. Die Behauptung, die Beschwerdeführerin hätte Roto anlässlich eines Telefongesprächs am 22. August 2006 vorgeschlagen, die Preise per 1. September 2006 um 5% bis 6% zu erhöhen, wird von ihr bestritten. Vielmehr habe sie Roto auf deren Anfrage hin lediglich mitgeteilt, dass sie eine Preiserhöhung in der entsprechenden Grössenordnung beabsichtige.

64. Die Preiserhöhung von 6% sei damals aber bereits vorgängig dem Vertriebspartner Koch zur Kenntnis gebracht worden.

65. Diese Kommunikation der Preiserhöhung sei auch der Grund dafür gewesen, dass Koch zur Sitzung vom 22. September 2006 eingeladen habe. Koch habe an

dieser Sitzung eine Reduktion der angekündigten Preiserhöhung erreichen wollen.

66. Die Beschwerdeführerin erhebt zudem den Einwand, dass an der Sitzung vom 22. September 2006 keine Vereinbarung getroffen, sondern lediglich die bereits autonom getroffenen Entscheidungen bestätigt worden seien.

67. Des Weiteren erhebt die Beschwerdeführerin den Einwand, dass das für eine Wettbewerbsabrede notwendige Gleichverhalten nicht gegeben sei. Denn bezüglich Höhe der Preiserhöhung und dessen Zeitpunkt hätten sich die Abredeteiligen nicht gleich verhalten.

68. Die Vorinstanz trage im Übrigen widersprüchlich vor, wenn sie im Rahmen ihrer Vernehmlassung zunächst anerkenne, dass die Preiserhöhungen bereits beschlossen gewesen seien, gleichzeitig aber festhalte, die Parteien hätten sich auch über die Höhe der Preiserhöhung ausgetauscht.

69. Schliesslich weist die Beschwerdeführerin darauf hin, dass nicht jegliche Aussage von Roto korrekt sei, ungeachtet dessen, dass sie selbst in ihrer Beschwerde ausdrücklich festgestellt habe, dass Roto als Kronzeuge volle Strafbefreiung genieße und daher an Rotos Aussagen nicht zu zweifeln sei.

#### (2) Vorbringen der Vorinstanz

70. Die Vorinstanz hält die von der Beschwerdeführerin vorgebrachten Einwände aus tatsächlichen Gründen nicht für zutreffend und durch die Selbstanzeige von Roto sowie den anerkannten Geschehensablauf widerlegt.

#### (3) Würdigung durch das Gericht

71. Art. 4 Abs. 1 KG sieht vor, dass eine Verhaltenskoordination durch die Koordinationsformen einer rechtlich erzwingbaren Vereinbarung, einer rechtlich nicht erzwingbaren Vereinbarung oder einer abgestimmten Verhaltensweise erfolgen kann.

##### (a) Allgemeine Aspekte

72. Mit der weiten Umschreibung der Legaldefinition in Art. 4 Abs. 1 KG wird klargestellt, dass sämtliche Formen eines koordinierten Verhaltens von mindestens zwei Wirtschaftsteilnehmern, die zu einer nachteiligen Einwirkung auf den Wettbewerb führen, erfasst werden sollen, unabhängig davon, ob es sich um eine rechtsgeschäftlich oder eine auf andere Weise ausdrücklich abgestützte oder um eine bloss praktisch durchgeführte Koordination handelt (BGE 147 II 72, *Hors-Liste-Pfizer-II*, E. 3.4.1; BVGer, B-7920/2015, *VPVW-Repo-3*, E. 8.3.2; BVGer, B-3618/2013, *Hallenstadion*, E. 294 m.w.N.; vgl. auch *Botschaft KG 95*, 533, zum gesetzlichen Ansatz, alle Formen einer wirtschaftlichen Tätigkeit zu erfassen). Die Begriffe der Vereinbarung und der abgestimmten Verhaltensweise stimmen dabei mit denjenigen aus Art. 101 AEUV überein, weshalb die Praxis zum EU-Wettbewerbsrecht hierbei rechtsvergleichend Berücksichtigung finden kann (BGE 147 II 72, *Hors-Liste-Pfizer-II*, E. 3.1).

73. Die gesetzlich vorgesehenen Formen einer Wettbewerbsabrede bilden dabei eine Stufenfolge hinsichtlich

der Intensität der formalen Ausgestaltung einer Verhaltenskoordination, die von den beteiligten Wirtschaftsteilnehmern vorgenommen wird (BGE 147 II 72, *Hors-Liste-Pfizer-II*, E. 3.4.1 mit Verweisen auf das EU-Wettbewerbsrecht). Ungeachtet dessen sind die verschiedenen Formen eines koordinierten Verhaltens aufgrund der gesetzlichen Anordnung materiell als gleichrangig zu qualifizieren. Daher ist es für die Verwirklichung eines unzulässigen Wettbewerbsverhaltens letztlich unerheblich, ob die Unternehmen eine Vereinbarung eingehen oder ein abgestimmtes Verhalten durchführen.

74. Die subjektiven Absichten eines Unternehmens sind für die Beurteilung einer Beteiligung an einer Verhaltenskoordination unerheblich, können aber herangezogen werden, soweit sie bekannt sind.

75. Bereits aufgrund dieser allgemeinen Erwägungen ist festzustellen, dass wesentliche Einwände der Beschwerdeführerin gegen ihre Beteiligung an einer Wettbewerbsabrede unbeachtlich sind, weil sie für die rechtliche Beurteilung nicht massgeblich sein können. Denn die Darlegungen der Beschwerdeführerin, wonach sie angesichts einer Preiserhöhung der Rohstoffe gezwungen war, eine Preiserhöhung ihrer eigenen Produkte intern zu beschliessen und diese an ihre Kunden weiterzugeben (vgl. E. 55, 62), sind für ihre Beteiligung an einer Preisabrede nicht von Belang. Denn der Zweck von Art. 5 KG besteht nicht im Schutz des Wettbewerbs und der Wettbewerber vor einer allfälligen Notwendigkeit oder Möglichkeit zur Weitergabe von Preiserhöhungen des jeweiligen Vorlieferanten im Rahmen des Produktabsatzes, sondern vielmehr im Schutz des Wettbewerbs und aller Wettbewerber vor einer Koordination der Preisgestaltung durch einzelne Wettbewerber oder durch die Mitglieder einer Vertriebskette. Aufgrund des Selbständigkeitspostulats hat jeder Marktteilnehmer seine Preise ausschliesslich selbst und ohne irgendwelche Koordination mit Wettbewerbern oder Vorlieferanten bzw. Abnehmern festzulegen. Liegt daher eine Koordination der Preisgestaltung in inhaltlicher, zeitlicher oder sonstiger Weise vor, so handelt es sich stets um eine Preisabrede, welche auch nicht mit Hinweisen auf vermeintliche oder tatsächlich bestehende wirtschaftliche Strukturen und Notwendigkeiten aus der Welt geschafft werden kann. Wenn überhaupt, wären derartige Überlegungen erst im Rahmen der Feststellung des Vorliegens einer Wettbewerbsbeschränkung sowie der allfälligen Beurteilung einer Rechtfertigung der Verhaltenskoordination gemäss Art. 5 Abs. 2 KG aufgrund von im Einzelfall vorliegenden Rechtfertigungsgründen zu berücksichtigen.

76. Vorliegend ist die Koordination der Preisgestaltung schon deshalb erstellt, weil die Beschwerdeführerin den Austausch von Informationen über Preiserhöhungen mit anderen Marktteilnehmern sowohl im Hinblick auf die Preiserhöhung im Jahr 2004 (nachfolgend: Preiserhöhung 2004) als auch die Preiserhöhung im Jahr 2007 (nachfolgend: Preiserhöhung 2007) selbst einräumt. Die Behauptung der Beschwerdeführerin (vgl. E. 54), wonach ihre Handlungsfreiheit in keiner Weise eingeschränkt worden sei, ist für die Feststellung der Preis-koordination nicht von Belang.

## (b) Massgebliche Koordinationsform: Vereinbarungen

77. Als rechtlich erzwingbare Vereinbarung gemäss Art. 4 Abs. 1 KG ist eine rechtsgeschäftliche Übereinkunft von Unternehmen zu qualifizieren, die auf einer vertraglichen, gesellschaftsrechtlichen oder verbandsrechtlichen Grundlage beruht, der von den Abredeteiligen auch Rechtsverbindlichkeit beigemessen wird. Diese Form der Verhaltenskoordination zielt auf eine durch die Rechtsordnung als grundsätzlich rechtswirksam anerkannte Handlungsform von Rechtssubjekten ab (BGE 147 II 72, *Hors-Liste-Pfizer-II*, E. 3.3; BGE 144 II 246, *Altimum*, E. 6.4.1).

78. Als rechtlich nicht erzwingbare Vereinbarung gemäss Art. 4 Abs. 1 KG ist eine quasi-rechtsgeschäftliche Übereinkunft von Unternehmen zu qualifizieren, die zwar formal ebenfalls auf einer vertraglichen, gesellschaftsrechtlichen oder verbandsrechtlichen Grundlage beruht, der nach dem Willen der Abredeteiligen aber keine Rechtsverbindlichkeit zukommen soll. Diese Form der Verhaltenskoordination zielt auf eine durch die Rechtsordnung zwar grundsätzlich anerkannte, im Einzelfall aber nicht verwirklichte Handlungsform von Rechtssubjekten ab (BGE 147 II 72, *Hors-Liste-Pfizer-II*, E. 3.3; BVGer, B-7920/2015, *VPVW-Repo-3*, E. 8.3.1).

79. Die Grundlage der rechtsgeschäftlichen und quasi-rechtsgeschäftlichen Vereinbarungen bildet ein Konsens der Abredeteiligen, der sich auf übereinstimmende, bei Beschlüssen gegebenenfalls nur auf mehrheitlich übereinstimmende Willenserklärungen in vertraglicher, gesellschaftsrechtlicher oder verbandsrechtlicher Form abstützt, die schriftlich, mündlich oder konkludent abgegeben werden (BGE 147 II 72, *Hors-Liste-Pfizer-II*, E. 3.1, 3.3; BGE 144 II 246, *Altimum*, E. 6.4.1; BVGer, B-7920/2015, *VPVW-Repo-3*, E. 8.3.1).

80. Im Übrigen wird mit der Formulierung «rechtlich erzwingbar» für rechtsgeschäftliche Vereinbarungen kein Bezug zur zivilrechtlichen Durchsetzbarkeit hergestellt (BVGer, B-506/2010, *Gaba*, E. 3.2.3; BVGer, B-3332/2012, *BMW*, E. 2.2.3; BVGer, B-5682/2012, *Altimum*, E. 4.1), weil eine wettbewerbswidrige Vereinbarung aufgrund ihres widerrechtlichen Inhalts gemäss Art. 20 OR von vornherein einen Durchsetzungsmangel aufweist (BGer, 12.6.2008, 4A\_16/2008, *Almonte SA gg. Air Mercury AG*, publ. in RPW 2008/3, 535, Ziff. 2.2).

## (c) Sachverhalt

81. Vorliegend sind sowohl die tatsächlichen Ereignisse, die zur Preiserhöhung 2007 geführt haben, als auch diejenigen, die zur Preiserhöhung 2004 geführt haben, zu beurteilen.

82. Im Hinblick auf die Preiserhöhung 2007 ist zunächst der Charakter des Treffens der Untersuchungsadressaten am 22. September 2006 (nachfolgend: Koordinationstreffen) aufgrund von dessen Gegenstand festzustellen. Dabei erweist sich die Behauptung der Beschwerdeführerin (vgl. E. 62 ff.), wonach die Einberufung und Durchführung des Koordinationstreffens einschliesslich des hierbei vorgenommenen Informationsaustauschs nur dazu gedient haben sollen, die autonom festgelegten und gegenüber der Koch-Gruppe bereits angekündigten Preiserhöhungen der Siegenia-Gruppe im Rahmen des Absatzverhältnisses inhaltlich zu begrenzen, als tatsa-

chenwidrig. Denn bereits in der Einladung zu dieser Besprechung vom 7. September 2006 (vgl. SV G.g) wird als Gegenstand der Besprechung «*Umsetzung MTZ 2007*» angegeben und ausgeführt, dass «[...] *alle Hersteller Preisaufschläge ankündigen* [werden]. *Bezüglich Umsetzung und Höhe sollten wir uns in der Schweiz abstimmen* [...]». Die Besprechung war somit von vornherein gar nicht auf eine Bekämpfung einer bereits erfolgten Preiserhöhung der Verkaufspreise der Siegenia-Gruppe und damit der Einstandspreise der Koch-Gruppe für Siegenia-Produkte ausgerichtet, sondern zum einen auf die Preiserhöhungen aller Beschlaghersteller und zum anderen auf die inhaltliche und zeitliche Festlegung der Wiederverkaufspreise gegenüber den Fensterproduzenten und den übrigen Zwischenhändlern. Ein anderer Sinngehalt kann der Formulierung «Umsetzung von Preiserhöhungen der Beschlaghersteller» aus objektiver Sicht nicht beigemessen werden. Alle Untersuchungsadressaten haben sich demzufolge zu dem Koordinationstreffen in dem Bewusstsein und der Erwartung eingefunden, dass hierbei eine Koordination der inhaltlichen und zeitlichen Ausgestaltung der Wiederverkaufspreise gegenüber den Fensterproduzenten und anderen Zwischenhändlern erfolgen soll. Das Koordinationstreffen diene daher einem wettbewerbswidrigen Zweck.

83. Diese Feststellung wird auch durch das E-Mail der Koch-Gruppe zur Bestätigung des Koordinationstermins vom 8. September 2006 (vgl. SV G.h), mit der die Mitteilung der GU-Gruppe an die anderen Teilnehmer des Koordinationstreffens weitergeleitet wurde, bestätigt. Darüber hinaus erscheint das Bewusstsein für ein wettbewerbskonformes Verhalten kaum vorhanden gewesen zu sein, wenn ein Branchenunternehmen sich dafür entschuldigt, dass es an einem Koordinationstreffen der massgeblichen Hersteller und Händler der Branche zum Austausch über Zeitpunkt und Höhe einer Preiserhöhung nicht teilnimmt und als Grund hierfür die bereits erfolgte Preiserhöhung angibt.

84. Die Roto-Gruppe hat im Rahmen ihrer Selbstanzeige angegeben, dass jedenfalls die am Koordinationstreffen teilnehmenden Unternehmen, d.h. die Koch-Gruppe, die Roto-Gruppe, die Siegenia-Gruppe und die Winkhaus-Gruppe, als Abredeteilige eine Verständigung darüber vorgenommen hätten, jeweils spätestens per 1. Februar 2007 eine Preiserhöhung in Form eines Materialteuerungszuschlags in der Höhe von 5,7%, 5,8% und 6% durchzuführen und diese Preiserhöhung bis Ende Oktober 2006 gegenüber den Kunden anzukündigen (vgl. SV G.j).

85. E-Mails der Winkhaus-Gruppe an die übrigen Abredeteiligen (vgl. SV G.k) bestätigen sowohl das Vorhandensein einer Verständigung als auch deren Inhalt im Hinblick auf Höhe und Zeitpunkt der vorzunehmenden Preiserhöhung einschliesslich einer Ankündigung gegenüber den Kunden im Oktober. Denn ohne das Vorhandensein einer entsprechenden Verständigung würde eine Benachrichtigung der übrigen Abredeteiligen keinen Sinn ergeben.

86. Koch räumt unter Hinweis auf das von ihr mit ihrer Teilnahme am Koordinationstreffen verfolgte Ziel ausdrücklich selbst ein (vgl. BVGer, B-5919/2017, *Baubeschläge-Koch-II*, E. 221), dass zum einen die Abredebe-

teiligten einen Informationsaustausch über den Zeitpunkt und die Höhe einer Preiserhöhung in Form eines Materialteuerungszuschlags einschliesslich einer entsprechenden Ankündigung gegenüber den Kunden vorgenommen haben und dass zum anderen Koch und Siegenia eine Verständigung darüber getroffen haben, spätestens per 1. Februar 2007 eine Preiserhöhung in der Höhe von 5,7% durchzuführen und diese Preiserhöhung bis Ende Oktober 2006 gegenüber den Kunden anzukündigen. Koch bestätigt demzufolge, dass ein Austausch sowie eine inhaltliche Festlegung über Zeitpunkt und Umfang einer Preiserhöhung in Form eines Materialteuerungszuschlags stattgefunden haben.

87. Die Angaben der Abredebetteiligten stimmen somit in den wesentlichen Punkten überein und das Ergebnis entspricht dem Zweck des Koordinationstreffens, wie dies in der Einladung von Koch angegeben worden war.

88. Diese Feststellung entspricht im Übrigen auch dem Inhalt des ausdrücklichen Vorbringens von Koch zum Erfolg des von ihr geleisteten Widerstands gegen das Herstellerdiktat (vgl. BVGer, B-5919/2017, *Baubeschläge-Koch-II*, E. 223), wonach aufgrund der Tätigkeit von Koch die Preiserhöhung der Hersteller sowohl zeitlich als auch der Höhe nach habe abgewendet und durch eine später stattfindende und in der Höhe reduzierte Einführung des Materialteuerungszuschlags ersetzt werden können.

89. Die Preiserhöhungen wurden von den Abredebetteiligten entsprechend dem Inhalt der Verständigung gegenüber den Kunden im Oktober angekündigt und Anfang 2007 termingerecht umgesetzt und angewendet. Zudem waren die jeweiligen Preiserhöhungsschreiben an die Kunden wechselseitig ausgetauscht worden (vgl. SV G.m), was von der Beschwerdeführerin nicht bestritten wird. Dadurch wird das Vorhandensein einer entsprechenden Verständigung unter den Abredebetteiligten belegt. Denn ohne das Vorhandensein einer entsprechenden Verständigung würde ein entsprechender Austausch von Kundenschreiben keinen Sinn ergeben.

90. Daher bestehen über den Vorgang der Preiskoordinationen als massgeblichen rechtsrelevanten Sachverhalt keinerlei begründete Zweifel. Der massgebliche Sachverhalt der Verhaltenskoordination ist demzufolge ausreichend erstellt.

91. Dabei ist es unerheblich, dass die Angaben zur Preiserhöhung durch Roto im Rahmen einer Selbstanzeige gemacht wurden und letztlich zu einer Sanktionsbefreiung der Roto-Gruppe geführt haben. Denn sowohl die von der Beschwerdeführerin und anderen Abredebetteiligten gemachten Angaben als auch die tatsächlich vorgenommenen Handlungen der Abredebetteiligten zu den wesentlichen Punkten der Preiserhöhung stimmen mit den Angaben von Roto in der Selbstanzeige überein. Gegenüber der Richtigkeit der von Roto eingeräumten Angaben zur Preiserhöhung bestehen daher keinerlei Zweifel.

92. Die an dem Koordinationstreffen teilnehmenden Abredebetteiligten haben somit bewusst und gewollt eine Verständigung darüber vorgenommen, zu welchem Zeitpunkt und in welcher Höhe von ihnen eine Preiserhöhung gegenüber ihren jeweiligen Kunden durchzuführen

ist, womit offensichtlich eine Koordination der Preisgestaltung der Endkundenpreise gegenüber den Fensterproduzenten und den sonstigen Zwischenhändlern einherging.

93. Für das Vorliegen einer Verhaltenskoordination ist es dabei entgegen dem Einwand der Beschwerdeführerin (vgl. E. 59, 67) unerheblich, dass die Abredebetteiligten keine identischen Inhalte der von ihnen vorgenommenen Preiserhöhungen vorgesehen haben. Denn ein identischer Abredeinhalt für alle Abredebetteiligten stellt keine Voraussetzung für die Herbeiführung einer Verhaltenskoordination dar.

94. Aufgrund der erstellten Umstände ist davon auszugehen, dass die Abredebetteiligten eine rechtlich verbindliche Vereinbarung treffen wollten, weil die Beschlaghersteller im Rahmen der getroffenen Vereinbarung die rechtswirksame Verpflichtung eingehen sollten, dass die Preiserhöhung von ihnen erst zum vorgesehenen Zeitpunkt in der vorgesehenen Höhe geltend gemacht werden kann. Dies ergibt sich schon daraus, dass zum einen die von der Beschwerdeführerin behauptete Preiserhöhung von 6% zum 1. September 2006 inhaltlich reduziert und zeitlich auf Anfang 2007 hinausgeschoben wurde und zum anderen die vereinbarte Preiserhöhung vorgängig gegenüber den Kunden angekündigt werden sollte. Denn es hätte keinem ordnungsgemässen Geschäftsgebaren entsprochen und für alle Abredebetteiligten zu nachteiligen Weiterungen geführt, wenn die Beschlaghersteller oder die Zwischenhändler nach Ankündigung dieser vereinbarten Preiserhöhung dann doch eine andere inhaltliche oder zeitliche Erhöhung der Preise vorgenommen hätten. Die Abredebetteiligten haben zum Nachweis ihres vereinbarungsgemässen Verhaltens sogar die Preiserhöhungsschreiben an ihre Kunden wechselseitig ausgetauscht (vgl. SV G.m), was ebenfalls das Bestehen einer entsprechenden verbindlichen Verpflichtung zwischen den Unternehmen nahelegt. Letztlich kann aber dahingestellt bleiben, ob diese Vereinbarung rechtlich bindend oder rechtlich unverbindlich sein sollte, weil beide Varianten in gleicher Weise von Art. 4 Abs. 1 KG erfasst werden.

95. Gleichermassen kann dahingestellt bleiben, ob die Preiserhöhungsvereinbarung bereits am 22. September 2006 abgeschlossen worden war oder ob sie erst aufgrund des konkludenten Verhaltens der Abredebetteiligten zustande kam. Denn die Abredebetteiligten haben wie vorgesehen im Oktober 2006 die vereinbarten Preiserhöhungen gegenüber den Kunden zum einen inhaltlich und zeitlich angekündigt (vgl. SV G.I) und zum anderen die entsprechenden Ankündigungsschreiben wechselseitig ausgetauscht (vgl. SV G.m). Damit haben sie die anlässlich des Treffens am 22. September 2006 wechselseitig angebotene Verständigung über eine Preiserhöhung der Endkundenpreise in jedem Fall spätestens zu diesem Zeitpunkt konkludent angenommen.

96. Dass von den Abredebetteiligten eine Vereinbarung abgeschlossen worden war, an die sie gebunden waren oder an die sie sich zumindest gebunden fühlten, wird durch den Umstand bestätigt, dass die Abredebetteiligten ihre Preise im vorgesehenen Umfang zum angekündigten Zeitpunkt gegenüber den Kunden erhöht haben (vgl. SV G.n).

97. Dabei spielt es keine Rolle, ob einzelne der beteiligten Unternehmen einen nicht erklärten Vorbehalt mit dem Inhalt angebracht haben, die Preiserhöhung gegenüber den Kunden tatsächlich überhaupt nicht, nicht in der vorgesehenen Höhe oder nicht zu dem vorgesehenen Zeitpunkt anzuwenden oder durch die Anwendung anderer Massnahmen, wie eine Gewährung von besonderen Rabatten, faktisch aufzuheben. Denn eine entsprechende Mentalreservation ist bereits bei Abschluss von rechtlich anerkannten Vereinbarungen unbeachtlich (HUGUENIN CLAIRE, Obligationenrecht, 3. Aufl. 2020, Rn. 197; KOLLER ALFRED, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 4. Aufl. 2017, Rn. 3.201 f.). Umso mehr ist eine Berücksichtigung derartiger Vorstellungen im Rahmen einer kartellrechtlichen Beurteilung von rechtlich nicht anerkannten Vereinbarungen ausgeschlossen. Deshalb sind Mentalreservationen, selbst wenn sie stattgefunden hätten, nicht zu berücksichtigen. Dies gilt auch für eine allfällige Vorstellung der Beschwerdeführerin, dass die Verständigung der Abredeteiligen sich auf die Bruttopreise gegenüber den Endkunden bezogen habe, weshalb dadurch eine spätere Ausgestaltung der Kundenpreise aufgrund der Einräumung von individuellen Rabatten auf diese Bruttopreise nicht ausgeschlossen gewesen sei.

98. Die Beschwerdeführerin und mit ihr die Siegenia-Gruppe sind demzufolge als Beteiligte an einer rechtlichen Vereinbarung über die Ausgestaltung von Preisen in Gestalt einer Preiserhöhungsvereinbarung in Form eines Materialteuerungszuschlags zu qualifizieren.

99. Selbst wenn davon auszugehen wäre, dass weder eine rechtlich verbindliche noch eine rechtlich unverbindliche Vereinbarung zwischen den Abredeteiligen abgeschlossen worden war, würde zwischen den Abredeteiligen zumindest eine abgestimmte Verhaltensweise vorliegen. Denn die Fühlungnahme in Gestalt des wechselseitigen Informationsaustauschs zwischen den Abredeteiligen am Koordinationstreffen wurde durch das nachfolgende, diesem Informationsaustausch entsprechende Verhalten manifestiert und bestätigt (BGE 147 II 72, *Hors-Liste-Pfizer-II*, E. 3.4.2; BVGer, B-7920/2015, *VPVW-Repo-3*, E. 8.3.2).

100. Die hiergegen vorgebrachte Behauptung der Beschwerdeführerin (vgl. E. 62), wonach der Entscheid über die Preiserhöhung zum 1. September 2006 von 6% bereits autonom getroffen gewesen sei, ist tatsächenswidrig. Denn von der Beschwerdeführerin wurde eine Preiserhöhung zum 1. September 2006 gerade nicht durchgeführt.

101. Auch die Behauptung der Beschwerdeführerin (vgl. E. 66), wonach an der Koordinationssitzung keine Vereinbarung getroffen worden sei, sondern lediglich die bereits autonom getroffenen Entscheidungen bestätigt worden seien, ist tatsächenswidrig. Denn offensichtlich wurde von der Beschwerdeführerin anlässlich der Koordinationssitzung keine Bestätigung der Preiserhöhung von 6% zum 1. September 2006 erklärt, sondern im Einklang mit den anderen Sitzungsteilnehmern eine Preiserhöhung von 5,7% auf Anfang 2007 vorgenommen.

102. Im Hinblick auf die Preiserhöhung 2004 ist Folgendes zu beachten.

103. Nach dem eigenen Vortrag der Beschwerdeführerin haben Roto und Siegenia im Nachgang zu einem Informationsaustausch über eine geplante einheitliche Preiserhöhung von 6% und der Mitteilung von Siegenia, dass die intendierte Preiserhöhung bei ihren Kunden nicht durchgesetzt werden könne, zwischen April und Mai 2024 beschlossen, die Preiserhöhung in zwei Schritte mit leicht unterschiedlichen Erhöhungskoeffizienten aufzuteilen und die erste Erhöhung mit 3,5% bzw. 3% zum 1. Juli 2004 sowie die zweite Erhöhung mit 2,5% und 3% zum 1. September bzw. 1. Oktober umzusetzen, woraus im Ergebnis eine Gesamtpreiserhöhung von jeweils 6% bei beiden Unternehmen resultierte.

104. Die Aufteilung der geplanten Preiserhöhung in zwei Schritten zum gleichen Zeitpunkt mit der identischen Gesamtpreiserhöhung beruht offensichtlich auf dem durchgeführten Informationsaustausch und der dabei getroffenen Verständigung zwischen den Parteien. Eine andere Begründung für diesen Geschehensablauf als rein hypothetische Überlegung ist nach allgemeinem Verständnis nicht ersichtlich und wird von der Beschwerdeführerin auch nicht vorgebracht. Die blosser Behauptung der Beschwerdeführerin, wonach eine autonome interne Entscheidung diesen Preiserhöhungen zu Grunde liegt, vermag diese gerichtliche Einschätzung des sachlichen und zeitlichen Geschehensablaufs nicht zu erschüttern. Dies gilt umso mehr, als die Beschwerdeführerin selbst vorbringt (vgl. E. 57), die Kommunikation mit Roto habe die autonom entschiedene Preiserhöhung nicht ersetzt, sondern nur verzögert. Mithin würde unstrittig zumindest eine Abrede über den Zeitpunkt der Einführung einer Preiserhöhung vorliegen.

105. Die Beschwerdeführerin und mit ihr die Siegenia-Gruppe sind demzufolge auch in diesem Fall als Beteiligte an einer rechtlichen Vereinbarung über die Ausgestaltung von Preisen in Gestalt einer Preiserhöhungsvereinbarung in Form eines Materialteuerungszuschlags zu qualifizieren. Ob es sich hierbei um eine rechtlich verbindliche Vereinbarung oder angesichts der mangelnden Verabredung weiterer unterstützender Massnahmen zur Umsetzung dieser Verständigung allenfalls nur um eine rechtlich unverbindliche Vereinbarung gehandelt hat, bedarf keiner abschliessenden Feststellung.

106. Selbst wenn davon auszugehen wäre, dass keine rechtlich unverbindliche Vereinbarung zwischen den Abredeteiligen abgeschlossen worden war, würde zwischen den Abredeteiligen zumindest eine abgestimmte Verhaltensweise vorliegen. Denn die Fühlungnahme in Gestalt des wechselseitigen Informationsaustauschs zwischen den Abredeteiligen mittels einer ausdrücklichen Kommunikation wurde durch das nachfolgende, diesem Informationsaustausch entsprechende Verhalten manifestiert und bestätigt (BGE 147 II 72, *Hors-Liste-Pfizer-II*, E. 3.4.2; BVGer, B-7920/2015, *VPVW-Repo-3*, E. 8.3.2).

## 2) Wettbewerbsbeschränkung

107. Die angefochtene Verfügung stellt angesichts der Preisabrede, mit der die Preise für Fensterbeschläge durch die Abredeteiligen gegenüber den Fensterproduzenten als Endkunden festgelegt wurden, auch eine Wettbewerbsbeschränkung gemäss Art. 4 Abs. 1 KG fest.

*(1) Vorbringen der Beschwerdeführerin*

108. Die Beschwerdeführerin macht geltend, dass eine Wettbewerbsbeschränkung nicht vorgelegen habe. Hierzu bringt sie verschiedene Einwände vor.

109. Die Verständigung über die Preiserhöhung sei ausschliesslich die zwingende Folge einer objektiv notwendigen Preiserhöhung aufgrund der gestiegenen Rohstoffpreise. Preiserhöhungen wären auch ohne irgendwelchen Austausch der Parteien erfolgt.

110. Art. 5 Abs. 3 lit. a KG erfasse nur Abreden, mit denen - unabhängig davon, ob direkt oder indirekt - die Verkaufspreise fixiert werden. Abreden, die sich sonst irgendwie auf den Preis auswirken, seien dagegen vom Begriff der Preisabrede nicht erfasst, sondern könnten lediglich unter Art. 5 Abs. 1 KG fallen. Vorliegend würde keine Preisabrede vorliegen, weil keine Endpreise vereinbart wurden und grosser Preiswettbewerb herrsche. Dass eine Festsetzung von Preisen gemäss Art. 5 Abs. 3 lit. a KG eine Festsetzung des Endpreises verlange und die Festsetzung von einzelnen Preisparametern nicht genüge, habe Tuchs Schmid (Die horizontale Preisabrede, AJP 2018/7, 848 ff.) überzeugend dargelegt. Auch das Bundesgericht habe in seinem Rückweisungs Urteil festgehalten, massgebend sei «alleine, ob die Beteiligten auf der gleichen Marktstufe eine Abrede getroffen haben, die Preise in bestimmter Höhe festzusetzen bzw. hier weiterzugeben».

111. Diese Auslegung von Art. 5 Abs. 3 lit. a KG dränge sich umso mehr auf, als es sich dabei um eine Strafnorm handle, die dem strafrechtlichen Bestimmtheitsgebot zu genügen habe.

112. Die Qualifizierung als Preisabrede gemäss Art. 5 Abs. 3 lit. a KG würde voraussetzen, dass durch die Verständigung über die Preisgestaltung wesentliche Preiselemente oder Preiskomponenten festgesetzt würden. Die Festlegung von unbedeutenden Preiselementen, bei denen sich die Vereinbarung nur auf einen sehr kleinen Preisbestandteil beziehe und damit keine spürbaren Auswirkungen auf den Endpreis habe, würde demgegenüber nicht unter Art. 5 Abs. 3 lit. a KG fallen. Vorliegend habe es sich bei der Preiserhöhung um einen marginalen Preisbestandteil gehandelt, der die Annahme einer indirekten Preisabsprache verbieten würde.

113. Die Preiserhöhung habe gegenüber den Kunden nicht durchgesetzt werden können. Die Beschwerdeführerin sei gezwungen gewesen, ihren Kunden nach der Preiserhöhung höhere Rabatte zu gewähren, was die Preiserhöhungen grösstenteils wieder zunichte gemacht und ihrer Wirkung beraubt habe.

114. Allgemein würde eine Abrede - unabhängig davon, ob in Form einer Vereinbarung oder einer abgestimmten Verhaltensweise - keine direkte oder indirekte Preisfestsetzung gemäss Art. 5 Abs. 3 lit. a KG darstellen, wenn zwar eine einzelne Preiskomponente abgesprochen werde, dies jedoch zu keiner Preisfestsetzung führe, weil aufgrund anderer Preisparameter weiterhin erheblicher Preiswettbewerb stattfände.

*(2) Vorbringen der Vorinstanz*

115. Die Vorinstanz hält die von der Beschwerdeführerin vorgebrachten Einwände aus sachlichen Gründen für

unzutreffend und verweist auf die bestehende Wettbewerbspraxis.

*(3) Würdigung durch das Gericht*

116. Für die Beurteilung von Wettbewerbsbeschränkungen einschliesslich von Preisabreden sind die folgenden Aspekte zu berücksichtigen, die auch durch die mittlerweile ergangene Rechtsprechung bestätigt werden.

*(a) Allgemeines*

117. Eine Wettbewerbsbeschränkung gemäss Art. 4 Abs. 1 KG liegt vor, wenn durch eine Abrede die Handlungsfreiheit der Wettbewerbsteilnehmer im Innen- oder Aussenverhältnis hinsichtlich eines Wettbewerbsparameters oder mehrerer Wettbewerbsparameter beschränkt wird (BGE 147 II 72, *Hors-Liste-Pfizer-II*, E. 3.5; BGE 129 II 18, *Buchpreisbindung I*, E. 5.1; BVGer, B-3618/2013, *Hallenstadion*, E. 301 m.w.N.; BVGer, B-506/2010, *Gaba*, E. 3.2.3; BVGer, B-3332/2012, *BMW*, E. 2.2.3).

118. Als Wettbewerbsparameter gelten dabei alle Faktoren, welche durch ein Unternehmen zur (Aus-)Gestaltung seiner wirtschaftlichen Beziehungen zu anderen Wirtschaftsteilnehmern eingesetzt werden können (BVGer, B-3618/2013, *Hallenstadion*, E. 301). Im Wesentlichen handelt es sich dabei um die Faktoren Preis, Menge und Qualität der Produkte, Geschäftskonditionen, Kundendienst, Beratung, Werbung sowie Marketing, Forschung und Entwicklung (BGE 147 II 72, *Hors-Liste-Pfizer-II*, E. 3.5).

119. Massgebend für die Beurteilung, ob eine nachteilige Einwirkung auf den Wettbewerb vorliegt, sind allein objektive Aspekte, während subjektive Elemente hierfür nicht berücksichtigt werden müssen (BVGer, B-3618/2013, *Hallenstadion*, E. 302 m.w.N.; BVGer, B-506/2010, *Gaba*, E. 3.2.3; BVGer, B-3332/2012, *BMW*, E. 2.2.3; BVGer, 16.9.2016, B-581/2012, *Nikon AG gg. Weko*, zit. *Nikon*, E. 4.2). Daher bedarf es keiner bestimmten subjektiven Motive auf Seiten der an einer Abrede beteiligten Unternehmen (BGE 147 II 72, *Hors-Liste-Pfizer-II*, E. 3.6). Ebenfalls unerheblich sind die subjektiven Ab- und Ansichten der betroffenen Wirtschaftsteilnehmer und allfälliger Konkurrenten.

120. Die Wettbewerbsbeschränkung kann gemäss Art. 4 Abs. 1 KG bezweckt oder bewirkt sein. Deshalb bildet das kumulative Vorliegen von Zweck und Wirkung keine Voraussetzung für eine durch eine Wettbewerbsabrede herbeigeführte Wettbewerbsbeschränkung (BGE 147 II 72, *Hors-Liste-Pfizer-II*, E. 3.6; BVGer, B-7920/2015, *VPVW-Repo-3*, E. 8.3.3; BVGer, B-3618/2013, *Hallenstadion*, E. 303).

121. Eine Abrede ist dann bezweckt (nachfolgend: Zweckabrede), wenn bereits der Gegenstand der Verhaltenskoordination in einer Einschränkung des Wettbewerbs besteht, weil die Abrede aufgrund ihres Regelungsinhalts auf die Ausschaltung oder Begrenzung eines oder mehrerer relevanter Wettbewerbsparameter ausgerichtet ist (BGE 147 II 72, *Hors-Liste-Pfizer-II*, E. 3.6; BVGer, B-7920/2015, *VPVW-Repo-3*, E. 8.3.3; BVGer, B-3618/2013, *Hallenstadion*, E. 303).

122. Mit Abschluss einer Vereinbarung wird die bezweckte Wettbewerbsabrede verwirklicht, weil die nach-

teilige Einwirkung auf den Wettbewerb bereits durch die Aufhebung des Selbständigkeitspostulats eingetreten ist. Daher bedarf es keiner Feststellung von darüber hinausgehenden Auswirkungen auf den Markt (BGE 147 II 72, *Hors-Liste-Pfizer-II*, E. 3.6). Denn aufgrund der Legaldefinition in Art. 4 Abs. 1 KG wird klargestellt, dass auch der potentielle Wettbewerb geschützt wird, weshalb es bereits ausreichend ist, dass eine Verhaltenskoordination den Wettbewerb möglicherweise beeinträchtigen kann (BGE 143 II 297, *Gaba*, E. 5.4.2).

123. Eine Abrede ist dagegen bewirkt, wenn die Abrede aufgrund ihrer Anwendung in der konkreten Sachverhaltskonstellation zu einer Ausschaltung oder Begrenzung eines oder mehrerer relevanter Wettbewerbsparameter führt, obwohl ihr Regelungsinhalt darauf nicht ausgerichtet ist (BVGer, B-3618/2013, *Hallenstadion*, E. 303; im Ergebnis ebenso BGE 147 II 72, *Hors-Liste-Pfizer-II*, E. 3.6; BVGer, B-7920/2015, *VPVW-Repo-3*, E. 8.3.3).

#### (b) Horizontale Preisabrede

124. Der Preis eines Produkts stellt einen relevanten Wettbewerbsfaktor und in vielen Branchen das wesentliche Kriterium für eine Auswahlentscheidung der Nachfrager dar (BGE 129 II 18, *Buchpreisbindung I*, E. 5.1).

125. Der Gesetzgeber hat horizontale Preisabreden neben horizontalen Gebiets- und Mengenabreden sowie Kundenaufteilungen als die schwerwiegendsten Einschränkungen des Wettbewerbs mit einem erheblichen Schädigungspotential qualifiziert. Deshalb hat er mit der Beweislastregelung der Art. 5 Abs. 3 KG sowie der direkten Sanktionierbarkeit gemäss Art. 49a KG diesen, als «harte Kartelle» bezeichneten Wettbewerbsabreden (Botschaft KG 1995, 469) eine besondere Stellung zugewiesen und sie dadurch gegenüber den anderen Verhaltenskoordinationen abgegrenzt (Botschaft KG 1995, 469, 491, 517, 566; Botschaft des Bundesrats über die Änderung des Kartellgesetzes vom 7.11.2001, BBI 2001, 2022, zit. Botschaft KG 2004, 2023, 2036, 2037). Bei Einführung der direkten Sanktionen hat der Gesetzgeber diese Qualifizierung von horizontalen Preisabreden als harte Kartelle mit verheerenden Wirkungen für den Wettbewerb (*Botschaft KG 2004*, 2036) ohne Weiteres zu Grunde gelegt. Die in Art. 5 Abs. 3 lit. a KG bestehende Regelung zu Preisabreden sollte im Rahmen der Revision des Kartellgesetzes 2004 keine Veränderung erfahren und sie bildete auch keinen Gegenstand der parlamentarischen Beratungen.

126. Die Zulässigkeit derartiger Wettbewerbsabreden ist nur dann gegeben, wenn eine Rechtfertigung aus den in Art. 5 Abs. 2 KG aufgeführten Gründen einer wirtschaftlichen Effizienz vorliegt (Botschaft KG 1995, 557; BGE 143 II 297, *Gaba*, E. 5.4.2). Dabei sind in der Praxis allerdings nur wenige Fälle vorstellbar, in denen diese Arten von Wettbewerbsabreden aus wettbewerblicher Sicht positiv zu beurteilen seien (*Botschaft KG 1995*, 546).

127. Horizontale Preisabreden wurden vom Gesetzgeber dabei integral als besonders schädlich qualifiziert, ohne dass eine Differenzierung von verschiedenen sachlichen Varianten vorgenommen wurde (*Botschaft KG 1995*, 469, 491, 517, 566; *Botschaft KG 2004*, 2023,

2036, 2037). Aus diesem Grund kommt der Vorschrift ein weites und einheitliches Anwendungsspektrum zu.

128. So wurde eine Unterteilung der Preisabreden nach schweren und leichteren Varianten auf der Ebene des Tatbestands vom Gesetzgeber ausdrücklich abgelehnt, weil leichte Fälle im Rahmen der Sanktionierung Berücksichtigung finden könnten (*Botschaft KG 2004*, 2037).

129. Für die Verwirklichung einer horizontalen Preisabrede wurde vom Gesetzgeber ausdrücklich festgehalten, dass allein die Wirkung der Preisfestsetzung massgebend sei, während die Mittel, mit denen sie erreicht wird, nicht von Belang seien (*Botschaft KG 1995*, 567). Dementsprechend erfasst bereits der Wortlaut der Vorschrift in diesem weiten Sinne sowohl direkte als auch indirekte Preisfestlegungen. Damit wird klargestellt, dass sowohl bezweckte als auch bewirkte Wettbewerbsbeschränkungen als Preisabreden im Sinne von Art. 5 Abs. 3 lit. a KG zu qualifizieren sind.

130. Für eine entsprechende Verhaltenskoordination ist es zudem ausreichend, dass eine Verständigung über einzelne Preiselemente wie Preisbestandteile oder Preiskomponenten vorgenommen wird (*Botschaft KG 1995*, 567). Dagegen bedarf es für eine horizontale Preisabrede keiner Verständigung über alle einzelnen Preisbestandteile der Ausgestaltung eines Preises oder aller Preiskomponenten zur Ermittlung eines bestimmten Preises durch die Abredeteiligen. Denn der Gesetzgeber hat ausdrücklich erklärt, dass eine Verständigung über Rabatte oder Berechnungsmethoden eines anzuwendenden Preises für ein Produkt durch die Abredeteiligen für die Qualifizierung als Preisabrede ausreichend sei (*Botschaft KG 1995*, 567). Dies wurde von der höchstrichterlichen Rechtsprechung bereits frühzeitig bestätigt (BGE 129 II 18, *Buchpreisbindung I*, E. 6.5.5).

131. Bei Einführung der direkten Sanktionen hat der Gesetzgeber zudem ausdrücklich festgehalten, dass der Begriff der Preisabreden keine Unsicherheiten biete, die einer juristischen Klärung bedürften (*Botschaft KG 2004*, 2037). Dies setzt eine einheitliche Beurteilung von horizontalen Preisabreden voraus, weil bei einer Differenzierung ansonsten im Rahmen von Art. 5 Abs. 3 lit. a KG Abgrenzungen vorzunehmen wären und damit notwendigerweise juristische Abwägungen einhergehen würden. Der Gesetzestext von Art. 5 Abs. 3 lit. a KG wurde dementsprechend auch beibehalten und im Rahmen der Kartellgesetzrevision 2004 nicht verändert.

132. Es ist daher weder hinsichtlich des Zustandekommens noch der inhaltlichen Ausgestaltung noch der nachteiligen Einwirkungen auf den Markt eine Differenzierung bei der Beurteilung von horizontalen Preisabreden vorzunehmen. Vielmehr ist die Vorschrift weit auszulegen (BVGer, 5.6.2023, 4596/2019, *CA Auto Finance Suisse SA gg. Weko*, zit. *Auto Finance*, E. 6.2.1.4; BVGer, B-7920/2015, *VPVW-Repo-3*, E. 9.3.4; *Weko*, 10.5.2010, *Komponenten für Heiz-, Kühl-, und Sanitäranlagen*, RPW 2012/3, 615, Ziff. 257; *Weko*, 15.3.2004, *Markt für Schlachtschweine - Teil B*, RPW 2004/3, 726, Ziff. 43, 44; *WEKO*, 17.12.2001, *Submission Betonsanierung*, RPW 2002/1, 130, Ziff. 30a; ebenso *BANGERTER SIMON/ZIRLICK BEAT*, in: *Zäch u.a. [Hrsg.], Kartellgesetz*, 2018, zit. *Dike-KG*, Art. 5 Abs. Rn. 380; *BORER JÜRIG*,



*Wettbewerbsrecht*, 3. Aufl. 2011, Art. 5 Rn. 34; DAVID LUCAS/JACOBS RETO, Schweizerisches Wettbewerbsrecht, 5. Aufl. 2012, zit. Wettbewerbsrecht, Rn. 649; HEINEMANN ANDREAS, Bruttopreisabsprachen, in: Hochreutener/Stoffel/ Amstutz [Hrsg.], Grundlegende Fragen, 8.Tagung zum Wettbewerbsrecht, 2017, 121, 133; KRAUSKOPF PATRICK/SCHALLER OLIVIER, in: Amstutz/Reinert [Hrsg.], Basler Kommentar, Kartellrecht, 2. Aufl. 2021, zit. BSK-KG, Art. 5 Rn. 375; REINERT, PETER, in: Baker & McKenzie [Hrsg.], Kartellgesetz, 2007, zit. SHK-KG, Art. 5 Rn. 25; WEBER ROLF H./VOLZ STEPHANIE, Fachhandbuch Wettbewerbsrecht, 2. Aufl. 2023, zit. *FHB-WBR*, Rn. 2.166; ZÄCH ROGER, Schweizerisches Kartellrecht, 2. Aufl. 2005, Rn. 454; so auch bereits HOFFET FRANZ, in: Homburger u.a. [Hrsg.], Kartellgesetz, 1997, Art. 5 Rn. 117). Demzufolge ist die im vorliegenden Verfahren zur Anwendung gelangende Regelung von Art. 5 Abs. 3 lit. a KG nicht auf bestimmte, insbesondere auch nicht auf besonders schwerwiegendere Varianten einer Preisabrede beschränkt.

133. Bereits bei der Kartellgesetzrevision 1995 hat der Gesetzgeber aus Gründen der Rechtssicherheit und Praktikabilität ausdrücklich eine inhaltliche Anlehnung an das EU-Wettbewerbsrecht vorgenommen, um durch die Übernahme bewährter Konzepte zu Gunsten der Unternehmen zu gewährleisten, dass die Beurteilung von Wettbewerbsbeschränkungen nicht zu Widersprüchen führt (*Botschaft KG 1995*, 471, 531, 632). Dabei wurde bereits damals ausdrücklich festgehalten, dass das EU-Wettbewerbsrecht einen hohen Grad an inhaltlicher Konkretisierung aufweise (*Botschaft KG 1995*, 529). Diese bewusste Anlehnung an das EU-Wettbewerbsrecht wurde durch die Kartellgesetzrevision 2004 noch verstärkt, weil gewisse strukturelle Vorbehalte im Hinblick auf den Regulierungsansatz der «Missbrauchsgesetzgebung» aufgelöst wurden (*Botschaft KG 2004*, 2034 f.), die im Rahmen der Kartellgesetzrevision 1995 im Hinblick auf die Möglichkeit einer direkten Sanktionierung noch angeführt worden waren (*Botschaft KG 1995*, 631). Im Rahmen der parlamentarischen Beratungen zur Ausgestaltung der neu eingeführten Vermutungsregelung von Art. 5 Abs. 4 KG im Vertikalverhältnis wurde überdies ausdrücklich festgehalten, dass harte Kartelle nicht strenger, aber auch nicht milder als im EU-Wettbewerbsrecht behandelt werden sollen (AB 2003 330, Votum Fritz Schiesser für die Mehrheit der Ständekommission). Diese inhaltliche Anlehnung des Kartellrechts an das EU-Wettbewerbsrecht wurde durch das Bundesgericht im Sinne einer Parallelität der Rechtslage (KUBLI LINDA, Zum Grundsatz der Parallelität im Kartellrecht, *AJP* 2018, 199) bereits für vertikale Gebietsabreden ausdrücklich festgestellt (BGE 143 II 297, *Gaba*, E. 6.2.3). Diese Parallelität der Rechtslage ist auch bei horizontalen Preisabreden gemäss Art. 5 Abs. 3 lit. a KG gegeben (BVGer, B-7920/2015, *VPVW-Repo-3*, E. 9.3.6), weil kein Grund ersichtlich ist, dass die Berücksichtigung des EU-Wettbewerbsrechts bei horizontalen harten Kartellen in anderer Weise zu erfolgen hätte als bei vertikalen harten Kartellen. Für horizontale harte Kartelle ist diese Einschätzung entsprechend der Umschreibung der Regelbeispiele von Art. 7 KG (*Botschaft KG 1995*, 531) umso mehr angebracht, weil die Umschreibung von horizontalen Preisabreden sogar der Formulierung in Art. 101 Abs. 1 lit. a AEUV entspricht.

Bei der Bestimmung des Inhalts einer Preisabrede und deren wettbewerbslicher Einstufung ist daher die entsprechende Qualifizierung und Einstufung von Preisabreden durch die EU-Wettbewerbspraxis zu berücksichtigen.

134. Das EU-Wettbewerbsrecht behandelt horizontale Preisabreden grundsätzlich als bezweckte Wettbewerbsbeschränkungen gemäss Art. 101 Abs. 1 lit. a AEUV, bei denen es keiner Feststellung der tatsächlichen Auswirkungen bedarf (EuGH, 30.1.1985, 123/83, Bureau international interprofessionnel du cognac [BNIC] gg. Guy Clair, EU:C:1985:33, Ziff. 22; EuGH, 13.6.2013, C-511/11P, Versalis SpA, EU:C:2013:386, Ziff. 83). Aufgrund ihrer schwerwiegenden Beeinträchtigung sind sie als sogenannte «Kernbeschränkungen» zu qualifizieren und damit regelmässig von einer Anwendung der einschlägigen Gruppenfreistellungsverordnungen ausgenommen. Dabei erfolgt weder im Hinblick auf die Eingehung noch die inhaltliche Ausgestaltung noch die nachteilige Einwirkung der Preiskoordination eine sachliche Differenzierung. Erfasst werden vielmehr alle mittelbaren und unmittelbaren Einschränkungen der autonomen Preisfestsetzung unter konkurrierenden Unternehmen (EuGH, 17.10.1972, 8/72, Vereeniging van Cementhandelaren gg. EU-Kom, EU:C:1972:84, Ziff. 18/22; EuGH, 16.12.1975, 114/73, Coöperatieve Vereniging Suiker Unie UA, EU:C:1975:174, Ziff. 173/174; EuGH, 8.6.1999, EU:C:1999:356, EU-Kom gg. Anic Partecipazioni SpA, Ziff. 116, 117; EuGH, 26.1.2017, C-609/13, Duravit AG u.a. gg. EU-Kom, EU:C:2017:46, zit. Badezimmer-Duravit, Ziff. 72). Dementsprechend wird als Preisabrede sowohl der Austausch von Informationen über Preiselemente als auch deren Festlegung zwischen konkurrierenden Unternehmen erfasst (HENGST DANIELA, in: Bunte, [Hrsg.], Kartellrecht, Bd. 2, Europ. Kartellrecht, 14. Aufl. 2022, Art. 101 Rn. 289 m.w.N.; LÜBBIG HANS-DIETER, in: Wiedemann, [Hrsg.], Handbuch des Kartellrechts, 4. Aufl. 2020, § 8 Rn. 22 m.w.N.; WAGNER-VON PAPP FLORIAN, in: Säcker u.a. [Hrsg.], Münchener Kommentar, Bd. 1, Europ. Wettbewerbsrecht, 3. Aufl. 2020, Art. 101 Rn. 315 m.w.N.; ZIMMER DANIEL, in: Immenga/Mestmäcker [Hrsg.], Wettbewerbsrecht, Bd. 1, EU-Kartellrecht, 6. Aufl. 2019, zit. *IM-EUWBR*, Art. 101 Rn. 213 ff. m.w.N.). Dabei ist insbesondere auch eine Koordination über den Zeitpunkt und das Ausmass von Preiserhöhungen als Preisabrede zu qualifizieren (EuGH, 14.7.1972, 48/69, Imperial Chemical Industries Ltd. gg. EU-Kom, EU:C:1972:70, Ziff. 115/119; EuGH, 16.11.2000, C-297/98, SCA Holding Ltd. gg. EU-Kom, EU:C:2000:633, Ziff. 6, in Bestätigung von EuG, 14.5.1998, T-327/94, EU:T:1998:96, und EU-Kom ABI 1994 L 243/1, Karton, Ziff. 130; EuG, 5.12.2006, T-303/02, Westfalen Gassen Nederland BV gg. EU-Kom, EU:T:2006:374, Ziff. 115, in Bestätigung von EU-Kom ABI 2003 L 84/1, Industrielle und medizinische Gase; EuGH, EU:C:2017:46, *Badezimmer-Duravit*, Ziff. 85, in Bestätigung von EU-Kom ABI 2011 C 348/11, Badeszimmerausstattung). So wurde die Firma Ciba-Geigy aus Basel bereits 1972 für die Koordination von Preiserhöhungen mit anderen Unternehmen innerhalb der Europäischen Union, die u.a. in Basel herbeigeführt wurden, sanktioniert (EuGH, 14.7.1972, 52/69, Ciba-Geigy AG gg. EU-Kom, EU:C:1972:73, Ziff. 30-37). Auch die Koordination von Preiserhöhungen bei Fensterbeschlägen innerhalb des EU-Binnenmarkts wurden durch

die Europäische Kommission mit einem Betrag in Höhe von 86 Mio. rechtskräftig sanktioniert (vgl. SV G.a; EU-Kom, 28.3.2012, COMP/39.452, ABI 2012 C-292/6, Fensterbeschlüsse, Ziff. 1; die verschiedenen beim EuG eingereichten Klagen wurden von den Unternehmen später jeweils zurückgenommen: Siegenia-Aubi KG, 10.11.2014, T-257/12, EU:T:2014:970; Gretsch Unitas GmbH, 4.2.2015, T-252/12, EU:T:2015:104; Carl Fuhr GmbH & Co KG, 6.2.2015, T-248/12, EU:T:2015:105; Hautau GmbH, 15.3.2015, T-256/12, EU:T:2015:180). Auch der blosser Austausch von relevanten Preisinformationen, die eine Einschränkung der Preissetzungsfreiheit herbeiführen, wird unabhängig von der Häufigkeit des Austauschs als Preisabrede qualifiziert (EuG, 27.10.1994, T-35/92, John Deere Ltd. gg. EU-Kom, EU:T:1994:249, Ziff. 51, bestätigt durch EuGH, 28.5.1998, C-7/95, John Deere Ltd. gg. EU-Kom, EU:C:1998:256, Ziff. 90, 91; EuGH, 2.10.2003, C-194/99, Thyssen Stahl gg. EU-Kom, EU:C:2003:57, Ziff. 81-89; EuGH, 19.3.2015, C-286/13P, Dole Food Company Inc. u.a. gg. EU-Kom, EU:C:2015:184, Ziff. 119-134; EuGH, 26.9.2018, C-99/17P, Infineon Technologies AG gg. EU-Kom, EU:C:2018:773, Ziff. 157-160). Dabei sind horizontale Preisabreden selbst bei einer unerheblichen Wettbewerbsbeschränkung generell unzulässig, weil sie als bezweckte Wettbewerbsabreden von einer Qualifizierung als Bagatellfall ausgeschlossen sind (EuGH, 13.12.2012, C-226/11, Expedia Inc. gg. Autorité de la Concurrence, EU:C:2012:795, Ziff. 35 f.; EU-KOM, Bekanntmachung über Vereinbarungen von geringer Bedeutung [De-Minimis-Bekanntmachung], ABI 2014 C 291/1, Ziff. 2). Die Zulässigkeit einer horizontalen Preisabrede ergibt sich im Einzelfall daher nur aber immerhin bei Vorliegen der Voraussetzungen einer Freistellung gemäss Art. 101 Abs. 2 AEUV (EuG, 15.7.1994, T-17/93, Matra Hachette SA gg. EU-Kom, EU:T:1994:89, Ziff. 85). Horizontale Preisabreden werden die Voraussetzungen für eine Freistellung aber kaum erfüllen (Zimmer, IM-EUWBR, Art. 101 Rn. 211).

135. Angesichts dieser eindeutigen und umfassenden gesetzgeberischen Vorgaben sind als horizontale Preisabreden demzufolge alle Verhaltenskoordinationen zu qualifizieren, die in die eigenständige Preisbildung eines Unternehmens eingreifen und damit dessen Preissetzungsfreiheit einschränken, weil dadurch das Selbstständigkeitspostulat verletzt wird (BGE 129 II 18, *Buchpreisbindung I*, E. 5.1; BGE 144 II 246, *Altimum*, E. 6.4.2; BGE 147 II 72, *Hors-Liste-Pfizer-II*, E. 3.5; BVGer, B-7920/2015, *VPVW-Repo-3*, E. 9.3.6 a.E.).

136. Entgegen den Einwänden der Beschwerdeführerin (vgl. E. 110, 111) und entsprechenden verschiedentlichen Bestrebungen in der Literatur, wonach sich eine «enge Auslegung» von Art. 5 Abs. 3 lit. a KG aus verschiedenen Aspekten ableiten lasse und anzuwenden sei (TUCHSCHMID FELIX, Die horizontale Preisabrede, AJP 2018, 848; ZÄCH ROGER, Restriktive Auslegung von Preisabreden im Sinne von Art. 5 Abs. 3 KG, AJP 2023, 686; ZÄCH ROGER/HEIZMANN RETO, Schweizerisches Kartellrecht, 3. Aufl. 2023, Rn. 556 ff.; ZÄCH ROGER/KÜNZLER ADRIAN, Die Sanktionierung von wettbewerbsbeschränkenden Tatbeständen und die EMRK, in: Bechtold/Jickeli/Rohe [Hrsg.], Recht, Ordnung und Wettbewerb, Festschrift für Wernhard Möschel, 2011,

737), ist angesichts der vorstehend aufgeführten gesetzgeberischen Vorgaben eine weite Auslegung des Art. 5 Abs. 3 lit. a KG vorzunehmen, weil die Vorschrift auf die einheitliche Erfassung aller Verhaltenskoordinationen, die zu einer Einschränkung der Preissetzungsfreiheit eines Unternehmens führen, ausgerichtet ist. Insbesondere ist die Bestimmtheit der Vorschrift angesichts ihres einheitlichen und umfassenden Charakters auch unter Berücksichtigung des strafrechtsähnlichen Charakters von Art. 49 Abs. 1 KG gegeben, weil alle Varianten von horizontalen Preisabreden erfasst werden und keine Abgrenzung zwischen verschiedenen Tatbeständen von entsprechenden Verhaltenskollisionen vorgenommen werden muss. Die von der gegenteiligen Ansicht behauptete Unbestimmtheit ergibt sich vielmehr erst aus der angeblich notwendigen engen Auslegung und der damit verbundenen Abgrenzung.

137. Entgegen dem Einwand der Beschwerdeführerin (vgl. E. 110) ergibt sich etwas anderes auch nicht aus dem Rückweisungs Urteil, weil das Bundesgericht in diesem Urteil keine entsprechende sachliche Einschränkung vorgenommen hat.

138. Ein formaler Eingriff in die Preisgestaltung durch die Festlegung bestimmter Preiselemente, wie die Durchführung einer Preiserhöhung nach Zeit und Höhe, ist bereits nach seinem Inhalt auf eine nachteilige Einwirkung auf den Wettbewerb ausgerichtet. Ein solcher Eingriff stellt daher eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung dar. Besondere Aspekte, die zu einer anderweitigen Beurteilung führen würden, sind bei der vorliegenden Sachverhaltskonstellation nicht erkennbar. Dies entspricht im Ergebnis auch der Rechtslage im EU-Wettbewerbsrecht.

139. Mit dem Abschluss einer bezweckten Preisabrede wird die Wettbewerbsabrede verwirklicht, weil die nachteilige Einwirkung auf den Wettbewerb bereits infolge der Aufhebung der Preissetzungsfreiheit der Abredebeitrügten eingetreten ist. Denn bereits damit und nicht erst mit einer Praktizierung wird ein Klima der Wettbewerbsfeindlichkeit geschaffen, das volkswirtschaftlich oder sozial schädlich für das Funktionieren des normalen Wettbewerbs ist (BGE 143 II 297, *Gaba*, E. 5.4.2). Daher bedarf es keiner Feststellung von darüberhinausgehenden Auswirkungen einer bezweckten Preisabrede im relevanten Markt. Dies entspricht ebenfalls der Rechtslage im EU-Wettbewerbsrecht.

140. Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin (vgl. E. 112) stellt eine Preisharmonisierung im Sinne von inhaltlich und zeitlich identischen Preiserhöhungen keine Voraussetzung einer Preisabrede dar (BVGer, B-7920/2015, *VPVW-Repo-3*, E. 9.3.6). Eine Preisabrede liegt vielmehr bereits dann vor, wenn der Inhalt der Koordination zum Beispiel auf den Erhalt oder die Herstellung einer inhaltlichen Differenz der jeweiligen Preise oder Preiselemente ausgerichtet ist. Denn auch mit einer derartigen Verhaltenskoordination wird auf die Preissetzungsfreiheit der beteiligten Unternehmen eingewirkt und der Preiswettbewerb eingeschränkt (vgl. hierzu auch BVGer, B-5919/2017, *Baubeschlüsse-Koch-II*, E. 289 f.).

141. Entgegen dem Einwand der Beschwerdeführerin (vgl. E. 112), wonach mit einer Preisabrede ein wesentliches Preiselement erfasst werden müsse, bilden die

Aspekte der Wesentlichkeit oder Unwesentlichkeit eines Preiselements keine Kriterien für eine Abgrenzung oder Differenzierung von horizontalen Preisabreden gemäss Art. 5 Abs. 3 lit. a KG (so bereits BVGer, B-7920/2015, *VPVW-Repo-3*, E. 9.3.6, entgegen der bisherigen Wettbewerbspraxis und den Ansichten in der Literatur).

142. Die Vorschrift weist kein derartiges Tatbestandsmerkmal auf, weshalb nicht darauf zurückgegriffen werden kann. Der Herleitung eines entsprechenden stillschweigenden Tatbestandsmerkmals steht der Umstand entgegen, dass eine Abgrenzung von wesentlichen und unwesentlichen Preisabreden der vom Gesetzgeber vorgesehenen einheitlichen Beurteilung von horizontalen Preisabreden widersprechen würde. Insbesondere hat der Gesetzgeber eine Differenzierung zwischen leichten und schweren Fällen einer Preisabrede ausdrücklich abgelehnt. Des Weiteren sieht Art. 5 Abs. 1 KG mit dem Tatbestandsmerkmal der Erheblichkeit von Wettbewerbsbeeinträchtigungen bereits ein entsprechendes Kriterium vor, mit dem unerhebliche Sachverhalte von einer Erfassung durch Art. 5 Abs. 1 KG ausgesondert werden. Deshalb besteht keine Notwendigkeit für eine zusätzliche Abgrenzung von wesentlichen gegenüber unwesentlichen Preisabreden. Auch das EU-Wettbewerbsrecht sieht kein Wesentlichkeitskriterium für die Feststellung einer horizontalen Preisabrede vor. Vielmehr ist eine Koordination von Preiselementen unabhängig von ihrer jeweiligen Bedeutung für den Preis eines Produkts unzulässig.

143. Im Übrigen wäre die Vereinbarung einer einheitlichen Preiserhöhung im Rahmen des üblichen Geschäftsverlaufs ungeachtet von deren Höhe auch nicht als unwesentliche Preisabrede zu qualifizieren, weil die Entscheidung über die Durchführung von Preiserhöhungen infolge von Kostensteigerungen gerade eine zentrale Aufgabe eines jeden Unternehmens darstellt, die es im Rahmen seiner ihm zukommenden Preissetzungsfreiheit eigenständig wahrzunehmen hat.

#### (c) Sachverhalt

144. Vorliegend haben als Abredebeteiligte die Beschlaghersteller Roto-Gruppe, Siegenia-Gruppe und Winkhaus sowie die Koch-Gruppe als Grosshändlerin den Zeitpunkt sowie die Höhe einer Preiserhöhung für Fensterbeschläge in Form eines Materialteuerungszuschlags gegenüber den Fensterproduzenten und Einzelhändlern als Endkunden festgelegt.

145. Mit dieser Übereinkunft wurde offensichtlich in die Preisgestaltung der Abredebeteiligten beim Absatz der Fensterbeschläge gegenüber den Endkunden eingegriffen, um sowohl der Höhe als auch dem Zeitpunkt nach eine einheitliche Preiserhöhung vorzunehmen. Es liegt daher unzweifelhaft eine bezweckte Preisabrede vor, weil infolge der formalen Festlegung von Höhe und Zeitpunkt einer Preiserhöhung die Preisautonomie der einzelnen Abredebeteiligten eingeschränkt und dadurch eine nachteilige Einwirkung auf den Wettbewerb vorgenommen wurde.

146. Den von der Beschwerdeführerin hiergegen vorgebrachten Einwänden kommt keine relevante Bedeutung zu.

147. Der in verschiedener Form geltend gemachte Einwand der Beschwerdeführerin (vgl. E. 112), wonach die Preiserhöhungsvereinbarung keinen wesentlichen Einfluss auf die tatsächlich bezahlten Preise gehabt habe, weil es sich beim Materialteuerungszuschlag nur um einen untergeordneten Preisbestandteil und damit um einen sekundären Bruttopreisbestandteil gehandelt habe, ist unzutreffend. Denn jegliche Koordination eines Preiselements ist als Preisabrede zu qualifizieren, unabhängig von der Bedeutung des jeweiligen Elements für die gesamte Preisbildung. Zudem wäre die Vereinbarung einer einheitlichen Preiserhöhung im vorliegenden Umfang von mehr als 5% auch nicht als unwesentliche Preisabrede zu qualifizieren, weil die Entscheidung über die Durchführung von Preiserhöhungen infolge von Kostensteigerungen gerade eine zentrale Aufgabe eines jeden Unternehmens darstellt, die es im Rahmen der Preissetzungsfreiheit eigenständig wahrzunehmen hat.

148. Im Übrigen verdeutlicht dieser Einwand die Widersprüchlichkeit in der Argumentation der Beschwerdeführerin. Denn wenn die Festlegung des Materialteuerungszuschlags nach Höhe und Zeitpunkt derart unbedeutend gewesen wäre, wie von ihr nachträglich geltend gemacht wird, lässt sich nicht erklären, warum die Abredebeteiligten überhaupt einen derartigen Aufwand betrieben haben, um eine einheitliche Umsetzung dieses Preisaufschlags sicherstellen zu können.

149. Auch der Einwand der Beschwerdeführerin (vgl. E. 114), wonach eine Verständigung über Bruttopreise keine Preisfestsetzung gemäss Art. 5 Abs. 3 lit. a KG darstellen würde, weil die einzelnen Kunden jeweils unterschiedliche Preisnachlässe ausgehandelt und erhalten hätten und daher aufgrund anderer Preisparameter weiterhin erheblicher Preiswettbewerb herrschen würde, ist unzutreffend. Gleiches gilt für den Einwand der Beschwerdeführerin (vgl. E. 110), dass die Festlegung der Bruttopreise aus dem gleichen Grund nicht kausal für die Festlegung der Nettopreise als Endpreise gewesen sei. Denn für eine Preisabrede ist die Koordinierung von einzelnen Preiselementen ausreichend, wie dies vom Gesetzgeber ausdrücklich vorgesehen wurde und auch im EU-Wettbewerbsrecht anerkannt ist.

150. Wenn von Seiten des Gesetzgebers bereits eine Verständigung der Abredebeteiligten über die Gewährung eines im Einzelfall gegenüber den Kunden zu gewährenden Rabatts ausdrücklich als Preisabrede qualifiziert wird, obwohl der Nettopreis dadurch nicht festgelegt wird, dann hat diese Qualifizierung offensichtlich umso mehr für die Verständigung der Abredebeteiligten über die Anwendung und Ausgestaltung eines Bruttopreises zu gelten, mit dem das Ausgangsniveau für Preisverhandlungen vereinheitlicht und angehoben wird, auch wenn dadurch der sich jeweils ergebende Nettopreis ebenfalls nicht festgelegt wird.

151. Auch der Einwand der Beschwerdeführerin (vgl. E. 110), wonach mit den Bruttopreisen keine Endpreise durch die Abredebeteiligten festgelegt worden seien, ist nicht relevant. Dabei kann dahingestellt bleiben, dass die Beschwerdeführerin in keiner Weise darlegt, welcher der unterschiedlichen Preise im Rahmen der Preisbildung als Endpreis zu qualifizieren wäre. Denn wenn von Seiten des Gesetzgebers bereits die Verständigung über

die Gewährung eines Rabatts gegenüber den Kunden als Preisabrede qualifiziert wird, dann ist eine Beschränkung von Art. 5 Abs. 3 lit. a KG auf «Endpreise» sachlogisch ausgeschlossen, weil durch die blosser Festlegung eines Rabatts in keinem Fall ein bestimmter Endpreis festgelegt werden kann. Daher kann entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin unter Berufung auf Ansichten in der Literatur auch eine grammatikalische, historische, systematische und teleologische Interpretation von Art. 5 Abs. 3 lit. a KG nicht zu einem anderen Ergebnis führen.

152. Dem Einwand der Beschwerdeführerin (vgl. E. 113), wonach die Verhaltenskoordination nicht zu einer Einschränkung des Wettbewerbs geführt habe, weil die angekündigte Preiserhöhung nicht in dieser Höhe durchgesetzt werden können und ein Grossteil der Bruttopreise nicht von dieser Verhaltenskoordination erfasst worden sei, kommt ebenfalls keine Bedeutung zu. Denn bei Vorliegen einer Zweckabrede bedarf es keiner zusätzlichen Feststellung der tatsächlichen Auswirkungen der Verhaltenskoordination.

### 3) Wettbewerbsbeseitigung

153. Vorliegend kann dahingestellt bleiben, ob eine Wettbewerbsbeseitigung und damit nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts (BGE 129 II 18, Buchpreisbindung I, E. 8.3.2) eine vollständige Beseitigung des Wettbewerbs vorgelegen hat oder nicht. Denn dieser Aspekt ist für das Ergebnis der rechtlichen Beurteilung nicht von Bedeutung. Im Übrigen unterstellt die angefochtene Verfügung keine Wettbewerbsbeseitigung und die Beschwerdeführerin bestreitet, dass eine solche vorgelegen habe.

### 4) Wettbewerbsbeeinträchtigung

154. Dem Tatbestandsmerkmal der Wettbewerbsbeeinträchtigung gemäss Art. 5 Abs. 1 KG kommt - wie auch dem Tatbestandsmerkmal der Wettbewerbsbeseitigung - gegenüber dem Tatbestandsmerkmal der Wettbewerbsbeschränkung in Art. 4 Abs. 1 KG grundsätzlich keine eigenständige Bedeutung in Bezug auf den Inhalt der nachteiligen Einwirkung auf den Wettbewerb zu.

155. Wettbewerbsbeeinträchtigung und Wettbewerbsbeseitigung bilden vielmehr die in Art. 5 KG statuierten Varianten einer Wettbewerbsbeschränkung mit einem je unterschiedlichen quantitativen Ausmass der nachteiligen Einwirkung auf den Wettbewerb (*Botschaft KG 1995*, 533). Dadurch ergibt sich eine Differenzierung zwischen einer vollständigen Aufhebung und einer erheblichen teilweisen Aufhebung sowie implizit einer geringfügigen teilweisen Aufhebung des Wettbewerbs. An diese Differenzierung werden wiederum einerseits die Möglichkeit der Geltendmachung einer Rechtfertigung gemäss Art. 5 Abs. 2 KG bei einer Wettbewerbsbeeinträchtigung und andererseits der Ausschluss einer Rechtfertigung bei einer Wettbewerbsbeseitigung angeknüpft. Mit dem Begriffspaar «Wettbewerbsbeeinträchtigung» und «Wettbewerbsbeseitigung» wird demzufolge im Rahmen von Art. 5 Abs. 1 KG die notwendige sprachliche Unterscheidung für diese Differenzierung vorgenommen. Ansonsten entspricht sowohl der Inhalt einer Wettbewerbsbeeinträchtigung als auch der Inhalt einer Wettbewerbsbeseitigung dem Tatbestandsmerkmal der

Wettbewerbsbeschränkung gemäss Art. 4 Abs. 1 KG. Dies wurde durch das Bundesverwaltungsgericht bereits ausdrücklich festgestellt (BVGer, B-3618/2013, *Hallenstadion*, E. 328) und durch das Bundesgericht bestätigt (BGer, 2C\_113/2017, *Hallenstadion*, E. 7.3.4, [«auch eine Beeinträchtigung des Wettbewerbs ist - wie die Vorinstanz zutreffend ausgeführt hat - gegeben»]; implizit bereits BGE 143 II 297, *Gaba*, E. 5.4.2).

### 5) Erheblichkeit

156. Die angefochtene Verfügung stellt die Erheblichkeit der Preisabrede aufgrund der konkreten Beeinträchtigung des Wettbewerbs fest.

#### (1) Vorbringen der Beschwerdeführerin

157. Die Beschwerdeführerin macht geltend, dass die Erheblichkeit der vermeintlichen Preisabrede nicht gegeben sei. Hierzu führt sie verschiedene Einwände an.

158. Für die Bejahung der Erheblichkeit sei es erforderlich, dass in einer Gesamtbeurteilung schädliche Auswirkungen auf den Wettbewerb nachgewiesen werden. Entgegen der Auffassung in der angefochtenen Verfügung könne selbst bei Vorliegen eines Tatbestands von Art. 5 Abs. 3 KG nicht ohne Weiteres davon ausgegangen werden, es läge ein hohes Schädigungspotential für den Wettbewerb vor, weshalb an das quantitative Element der Erheblichkeit keine allzu hohen Anforderungen zu stellen seien. Andernfalls läge eine per se Erheblichkeit vor, die der Gesetzgeber gerade habe ausschliessen wollen.

159. Vorliegend sei das quantitative Element als unbedeutend einzustufen. Sämtliche Unternehmen seien gezwungen gewesen, ihre Preise zu erhöhen und hätten ihre entsprechenden Entscheide autonom getroffen, bevor es zu einem Informationsaustausch gekommen sei. Die Abrede habe sich lediglich auf einen marginalen Preisbestandteil bezogen, der aufgrund der Rabattgewährung keinerlei Auswirkungen entfaltetete. Zudem sei zu berücksichtigen, dass die Preiserhöhung nur teilweise von den Kunden akzeptiert und durch Rabattgewährung wieder weitestgehend aufgehoben worden sei.

#### (2) Vorbringen der Vorinstanz

160. Die Vorinstanz hält die von der Beschwerdeführerin vorgebrachten Einwände angesichts der neueren bundesgerichtlichen Rechtsprechung aus den im Rahmen der gerichtlichen Würdigung dargelegten Gründen für unzutreffend.

#### (3) Würdigung durch das Gericht

161. Eine Wettbewerbsbeschränkung ist gemäss Art. 5 Abs. 1 KG bei Fehlen einer Wettbewerbsbeseitigung nur dann wettbewerbswidrig, wenn sie erheblich ist. Das Gesetz selbst weist keine Umschreibung oder inhaltliche Bestimmung des Merkmals der Erheblichkeit auf. In Praxis und Literatur bestanden daher divergierende Ansichten zu dessen Inhalt. Das Bundesgericht hat mit dem zwischenzeitlich ergangenen Urteil in Sachen *Gaba* (BGE 143 II 297, *Gaba*, E. 5) eine wesentliche Klärung hierzu herbeigeführt.

162. Danach nimmt das Merkmal der Erheblichkeit als Bagatellklausel ausschliesslich eine Aussonderung der unbedeutenden Fälle vor, die aus Gründen der administ-

rativen und wirtschaftlichen Praktikabilität keiner Verfolgung zuzuführen sind. Dabei bedarf es für die Aussonderung weder einer Prüfung der volkswirtschaftlichen Auswirkungen noch einer umfassenden und differenzierten Abklärung des jeweiligen Sachverhalts. Vielmehr ist die Prüfung der Erheblichkeit anhand einfacher Beurteilungskriterien von qualitativen und quantitativen Aspekten durchzuführen. Massgebend für die Beurteilung ist hierbei, dass die Gesamtheit von qualitativen und quantitativen Kriterien zur Feststellung der Erheblichkeit für einen Sachverhalt führt.

163. Für diese Beurteilung der Erheblichkeit ist zu berücksichtigen, dass qualitativen Aspekten, die sich aus dem Gesetzestext ableiten lassen, eine vorrangige Bedeutung zukommt. Die in Art. 5 Abs. 3 und 4 KG aufgeführten Wettbewerbsabreden unter Einschluss von Preisabreden sind angesichts ihrer vom Gesetzgeber anerkannten besonderen Schädlichkeit grundsätzlich bereits aufgrund ihres Gegenstands als erheblich zu qualifizieren. Denn diese Wettbewerbsabreden sind auch bei Fehlen einer Wettbewerbsbeseitigung als besonders schädlich zu qualifizieren. Deshalb ist bei ihrem Vorliegen die Erheblichkeit der Wettbewerbsbeeinträchtigung unabhängig von ihrem quantitativen Ausmass regelmässig gegeben (BGE 143 II 297, *Gaba*, E. 5.2.5). Bei den Vermutungstatbeständen gemäss Art. 5 Abs. 3 und 5 KG kann somit nur im Falle von besonderen Ausnahmekonstellationen eine fehlende Erheblichkeit der Wettbewerbsbeeinträchtigung festgestellt werden.

164. Dies gilt prinzipiell in noch strengerer Weise im EU-Wettbewerbsrecht, welches für Preis-, Mengen-, Gebiets- und Kundenabreden gar keine Ausnahmeregelungen aufgrund der Geringfügigkeit kennt (vgl. E. 134).

165. Die qualitative Massgeblichkeit ist im vorliegenden Fall ohne Weiteres gegeben. Denn Gründe dafür, dass die vereinbarte Festlegung des Materialteuerungszuschlags als besonderer Ausnahmefall eine völlig bedeutungslose Preisabrede auf dem relevanten Markt darstellen würde, sind nicht ersichtlich. Allein die Behauptung der Beschwerdeführerin (vgl. E. 159), dass die Verhaltenskoordination auf einem marginalen Preisbestandteil beruhe, der aufgrund der Rabattgewährung keinerlei Auswirkungen entfaltet habe, stellt keinen Beleg dafür dar, dass es sich hierbei um eine unbedeutende Preisabrede gehandelt hätte. Denn diese Behauptung steht schon in einem offensichtlichen Widerspruch zum Aufwand, der von den Abredeteiligen betrieben wurde, um die angeblich unvermeidliche Preiserhöhung inhaltlich und zeitlich anzupassen. Im Übrigen wären die konkreten Auswirkungen für die Beurteilung der Erheblichkeit auch nicht massgeblich.

166. Allein der Vollständigkeit halber ist zudem darauf hinzuweisen, dass im vorliegenden Fall auch die quantitative Massgeblichkeit gegeben ist, weil die Abredeteiligen der Preisabrede 2007 einen Marktanteil von über 80% des relevanten Markts aufweisen (vgl. SV F.a). Bei einem derartig grossen Marktanteil der Abredeteiligen wäre sogar bei anderen als in den Art. 5 Abs. 3 und 4 KG statuierten Verhaltenskoordinationen von einer Erheblichkeit der Wettbewerbsbeeinträchtigung auszugehen. Für die Abredeteiligen der Preisabrede 2004 gilt dies immer noch in ähnlicher Weise.

167. Die Erheblichkeit der Wettbewerbsbeeinträchtigung gemäss Art. 5 Abs. 1 KG liegt daher unzweifelhaft vor.

168. Die Einwände der Beschwerdeführerin gegen die Erheblichkeit der Preisabrede sind angesichts der neueren Rechtsprechung des Bundesgerichts nicht mehr von Belang.

## 6) Rechtfertigungsgründe

169. Eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung stellt gemäss Art. 5 Abs. 2 KG dann kein wettbewerbswidriges Verhalten dar, wenn ausreichende Gründe der wirtschaftlichen Effizienz das Vorgehen der an der Abrede beteiligten Unternehmen rechtfertigen.

170. Für eine Rechtfertigung wegen wirtschaftlicher Effizienz bedarf es eines gesamtwirtschaftlich positiven Zwecks (Botschaft KG 1995, 516; BGE 143 II 297, *Gaba*, E. 7.1; BGE 147 II 72, *Hors-Liste-Pfizer-II*, E. 7.2), wobei ausschliesslich die gesetzlich aufgeführten Gründe und Ziele einer Senkung der Herstellungs- und Vertriebskosten, einer Verbesserung der Produkte, einer Förderung von Forschung oder der Verbreitung von technischem oder beruflichem Wissen sowie einer rationelleren Nutzung von Ressourcen geltend gemacht werden können (Botschaft KG 1995, 558; BGE 129 II 18, *Buchpreisbindung I*, E. 10.3; BGE 143 II 297, *Gaba*, E. 7.1; BGE 147 II 72, *Hors-Liste-Pfizer-II*, E. 7.2). Hierbei ist es ausreichend, dass im Einzelfall einer dieser Gründe vorliegt (BGE 129 II 18, *Buchpreisbindung I*, E. 10.3; BGE 143 II 297, *Gaba*, E. 7.1; BGE 147 II 72, *Hors-Liste-Pfizer-II*, E. 7.2).

171. Eine Wettbewerbsabrede muss gemäss Art. 5 Abs. 2 lit. a KG notwendig sein, um den jeweils geltend gemachten Rechtfertigungsgrund zu erreichen. Die Notwendigkeit einer Abrede muss in zeitlicher, örtlicher, sachlicher und personaler Hinsicht gegeben sein (BGE 144 II 246, *Altimum*, E. 13.5.1; BVGer, B-7920/2015, *VPVW-Repo-3*, E. 10.3). Dies setzt im Sinne einer Verhältnismässigkeitsprüfung (Botschaft KG 1995, 560; BGE 129 II 18, *Buchpreisbindung I*, E. 10.4; BGE 143 II 297, *Gaba*, E. 7.1; BGE 147 II 72, *Hors-Liste-Pfizer-II*, E. 7.2; BVGer, B-7920/2015, *VPVW-Repo-3*, E. 10.3) folgende Anforderungen voraus: (i) die Wettbewerbsabrede ist überhaupt geeignet, das geltend gemachte Effizienzziel herbeizuführen; (ii) die Wettbewerbsabrede ist erforderlich, weil keine mildere, d.h. den Wettbewerb weniger beeinträchtigende wirtschaftliche Massnahme möglich ist; (iii) die durch die Wettbewerbsabrede herbeigeführte Beeinträchtigung des Wettbewerbs ist im Verhältnis zum angestrebten Effizienzziel angemessen, d.h. nicht überproportional, was zur Folge hat, dass die Effizienzgewinne umso höher ausfallen müssen, je schwerwiegender die Beeinträchtigung des Wettbewerbs zu qualifizieren ist.

172. Preisabreden erfüllen das Kriterium der Notwendigkeit in der Regel nicht (BGE 129 II 18, *Buchpreisbindung I*, E. 10.4; BVGer, B-7920/2015, *VPVW-Repo-3*, E. 10.3).

173. Gemäss Art. 5 Abs. 2 lit. b KG darf die Wettbewerbsabrede überdies in keinem Fall die Möglichkeit zu einer Beseitigung von wirksamem Wettbewerb eröffnen.

174. Im Lichte des gesamtwirtschaftlichen Effizienzbegriffs reichen rein individuelle betriebswirtschaftliche Zugewinne an Leistungsfähigkeit - wie betriebsinterne Kostenverlagerungen - oder rein pekuniäre Vorteile - wie blosser Kartellrenten, eine sog. Marktberuhigung oder die Verhinderung von ruinösem Wettbewerb - der Abredebeteiligten für eine Rechtfertigung nicht aus (BVGer, BVGer, B-7920/2015, *VPVW-Repo-3*, E. 10.3 m.w.N.).

175. Auch die Notwendigkeit von Preiserhöhungen aufgrund von gestiegenen Rohstoffpreisen stellt keinen Rechtfertigungsgrund für eine Verständigung von Wettbewerbern über die Höhe und den Zeitpunkt der umzusetzenden Preissteigerungen dar.

176. Aufgrund des erstellten Sachverhalts sind auch keine sonstigen Anhaltspunkte ersichtlich, wonach ein Effizienzgrund für den Abschluss einer Preisabrede über die Höhe und den Termin eines Materialteuerungszuschlags zwischen den Abredebeteiligten zu Lasten der Fensterproduzenten vorhanden sein könnte.

177. Vorliegend sind die Voraussetzungen für die Anerkennung eines Rechtfertigungsgrunds demzufolge nicht gegeben.

178. Die angefochtene Verfügung hat das Vorliegen von Rechtfertigungsgründen, die von der Beschwerdeführerin nicht geltend gemacht wurden, verneint.

## 7) Fazit Wettbewerbsabrede

179. Zusammenfassend ist festzustellen, dass die Verständigung über den Zeitpunkt und die Höhe einer Preiserhöhung in Form eines Materialteuerungszuschlags für Fensterbeschläge im Jahr 2004 und 2007 als Preisabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 3 lit. a KG eine wettbewerbswidrige Preisabrede gemäss Art. 5 Abs. 1 KG darstellt, weil mit dem Abschluss dieser Wettbewerbsabrede der Wettbewerb auf dem relevanten Markt der Fensterbeschläge mit Dreh-Kipp-Mechanismus erheblich beeinträchtigt wurde.

## VI. Sanktionen

180. Die Vorinstanz hat wegen des wettbewerbswidrigen Verhaltens gegen die Beschwerdeführerin eine Sanktion gemäss Art. 49a Abs. 1 KG ausgesprochen.

### 1) Massgebende Sanktionsvorschriften

181. Art. 49a KG sieht vor, dass ein Unternehmen, das sich aufgrund seiner Beteiligung an einer in Art. 5 Abs. 3 und 4 KG aufgeführten Wettbewerbsabrede unzulässig verhält, mit einer Sanktion belastet wird. Das Sanktionsobjekt entspricht dabei dem Kartellrechtssubjekt gemäss Art. 2 Abs. 1<sup>bis</sup> KG. Aufgrund des vorliegenden Sachverhalts liegt eine Preisabrede gemäss Art. 5 Abs. 3 lit. a KG vor, an dem die Beschwerdeführerin als Repräsentantin der Siegenia-Gruppe beteiligt ist.

182. Die Beschwerdeführerin sieht durch die Sanktionierung die rechtmässige Anwendung von Art. 49a Abs. 1 KG verletzt, weil deren tatbestandsmässigen Voraussetzungen nicht erfüllt seien.

#### (1) Vorbringen der Beschwerdeführerin

183. Die Beschwerdeführerin macht geltend, dass die vorgeworfene Preiserhöhung nicht nach Art. 49a Abs. 1

KG sanktioniert werden dürfe, weil sie den wirksamen Wettbewerb nicht beseitigt habe.

184. Im vorliegenden Fall sei die gesetzliche Vermutung der Beseitigung des Wettbewerbs widerlegt worden.

185. Gemäss einer Ansicht in der Literatur, der zu folgen sei, müsse die Anwendung von direkten Sanktionen auf Wettbewerbsabreden beschränkt werden, die den Wettbewerb effektiv beseitigen. Könne die gesetzliche Vermutung von Art. 5 Abs. 3 KG umgestossen werden, liege keine zulässige Abrede nach Art. 5 Abs. 3 KG mehr vor, sondern allenfalls eine nicht strafbare Beteiligung an einer unzulässigen Abrede nach Art. 5 Abs. 1 KG.

186. Dies ergebe sich aus dem Bestimmtheitsgebot von Art. 1 StGB, wonach eine Strafnorm genügend klar und bestimmt zu sein habe (BGE 125 III 391 E. 3d). Dieses Gebot sei aufgrund von Art. 333 StGB anwendbar, weil es sich bei Art. 49a KG um eine Strafnorm handle.

#### (2) Vorbringen der Vorinstanz

187. Die Vorinstanz hält den von der Beschwerdeführerin vorgebrachten Einwand gegen ihre Sanktionierung angesichts der bestehenden bundesgerichtlichen Rechtsprechung sachlich für unzutreffend.

#### (3) Würdigung durch das Gericht

188. Die neuere Rechtsprechung des Bundesgerichts hat klargestellt, dass eine Sanktionierung gemäss Art. 49a KG eine Beseitigung des Wettbewerbs gemäss dem Vermutungstatbestand von Art. 5 Abs. 3 und 4 KG nicht voraussetzt. Vielmehr findet Art. 49a KG auch auf eine bloss erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs durch Wettbewerbsabreden gemäss Art. 5 Abs. 3 und 4 KG Anwendung (BGE 143 II 297, *Gaba*, E. 9.4.; BGER, 24.10.2017, 2C 63/2016, Bayerische Motorenwerke AG gg. Weko, publ. E. 144 II 194, zit. *BMW*, E. 5.4.; BGE 147 II 72, *Hors-Liste-Pfizer-II*, E. 8.3.1). Die gegenteiligen, von der Beschwerdeführerin vorgetragenen Einwände sind demzufolge nicht von Belang.

189. Die Voraussetzungen für die Anwendung von Art. 49a KG und die sich daraus ergebende Sanktionierbarkeit der von der Beschwerdeführerin vereinbarten und durchgeführten Wettbewerbsbeschränkung sind daher gegeben.

### 2) Vorwerfbarkeit

190. Aufgrund der gefestigten Rechtsprechung ist die Vorwerfbarkeit eines wettbewerbswidrigen Verhaltens gemäss Art. 49a Abs. 1 KG bei einem pflichtwidrigen Fehlverhalten von Mitgliedern der Führungsgremien und von Mitarbeitern des Unternehmens gegeben, das sowohl eine Sorgfaltspflichtverletzung durch ein aktives Handeln oder eine Unterlassung als auch einen Sorgfaltsmangel im Sinne eines Organisationsverschuldens umfasst (ausführlich BVGer, B-7633/2009, *ADSL II*, E. 674 f., und BVGer, B-831/2011, *DCC*, E. 1488 ff.; grundsätzlich BGE 147 II 72, *Hors-Liste-Pfizer-II*, E. 8.4.2.; BGE 146 II 217, *ADSL II*, E. 8.5.2.; BGE 143 II 297, *Gaba*, E. 9.6.2.; BGE 139 I 72, *Publigruppe*, E. 12.2.2 [nicht publ.]; BVGer, B-771/2012, *Cellere*, E. 9.3.3.; BVGer, B-807/2012, *Erne*, E. 11.2.1.; BVGer, B-581/2012, *Nikon*, E. 8.2.2.; BVGer, B-506/2010, *Gaba*,

E. 14.3.5; BVGer, B-2977/2007, *Publigroupe*, E. 8.2.2.1; BVGer, B-2157/2006, *Valet Parking*, E. 4.2.6).

191. Danach ist die Vorwerfbarkeit des Verhaltens angesichts der wissentlichen und willentlichen Beteiligung der Beschwerdeführerin an den Gesprächen mit Konkurrenten über den Umfang und den Zeitpunkt von Preiserhöhungen sowie an der Umsetzung dieser koordinierten Preiserhöhungen mittels Austauschs von Ankündigungsschreiben und der parallelen zeitlichen Einführung unzweifelhaft gegeben.

192. Subjektive Absichten oder Motive für die Beteiligung an diesen Gesprächen vermögen an dieser Einschätzung keine Änderung herbeizuführen. Daher bedürfen sie keiner Berücksichtigung.

193. Die Beschwerdeführerin hat daher vorsätzlich an der Koordination einer Preiserhöhung von Fensterbeschlägen durch verschiedene Hersteller und Händler mitgewirkt.

194. Die Beschwerdeführerin hat auch keine Einwände gegen die Feststellung eines vorwerfbaren Verhaltens durch die angefochtene Verfügung erhoben.

195. Die Vorwerfbarkeit des Verhaltens ist im vorliegenden Fall somit gegeben.

### 3) Sanktionsbemessung

196. Grundlage der Sanktionierung durch die Vorinstanz mit einem Betrag in Höhe von 3'876'465 CHF bildete der Umsatz in der Schweiz in den letzten drei Geschäftsjahren vor Erlass der angefochtenen Verfügung in Höhe von {xx'xxx'xxx} Mio. CHF, den die Beschwerdeführerin im Bereich des relevanten Markts durch den Absatz der entsprechenden Produkte erzielt hatte. Das wettbewerbswidrige Verhalten wurde nach Art und Schwere mit einem Betragskoeffizienten von 7% belegt, woraus ein konkreter Basisbetrag in Höhe von {x'xxx'xxx} Mio. CHF resultierte. Aufgrund der kurzen zeitlichen Dauer der Wettbewerbsbeschränkung von sechs Monaten wurde der Basisbetrag nicht erhöht. Als erschwerender Umstand wurde die Wiederholung des Wettbewerbsverstosses qualifiziert und mit einem Erhöhungskoeffizienten von 20% belegt. Als mildernder Umstand wurde der Abschluss einer einvernehmlichen Regelung nach Zustellung des Antrags qualifiziert, wofür ein Milderungskoeffizient von 3% angesetzt wurde. Der festgelegte Sanktionsbetrag lag damit immer noch unterhalb des von der Beschwerdeführerin in der Schweiz getätigten Gesamtumsatzes.

197. Die Beschwerdeführerin beanstandet diese Sanktionsbemessung aus verschiedenen Gründen, die nachfolgend zu den einzelnen Sanktionskomponenten dargestellt werden.

#### a) Allgemeines

198. Die Bemessung der Sanktion für ein wettbewerbswidriges Verhalten gemäss Art. 49a KG ist gemäss den Bestimmungen der Sanktionsverordnung (Verordnung über die Sanktion bei unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen, SVKG, SR 251.5) vorzunehmen. Diese wurde vom Bundesrat als Ausführungsbestimmung gemäss Art. 60 KG erlassen.

199. Die Sanktionsbemessung hat dabei den gesetzgeberischen Zweck der Sanktionsvorschriften sicherzustellen, wonach sich wettbewerbswidrige Verhaltensweisen nicht lohnen dürfen, sondern der Nettonutzen aus einem Kartellverstoss negativ ausfallen muss (Botschaft KG 2004, 2033; BGE 143 II 297, *Gaba*, E. 9.7.2; BVGer, B-831/2011, *DCC*, E. 1605; BVGer, B-807/2012, *Erne*, E. 11.5.8.7; BVGer, B-7633/2009, *ADSL II*, E. 680 f.). Hierfür ist die Androhung von wirtschaftlich einschneidenden Sanktionen notwendig (Botschaft KG 2004, 2037). Damit soll insbesondere auch die Präventivwirkung des Kartellgesetzes verstärkt werden (*Botschaft KG 2004*, 2023, 2024). Zur Sicherstellung dieser Präventivwirkung haben die Wettbewerbsinstanzen auch entsprechende Sanktionen zu verhängen.

200. Art. 49a KG gewährt den Wettbewerbsinstanzen für die Ausfällung von Sanktionen kein Entschliessungsermessen (BGE 137 II 199, *Terminierung Mobilfunk*, E. 6.2; BGE 139 I 72, *Publigroupe*, E. 7.4.5.4; BGE 143 II 297, *Gaba*, E. 9.7.1; BVGer, B-7633/2009, *ADSL II*, E. 709; BVGer, B-807/2012, *Erne*, E. 11.5.4.1; BVGer, B-831/2011, *DCC*, E. 1556). Die Wettbewerbsinstanzen haben vielmehr stets Sanktionen auszusprechen, wenn die entsprechenden materiellen Kartellrechtstatbestände verwirklicht werden. Dies gilt auch für die Berücksichtigung der Dauer des Wettbewerbsverstosses und von Erhöhungs- oder Milderungsgründen sowie für den gänzlichen Erlass oder für die teilweise Reduktion des Sanktionsbetrags wegen der Selbstanzeige eines Unternehmens. Liegen die entsprechenden Voraussetzungen vor, dann haben die Wettbewerbsinstanzen jeweils entweder eine Erhöhung oder eine Herabsetzung der Sanktion vorzunehmen. Demgegenüber kommt den Wettbewerbsinstanzen ein Ermessensspielraum in Bezug auf die konkrete Festlegung der einzelnen Sanktionskomponenten des Basisbetrags und des Dauerbetrags sowie bei der Bestimmung der jeweiligen Erhöhungs-, Milderungs- und Reduktionsbeträge zu (BGE 139 I 72, *Publigroupe*, E. 7.4.5.4; BGE 143 II 297, *Gaba*, E. 9.7.2; BVGer, B-7633/2009, *ADSL II*, E. 709; BVGer, B-831/2011, *DCC*, E. 1556).

201. Dieser Ermessensspielraum wird wiederum durch die verfassungsmässigen Grundsätze der Verhältnismässigkeit und der Rechtsgleichheit eingeschränkt (BGE 139 I 72, *Publigroupe*, E. 12.3.2; BGE 143 II 297, *Gaba*, E. 9.7.2; BVGer, B-7633/2009, *ADSL II*, E. 709; BVGer, B-831/2011, *DCC*, E. 1556). Die Art. 2 bis 6 SVKG stellen dabei bereits eine Ausprägung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes dar, indem die Art und Schwere sowie die Dauer des wettbewerbswidrigen Verhaltens wie auch erschwerende und mildernde Umstände berücksichtigt werden müssen. Ungeachtet dessen hat die sanktionierende Instanz im Einzelfall auch bei der konkreten Festlegung der Sanktionselemente im Rahmen der ihr zustehenden Wertungsspielräume den Gleichheits- und den Verhältnismässigkeitsgrundsatz zu beachten. Dieser ist allerdings nicht bereits dann verletzt, wenn ein Entscheid keine weiterführenden Erläuterungen zur Festlegung des Basisbetrags aufweist (BVGer, B-7633/2009, *ADSL II*, E. 710; BVGer, B-831/2011, *DCC*, E. 1557).

202. Die Beschwerdeführerin macht in allgemeiner Weise geltend, dass sich das Bundesverwaltungsgericht



nicht auf eine Prüfung beschränken dürfe, ob die Vorinstanz den ihr eingeräumten Ermessensspielraum missbraucht habe. Vielmehr verlange der Anspruch auf ein unabhängiges Gericht gemäss Art. 6 EMRK, dass eine völlig unbefangene Instanz die Sanktionshöhe eigenständig festlege.

203. Das Bundesverwaltungsgericht hat im Rahmen der ihm zukommenden vollen Kognition bei der Prüfung einer Sanktionsverfügung der Wettbewerbskommission auch die in der angefochtenen Verfügung festgesetzte Sanktion auf ihre Rechtmässigkeit hin zu überprüfen. Hierbei hat es sowohl eine Entscheidung über die Sachrichtigkeit einer Anwendung der einzelnen Sanktionskomponenten zu treffen als auch eine Überprüfung der ordnungsgemässen Ausfüllung des jeweils vom Kartellgesetz und der Sanktionsverordnung vorgesehenen Beurteilungsspielraums durch eine rechtsfehlerfreie Ermessensausübung von Seiten der Wettbewerbskommission vorzunehmen. Eine unrichtige Anwendung von Sanktionskomponenten hat das Bundesgericht als Rechtsmittelinstanz im Rahmen seines Urteils zu korrigieren. Eine rechtsfehlerfreie Ermessensentscheidung der Wettbewerbskommission hat das Bundesverwaltungsgericht demgegenüber nicht aufzuheben und durch eine eigene Wertung zu ersetzen, weil es als Rechtsmittelinstanz und nicht als Aufsichtsbehörde entscheidet. Indem das Bundesverwaltungsgericht im Rahmen seines Urteils eine ordnungsgemässe Ermessensentscheidung durch die Wettbewerbskommission feststellt, trifft es gleichzeitig implizit eine Entscheidung über die sachrichtige Anwendung der jeweiligen Sanktionskomponente. Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin liegt demzufolge nicht bereits ein rechtsfehlerhaftes Urteil schon dann vor, wenn das Bundesverwaltungsgericht die Ermessensentscheidung der Wettbewerbskommission als rechtsfehlerfrei qualifiziert.

### **b) Basisumsatz**

204. Der Basisbetrag ist gemäss Art. 3 SVKG anhand des Umsatzes, den das Unternehmen auf den relevanten Märkten in den letzten drei Geschäftsjahren erzielt hat, festzulegen. Diese Bezugsgrösse für die Ermittlung des massgeblichen Umsatzes (nachfolgend: Basisumsatz) als Grundlage der Sanktionsbemessung wird bereits durch Art. 49a Abs. 1 KG statuiert.

205. Die angefochtene Verfügung hat für den Zeitraum von 2007 bis 2009 einen bestimmten massgeblichen Basisumsatz festgestellt (vgl. E. 196).

#### *(1) Vorbringen der Beschwerdeführerin*

206. Die Beschwerdeführerin macht gegenüber der Ansetzung des Basisumsatzes in der angefochtenen Verfügung mehrere Einwände geltend.

207. Zunächst liege der angefochtenen Verfügung die Annahme zu Grunde, die Verfügungsadressaten hätten die den Fensterproduzenten verrechneten Preise indirekt festgelegt. Demnach dürften auch nur die mit Fensterproduzenten vereinbarten Preise in den Grundbetrag einfließen.

208. Somit dürfe bei der Sanktionsbemessung der mit Koch erzielte Umsatz nicht berücksichtigt werden, weil es sich hierbei klarerweise nicht um Umsätze auf dem

Markt gehandelt habe, auf dem sich eine unzulässige Preisabrede ausgewirkt hätte. Denn im Verhältnis zu Koch als vertikalen Vertriebspartner der Beschwerdeführerin wäre es zulässig gewesen, eine Preisvereinbarung zu treffen.

209. Darüber hinaus würde der Umsatz der Beschwerdeführerin mit Koch zweimal berücksichtigt, nämlich einerseits auf Seiten der Beschwerdeführerin und andererseits bei Koch.

210. Da der wesentliche Teil des Umsatzes auf Geschäften mit Koch beruhe, müsse daher der massgebliche Umsatz auf dem relevanten Markt sowie die sich daraus ergebende Obergrenze des Basisbetrags entsprechend den von der Beschwerdeführerin vorgetragenen Umsatzzahlen drastisch reduziert werden.

211. Die Beschwerdeführerin wendet überdies ein, dass die von ihr an die Vorinstanz übermittelten Umsatzdaten falsch gewesen seien, was sie allerdings erst nachträglich festgestellt habe. Denn sie habe den Umsatz einschliesslich desjenigen für zweiflügelige Fenster mitgeteilt, obwohl nur eines der beiden Fenster mit einem Dreh-Kipp-Verschluss versehen gewesen sei. Da der sachlich relevante Markt nur Baubeschläge der Öffnungsart Dreh-Kipp umfasse, sei auch nur der mit dem Dreh-Kipp-Beschlag selbst erzielte Umsatz in den massgeblichen Umsatz auf dem relevanten Markt mit einzu beziehen.

212. Bei zweiflügeligen Fenstern kämen zwei unterschiedliche Beschlaggarnituren, die separat bestellt und geliefert würden, zum Einsatz. Daher erfordere die Herstellung eines Drehkippflügels eine andere Beschlaggarnitur als das Gegenstück zum Drehkippflügel, das nur aufgedreht werden könne.

213. Weil der sachlich relevante Markt auf Baubeschläge der Öffnungsart Dreh-Kipp beschränkt worden sei, gehe es nicht an, auch Baubeschläge der Gegenstücke zur Öffnungsart Dreh-Kipp bei der Umsatzberechnung mit zu berücksichtigen.

214. Der massgebliche Umsatz sei aus diesem Grunde entsprechend den von der Beschwerdeführerin nachträglich vorgelegten Umsatzzahlen wesentlich zu reduzieren.

#### *(2) Vorbringen der Vorinstanz*

215. Die Vorinstanz weist darauf hin, dass die Umsatzzahlen von der Beschwerdeführerin selbst vorgelegt und auf Aufforderung hin ausdrücklich überprüft worden seien. Ausserdem sei der sachlich relevante Markt mit Baubeschlägen der Öffnungsart Dreh-Kipp abgegrenzt worden, was von der Beschwerdeführerin nicht bestritten worden sei. Die Beschläge bei zweiflügeligen Fenstern würden zudem immer als Gesamtset geliefert, weil sie auch nur zusammen funktionsfähig seien. Eine differenzierte Behandlung von angeblich doppelt berücksichtigten Umsätzen sei gemäss Art. 3 SVKG nicht vorgesehen.

#### *(3) Würdigung durch das Gericht*

216. Massgebend für die Ermittlung des Basisumsatzes gemäss Art. 3 SVKG bildet der von dem betreffenden Unternehmen auf dem relevanten Markt erzielte Umsatz.



217. Der auf dem relevanten Markt erzielte Umsatz ist dabei vollumfänglich in die Sanktionsberechnung einzu beziehen. Denn die ausschliessliche Bezugsgrösse bildet der jeweilige Gesamtumsatz auf dem relevanten Markt und nicht etwa der mit dem wettbewerbswidrigen Verhalten jeweils erzielte Umsatz oder Gewinn. Ausnahmen von der Massgeblichkeit des Gesamtumsatzes sind nur vorzusehen, soweit dies aufgrund von besonderen Umständen des Einzelfalls sachlich angezeigt ist.

218. Vorliegend sind keine Aspekte ersichtlich, die ein Abweichen vom Gesamtumsatz rechtfertigen würden.

219. Die Auffassung der Beschwerdeführerin (vgl. E. 209), wonach der Umsatz der Beschwerdeführerin mit Koch zweimal berücksichtigt werde, ist unzutreffend. Zunächst wird dieser Umsatz weder für die Sanktionierung der Beschwerdeführerin noch für diejenige von Koch zweimal zum Ansatz gebracht. Vielmehr fliesst dieser Umsatz zum einen lediglich einmal in den zu berücksichtigenden Gesamtumsatz der Beschwerdeführerin auf dem relevanten Markt ein. Zum anderen findet der Umsatz der Beschwerdeführerin mit Koch bei deren Sanktionierung keinerlei Berücksichtigung, weil für diese allein der Umsatz von Koch aus Geschäften mit deren Kunden auf dem relevanten Markt für deren Sanktionsbemessung von Bedeutung ist. Dem Umstand, dass der Umsatz der Beschwerdeführerin mit Koch rein rechnerisch auch im Umsatz von Koch mit deren Kunden enthalten ist, soweit diese ihre Kundengeschäfte nicht unter Einstandspreis durchführt, kommt für die kartellrechtliche Beurteilung weder unter den anwendbaren Regelungen von Art. 3 SVKG und 49a Abs. 1 KG noch mit Bezug auf den - im Übrigen von der Beschwerdeführerin nicht geltend gemachten - strafrechtlichen Grundsatz des Verbots einer Doppelbestrafung eine relevante Bedeutung zu (vgl. BVGer, B-5919/2017, *Baubeschläge-Koch-II*, E. 422).

220. Die Argumentation der Beschwerdeführerin (vgl. E. 211 f.), wonach bei zweiflügeligen Fenstern für die Ansetzung des Basisumsatzes nur der Umsatz mit Dreh-Kipp-Beschlägen des einen Fensterflügels, nicht aber der Umsatz mit blossen Dreh-Beschlägen des anderen Fensterflügels berücksichtigt werden dürfe, weil der relevante Markt auf Fenster mit Dreh-Kipp-Beschlägen abgegrenzt sei, ist unzutreffend.

221. Zunächst ist anzumerken, dass die funktionelle Einheit der beiden Beschlagsteile für Dreh-Kipp-Fenster und blossen Dreh-Fenster bei zweiflügeligen Fenstern offensichtlich gegeben sein muss, weshalb die jeweiligen Beschlagsteile einer Marke aufeinander abgestimmt sein müssen und eine Einheit bilden. Dies gilt unabhängig davon, ob sie einzeln oder zusammen abgesetzt werden. Aufgrund ihrer funktionalen Einheit sind die Beschlaggarnituren daher auch einheitlich zu betrachten und unterliegen dem Basisumsatz.

222. Die Beschwerdeführerin hat denn auch nicht geltend gemacht, dass ein eigenständiger Markt für Dreh-Beschläge für Dreh-Fenster abzugrenzen wäre, weil diese in einem nennenswerten Umfang eigenständig zum Einsatz kämen und andere Abnehmer aufweisen würden als Dreh-Kipp-Fenster, weshalb sie nicht dem Markt für Dreh-Kipp-Fenster zuzuordnen wären.

223. Im Übrigen hat die Beschwerdeführerin nicht geltend gemacht, dass die festgestellten Abreden über die Preiserhöhungen zu Fensterbeschlägen zwischen den jeweiligen Abredeteiligen sich nur auf die Dreh-Kipp-Beschläge bezogen hätten und hiervon die Preiserhöhungen für blossen Dreh-Beschläge ausgenommen gewesen wären. Die Beschwerdeführerin hat denn auch nicht behauptet, dass für die blossen Dreh-Beschläge andere Preiserhöhungen zur Anwendung gelangten als für die Dreh-Kipp-Beschläge. Entsprechende Behauptungen wären angesichts ihres Vorbringens, dass eine Wettbewerbsabrede nicht vorgelegen habe, weil die Preiserhöhungen ausschliesslich auf einer Steigerung der Rohstoffpreise beruhten, ohnehin widersprüchlich gewesen.

224. Vor diesem Hintergrund ist es letztlich irrelevant, ob bei Holz- und Kunststofffenstern im vorliegenden Verfahren sowohl ein relevanter Markt für Dreh-Kipp-Beschläge als auch ein Markt für blossen Dreh-Beschläge hätte abgegrenzt werden müssen. Im Ergebnis wären die Umsätze der Beschwerdeführerin sowohl mit Dreh-Kipp-Beschlägen als auch mit blossen Dreh-Beschlägen zu berücksichtigen gewesen.

225. Im Übrigen gereicht die Feststellung eines einheitlichen relevanten Markts der Beschwerdeführerin zum Vorteil, weil nicht von zwei unterschiedlichen Abreden auszugehen ist, die im Ergebnis zu einer höheren Sanktionierung hätten führen müssen, indem zumindest ein Zuschlag für eine tateinheitliche Verwirklichung von mehreren Wettbewerbsabreden anzusetzen gewesen wäre.

226. Der durch die Vorinstanz in der angefochtenen Verfügung angesetzte Gesamtumsatz auf dem relevanten Markt wird von der Beschwerdeführerin nicht bestritten. Letztlich beruht der angesetzte Basisumsatz auf den eigenen Angaben der Beschwerdeführerin. Deshalb ist er für die Sanktionsbemessung massgebend.

227. Demzufolge ist der bereits von der angefochtenen Verfügung vorgesehene Basisumsatz (vgl. E. 196) in die Sanktionsbemessung einzustellen.

### c) Basisbetrag

228. Die angefochtene Verfügung hat für die Ermittlung des festgelegten Basisbetrags einen Basisbeiwert von 7% auf den Basisumsatz festgelegt (vgl. E. 196).

#### (1) Vorbringen der Beschwerdeführerin

229. Die Beschwerdeführerin macht aus verschiedenen Gründen einen Ermessensmissbrauch der Vorinstanz bei der Festsetzung des Basisbeiwertes geltend.

230. Zunächst bringt sie vor, dass die grundlegende Einschätzung der Vorinstanz, wonach sowohl Preisabreden, welche den Preiswettbewerb ausschalten, als auch Marktmachtmissbräuche gemäss Art. 7 KG wegen ihres immanenten Gefährdungspotentials regelmässig im oberen Drittel des Sanktionsrahmens mit 7% bis 10% anzusiedeln seien, den von der Vorinstanz zu beachtenden Ermessensspielraum unzulässig einschränke und dessen ordnungsgemässe Ausübung verhindere. Denn der Gesetzgeber habe die Sanktionierung auf besonders gravierende Kartellrechtsverstösse gemäss Art. 5 Abs. 3 und 4 KG sowie Art. 7 KG eingeschränkt und damit fest-

gelegt, dass nur besonders schwerwiegende Kartellrechtsverstösse mit einem Basisbetrag zwischen 0% und 10% des massgeblichen Umsatzes zu sanktionieren seien. Eine schematische Festsetzung zwischen 7% und 10% stelle daher einen Ermessensmissbrauch dar. Deshalb könne der Umstand, dass es sich bei Preisabreden um einen besonders schwerwiegenden Kartellrechtsverstoss handle, nicht zur Ansetzung eines bestimmten hohen Basiskoeffizienten herangezogen werden. Zudem dürfe ein Tatbestandsmerkmal nicht gleichzeitig auch bei der Sanktionsbemessung berücksichtigt werden.

231. Der durch die Vorinstanz vorgenommene Vergleich mit dem EU-Wettbewerbsrecht sei in diesem Zusammenhang schon deshalb verfehlt, weil nach dem europäischen Recht jeder Kartellrechtsverstoss sanktioniert werden könne und nicht bloss die vom Schweizer Gesetzgeber als besonders schwerwiegend qualifizierten Kartellrechtsverstösse.

232. Zudem weist die Beschwerdeführerin darauf hin, dass die für die Sanktionsbemessung durchaus massgebende Art und Schwere des behaupteten Kartellrechtsverstosses im vorliegenden Fall entgegen der Beurteilung in der angefochtenen Verfügung lediglich von untergeordneter Bedeutung sei, weil die Auswirkungen der behaupteten Abreden vernachlässigbar seien. Hierzu verweist die Beschwerdeführerin auf mehrere Aspekte.

233. So habe die Preisabrede nicht zu einer Beseitigung des Wettbewerbs auf dem relevanten Markt geführt. Es sei unverhältnismässig, dass der Basisbetrag bei einer Preisabrede mit nur theoretischen und kleinen Auswirkungen auf den Wettbewerb nicht einmal einen Drittel kleiner ausfalle als bei einem Preiskartell mit Festpreisen, bei dem der Wettbewerb vollständig beseitigt werde.

234. Die Preiserhöhungen seien von den ausländischen Beschlagherstellern beschlossen worden, gegen die sich die Beschwerdeführerin wie auch die anderen Verfügungsadressaten nicht mehr hätten wehren können oder wollen. Zudem hätten diese auf exogenen Faktoren wie die gestiegenen Rohstoffpreise beruht. Daher hätten sich die Untersuchungsadressaten nicht über die Preiserhöhungen an sich verständigt. Dies werde durch die angefochtene Verfügung auch anerkannt (Ziff. 38; Vernehmlassung Ziff. 12, 17).

235. Vorliegend seien keine Festpreise vereinbart worden und die Endpreise seien von den Abreden unberührt geblieben. Die behaupteten Abreden seien im Vergleich zu Submissionsabsprachen, bei welchen die Parteien den Endpreis festlegen, von vernachlässigbarer Bedeutung.

236. Trotz der behaupteten Preisabreden habe intensiver Preiswettbewerb zwischen den verschiedenen Untersuchungsadressaten geherrscht. Dies werde durch die Antworten der befragten Fensterproduzenten bestätigt. Es sei denn auch verfehlt, dass die Vorinstanz von einer Ausschaltung des Preiswettbewerbs spreche.

237. Die von Roto initiierten Gespräche zwischen der Beschwerdeführerin und Roto im Jahre 2004 hätten letztlich dazu geführt, dass die bereits beschlossenen Preisanpassungen nur mit gewissen Verzögerungen

erfolgt seien. Die Auswirkungen des behaupteten Austauschs zwischen Roto und der Beschwerdeführerin seien allenfalls marginal gewesen und hätten letztlich sogar - falls sie überhaupt eine Wirkung gehabt hätten - während eines gewissen Zeitraums zu tieferen Preisen geführt.

238. Im Gegensatz zum Sachverhalt Elektroinstallationsbetriebe Bern, bei dem der Basiskoeffizient ebenfalls mit 7% angesetzt worden sei, seien vorliegend nicht in weit über 100 Fällen Preise festgelegt und Kunden bzw. Aufträge aufgeteilt worden. Die Untersuchungsadressaten hätten sich auch nicht während zweier Jahre alle zwei Monate getroffen, um die Preise festzulegen, sondern es fanden gerade einmal zwei isolierte Informationsaustausche zwischen den Parteien statt. Vielmehr hätten sich die Abredeteiligen maximal über den Umfang und den Zeitpunkt von Preiserhöhungen verständigt, die intern beschlossen und aufgrund von Kostensteigerungen unausweichlich gewesen seien. Die Preisabrede habe sich auch nur auf eine marginale Preiserhöhung bezogen. Es liege daher auf der Hand, dass die Art und Schwere der Wettbewerbsbeschränkung im vorliegenden Fall massiv kleiner gewesen sei als im Berner Elektroinstallationsfall und deshalb geringer ausfallen müsse.

239. Angesichts des Verfahrens BMW (RPW 2017/2, 293, Ziff. 97; bestätigt durch BGer, 24.10.2017, 2C\_63/2016, E. 6.4), bei dem im Hinblick auf eine Gebietsabrede ohne Beseitigung des Wettbewerbs von einem mittelschweren Verstoss ausgegangen und der Basisbetrag mit 5% festgelegt worden sei, könne der Basiskoeffizient daher mit maximal 5% festgelegt werden.

240. Die Beschwerdeführerin ist der Ansicht, in Zusammenhang mit der Art und Schwere des Wettbewerbsverstosses sei zu berücksichtigen, dass im Rahmen der Preiserhöhungen keine Sanktionsmechanismen vorgesehen waren.

241. Die Beschwerdeführerin ist zudem der Ansicht, in Zusammenhang mit der Art und Schwere des Wettbewerbsverstosses sei zu berücksichtigen, dass sie sich jedenfalls seit 2006 jedes kartellrechtlich allenfalls problematischen Informationsaustauschs enthalten habe.

242. Aufgrund der unbedeutenden Auswirkungen der Preiserhöhungen, des isolierten Informationsaustauschs über bereits intern autonom beschlossene Preiserhöhungen erscheine daher allenfalls ein Basisbetrag in Höhe von 1% des massgeblichen Umsatzes im relevanten Markt während der letzten drei Jahre als angemessen, weshalb sich entsprechend der Berechnung der Beschwerdeführerin ein äusserst geringer Basisbetrag im untersten fünfstelligen Bereich ergebe.

## (2) Vorbringen der Vorinstanz

243. Die Vorinstanz macht geltend, dass bei nur teilweise umgesetzten Preisabreden aufgrund deren Art und Schwere regelmässig ein Basisprozentsatz von 7% zur Ansetzung gelange und im vorliegenden Fall auch unter Berücksichtigung der durch die Beschwerdeführerin vorgebrachten Argumente keine Gründe für eine Abweichung nach unten bestehe.

### (3) Würdigung durch das Gericht

244. Gemäss Art. 3 SVKG ist der Basisbetrag durch einen Koeffizienten des massgeblichen Basisumsatzes aufgrund der Art und Schwere des Verstosses festzulegen, wobei die Obergrenze des Basisbetrags 10% des massgeblichen Basisumsatzes beträgt.

245. Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin (vgl. E. 230) stellt eine schematische, d.h. generelle Einstufung des Basiskoeffizienten für verschiedene Arten von Wettbewerbsverstössen durch die Vorinstanz keine unzulässige Einschränkung ihres Ermessensspielraums dar. Deshalb liegt nicht automatisch eine nicht ordnungsgemässe Ausübung des Ermessens vor, wenn im Einzelfall ein Basiskoeffizient entsprechend der generellen Einstufung festgesetzt wird. Denn durch die grundsätzliche Einstufung des anzuwendenden Basiskoeffizienten für verschiedene Arten von Wettbewerbsverstössen wird keineswegs ausgeschlossen, dass im Einzelfall aufgrund von dessen konkreten Umständen ein Basiskoeffizient über oder unter der generellen Einstufung anzusetzen ist und von der Wettbewerbskommission auch tatsächlich angesetzt wird, wodurch die konkrete Schwere des Verstosses berücksichtigt wird (so auch BVGer, 27.4.2010, B-2977/2007, Publigroupe SA u.a. gg. Weko, zit. *Publigroupe*, Ziff. 8.3.4). Massgebend ist daher die konkrete Einstufung im Einzelfall und nicht eine Vorgabe aufgrund einer schematischen Einteilung (BVGer, B-2597/2017, *Medikamenteninformationen*; BVGer, B-7633/2009, *ADSL II*, E. 713).

246. Daran vermag auch der inhaltlich zutreffende Hinweis der Beschwerdeführerin (vgl. E. 231), wonach im schweizerischen Kartellrecht anders als im EU-Wettbewerbsrecht nicht alle, sondern nur schwerwiegende Wettbewerbsverstösse einer Sanktionierung gemäss Art. 49a KG zugeführt werden, nichts zu ändern. Denn ganz offensichtlich werden mit verschiedenen Varianten von Wettbewerbsabreden und einem marktmissbräuchlichen Verhalten vom Gesetzgeber unterschiedliche Wettbewerbsverstösse einer Sanktionierung unterstellt. Aus diesem Grund ist es grundsätzlich möglich, eine generelle Rangfolge dieser verschiedenen Wettbewerbsverstösse vorzunehmen. Weil der Preis als bedeutendster Wettbewerbsparameter zu qualifizieren ist (vgl. E. 124), ist es auch naheliegend, dass Preisabreden an der Spitze einer solchen generellen Rangfolge einzustufen sind und daher bei Preisabreden eine generelle Einstufung des Basiskoeffizienten im oberen Bereich der möglichen Bandbreite zwischen 7% und 10% erfolgt. Demgegenüber können zum Beispiel Gebietsabreden grundsätzlich niedriger mit einem Basiskoeffizienten von 5% belegt werden. Bereits aus diesem Grund ist die Auffassung der Beschwerdeführerin (vgl. E. 239), wonach der Basiskoeffizient angesichts des Verfahrens BMW auf maximal 5% festzulegen sei, unzutreffend, weil den beiden Sachverhalten zwei unterschiedliche Arten von Wettbewerbsabreden zu Grunde liegen.

247. Mit der generellen Einstufung des Basiskoeffizienten für Preisabreden erfolgt - entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin (vgl. E. 124) - aus den gleichen Gründen auch keine unzulässige doppelte Berücksichtigung eines Tatbestandsmerkmals. Denn damit wird ein Bezug zu den verschiedenen zu sanktionierenden Vari-

anten eines Wettbewerbsverstosses hergestellt und keine doppelte Berücksichtigung vorgenommen.

248. Massgebend ist daher allein, ob die Ansetzung eines Basiskoeffizienten von 7% den konkreten Umständen der vorliegend zu sanktionierenden Preisabreden gerecht wird, und zwar unabhängig davon, ob diese der generellen Einstufung des Basiskoeffizienten von Preisabreden entspricht oder aufgrund einer individuellen Einschätzung als Abweichung von der generellen Einstufung zustande gekommen ist.

249. Vorliegend ist zu berücksichtigen, dass das wettbewerbswidrige Verhalten der Preiserhöhung von 2006 durch die Beschwerdeführerin vorsätzlich begangen (vgl. E. 193) und durch die vorherige Ankündigung gegenüber den jeweiligen Kunden zudem zwischen den Abredebeteiligten wechselseitig abgesichert wurde (vgl. E. 95). Bei den Bruttopreisen als Gegenstand der Wettbewerbsabrede handelt es sich um eine wesentliche Preiskomponente im Rahmen der Preisbildung. Das Verhalten richtete sich dabei gegen einen Grossteil aller anderen Marktteilnehmer. Denn die Abredebeteiligten wiesen zusammen einen Marktanteil von deutlich über 80% auf (vgl. SV F.a). Dabei ist zusätzlich erschwerend zu berücksichtigen, dass die Abredebeteiligten auf verschiedenen Absatzstufen tätig sind und dadurch die Wirkung der Abrede verstärkt wurde (vgl. SV 45). Die Abrede wurde schliesslich gegenüber einer unbestimmten Vielzahl von Kunden der Abredebeteiligten verwendet. Es handelt sich somit entgegen dem Einwand der Beschwerdeführerin (vgl. E. 229) um eine schwerwiegende und keinesfalls um eine geringfügige oder leichte Einwirkung auf den Wettbewerb. Angesichts dieser Sachlage hält sich die vorinstanzliche Festlegung des Koeffizienten mit 7% eher im unteren Bereich einer sachlich gerechtfertigten Festsetzung des Basisbetrags. Daher liegt jedenfalls keine Verletzung des der Vorinstanz zustehenden Ermessensspielraums bei der Festlegung einer Sanktion zu.

250. Gleiches gilt unter Berücksichtigung einer einheitlichen Sanktionsbemessung bei zwei autonomen, aber inhaltlich vergleichbaren Wettbewerbsabreden im Ergebnis für das wettbewerbswidrige Verhalten bei der Preiserhöhung von 2004.

251. Die hiergegen gerichteten Einwände der Beschwerdeführerin sind entweder unzutreffend oder erweisen sich zumindest als unbegründet.

252. Die Auffassung der Beschwerdeführerin (vgl. E. 233), wonach der Basiskoeffizient reduziert werden müsse, weil ihr Verhalten nicht zu einer Beseitigung des Wettbewerbs geführt habe, ist unzutreffend. Denn wenn die Abrede zu einer vollständigen Eliminierung des Wettbewerbs als Vor-aussetzung der Wettbewerbsbeseitigung geführt hätte, wäre dies vielmehr als Erschwerungsgrund gemäss Art. 5 KG zu berücksichtigen gewesen, weil eine vollständige Elimination des Wettbewerbs zweifellos nicht zu den grundlegenden Umständen einer Wettbewerbsabrede zu zählen und daher im Rahmen des Basisbetrags auch nicht zu berücksichtigen ist. Ungeachtet dessen entspricht die Ansetzung mit 7% dem üblichen Ansatz für eine den Wettbewerb nur teilweise beseitigende Preisabrede, weshalb eine entsprechende

Anpassung bei einer Festlegung des Basisbetragskoeffizienten mit 7% bereits enthalten wäre.

253. Die Auffassung der Beschwerdeführerin (vgl. E. 235), wonach es sich bei der Festsetzung des Basisbetragskoeffizienten mit 7% um eine unverhältnismässige Massnahme handle, weil sie in einem krassen Widerspruch zu dem konkret vorgeworfenen Verhalten stehe, erweist sich angesichts der tatsächlich vorliegenden und vorstehend dargelegten Umstände als unbegründet.

254. Angesichts dieser Sach- und Rechtslage liegt entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin (vgl. E. 238), wonach im Verhältnis zum Verfahren Elektroinstallationsbetriebe Bern angesichts der vielfachen Anzahl der dort zu sanktionierenden Abreden ein geringerer Basiskoeffizient festzusetzen sei, auch kein Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz vor, weil der vorliegende Sachverhalt entsprechend den gesetzlich vorgesehenen Vorgaben zur Sanktionsbemessung korrekt beurteilt wurde. Allein der Verweis auf den anderen Inhalt eines einzigen weiteren Entscheids belegt noch keine gleichheitswidrige Behandlung durch die Wettbewerbspraxis, weil es sich umgekehrt gerade bei diesem Vergleichsfall um eine rechtsfehlerhafte Ausnahme handeln kann. Die Beschwerdeführerin macht aber nicht geltend, dass eine Ansetzung von 7% für nur teilweise umgesetzte Preisabreden nicht der üblichen Ansetzung für derartige Wettbewerbsverstöße entsprechen würde.

255. Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin (vgl. E. 240) sind im Rahmen des Basisbetrags die Aspekte einer Festlegung oder Umsetzung von Sanktionsmechanismen nicht zu berücksichtigen, weil es sich hierbei um Erschwerungsgründe gemäss Art. 5 Abs. 2 lit. b SVKG oder Milderungsgründe gemäss Art. 6 Abs. 2 lit. b SVKG handelt. Dabei stellt der bloße Verzicht auf die Festlegung von Sanktionsmechanismen allerdings keinen Milderungsgrund gemäss Art. 6 SVKG dar, weil hierdurch lediglich kein Erhöhungsgrund gemäss Art. 5 SVKG verwirklicht wird.

256. Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin (vgl. E. 241) ist ein wettbewerbskonformes Verhalten eines Unternehmens für die Sanktionsbemessung nicht zu berücksichtigen, weil dies in keinem Zusammenhang mit dem gesetzgeberischen Wortlaut und Sanktionszweck (vgl. E. 199) steht.

257. Der Basisbetrag ist demzufolge entsprechend der Festlegung durch die Vorinstanz in der angefochtenen Verfügung (vgl. E. 196) zu veranschlagen.

#### **d) Dauer des wettbewerbswidrigen Verhaltens**

258. Die angefochtene Verfügung sieht keine Erhöhung der Sanktion wegen der Dauer des Wettbewerbsverstosses vor.

##### *(1) Vorbringen der Beschwerdeführerin*

259. Die Beschwerdeführerin nimmt zur Anwendung von Art. 4 SVKG zwar keine Stellung, macht aber zur Frage einer Sanktionserhöhung bei Wiederholungen zur Dauer der Wettbewerbsverstöße verschiedene Anmerkungen.

260. Sie bestreitet, dass die Preiserhöhungen von 2004 und von 2007 rund ein Jahr lang Bestand hatten.

261. Die Preiserhöhung von 2004 sei erst im Juli 2004 und im Oktober 2004 umgesetzt worden. Schon im März 2005 habe Maco die Preise wieder erhöhen wollen. Demgegenüber habe GU die Preise zum 1. April 2005 gesenkt. Auch die Beschwerdeführerin habe ihre Preise im Jahr 2005 wieder gesenkt, wie die angefochtene Verfügung ausdrücklich festhalte (Weko, RPW 2010/4, 707, Ziff. 75). Dies bestätige, dass die behauptete Absprache maximal während weniger Monate Wirkung entfaltet habe.

262. Zur Dauer der Preiserhöhung von 2007 macht die Beschwerdeführerin keine konkreten Angaben. Die Vorinstanz anerkenne in der angefochtenen Verfügung (Weko, RPW 2010/4, 707, Ziff. 75, Ziff. 404) aber, dass sich die behauptete Preisabrede in einer einmaligen Preiserhöhung manifestiert habe.

##### *(2) Vorbringen der Vorinstanz*

263. Die Vorinstanz hält in der angefochtenen Verfügung ausdrücklich fest, dass die Preisabreden von 2004 und von 2007 jeweils rund ein Jahr Bestand gehabt hätten. Sie sollen jeweils bis zu dem Zeitpunkt, als über die Umsetzung einer neuerlichen Preiserhöhung zwischen den Konkurrenten diskutiert worden sei, beibehalten worden sein.

264. Sie hält überdies fest, es entspreche ihrer Praxis, für die Dauer eines Wettbewerbsverstosses einen Prozentsatz von 10% pro berücksichtigtem Jahr als Zuschlag festzusetzen.

265. Die Vorinstanz hat allerdings darauf verzichtet, im vorliegenden Fall einen Zuschlag für die Dauer der Wettbewerbsverstöße gemäss Art. 4 SVKG anzubringen.

266. Zur Abrede über die Preiserhöhung 2007 stellt die angefochtene Verfügung fest, dass die Abrede lediglich in einer einmaligen Einführung eines Materialteuerungszuschlags zum 1. Januar 2007 bzw. zum 1. Februar 2007 bestanden habe. Daher sei im vorliegenden Fall von einem Zuschlag für die Dauer gemäss Art. 4 SVKG abzusehen.

267. Zur Abrede über die Preiserhöhung 2004 stellt die angefochtene Verfügung fest, dass beide Unternehmen nicht nur an dieser Abrede, sondern auch an der Abrede rund um das Treffen vom 22. September 2006 beteiligt gewesen seien, weshalb sich die Frage nach einem allfälligen Dauerzuschlag im Sinne von Art. 4 Abs. 1 SVKG stelle. Gemäss Praxis der Wettbewerbskommission sei eine Dauer bis zu einem Jahr quasi im Basisbetrag inbegriffen. Da Roto und Siegenia die Beteiligung an zwei voneinander unabhängigen unzulässigen Abreden habe nachgewiesen werden können, sei dieser Umstand aber im Rahmen der erschwerenden Umstände zu berücksichtigen.

##### *(3) Würdigung durch das Gericht*

268. Gemäss Art. 49a Abs. 1 KG bemisst sich die Sanktion auch nach der Dauer des unzulässigen Verhaltens. Art. 4 SVKG konkretisiert dieses Kriterium dahingehend, dass der Basisbetrag bei einer Dauer zwischen einem und fünf Jahren um bis zu 50% und bei einer Dauer von mehr als fünf Jahren für jedes zusätzliche Jahr um bis zu 10% zu erhöhen ist. Eine Aussage zur unterjährigen

Dauer eines Wettbewerbsverstosses findet sich in dieser Bestimmung nicht.

269. Ein Wettbewerbsverstoss weist eine bestimmte Zeitdauer auf, wenn das wettbewerbswidrige Verhalten nicht nur auf ein einmaliges Ereignis ausgerichtet ist, sondern während einer begrenzten oder unbegrenzten Zeitspanne für mehrere oder eine Vielzahl von Ereignissen andauernd Anwendung finden soll.

270. Die Preisabrede von 2004 zwischen Roto und der Beschwerdeführerin wurde nach deren eigenem Vortrag zumindest von Juli 2004 bis in das Jahr 2005 umgesetzt. Es liegt daher jedenfalls eine unterjährige Dauer des Wettbewerbsverstosses vor.

271. Bei der Preisabrede von 2007 ist davon auszugehen, dass die Beschwerdeführerin den mit den anderen Abredebeteiligten vereinbarten Materialteuerungszuschlag zumindest für den Zeitraum ab 1. Februar 2007 bis zur Aufdeckung der Wettbewerbsabrede und der Durchführung von Hausdurchsuchungen im Juli 2007 und der sich daran anschliessenden Kooperation der Abredebeteiligten mit den Wettbewerbsbehörden angewendet hat. Soweit diese Preiserhöhung im Rahmen der Zusammenarbeit mit den Wettbewerbsbehörden tatsächlich nicht rückgängig gemacht und bis zum Abschluss der einvernehmlichen Regelung im August 2010 oder bis zum Abschluss der Untersuchung im Oktober 2010 aufrechterhalten wurde oder zwischenzeitlich nicht in einer neuerlichen, selbständig durchgeführten Preisänderung der Beschwerdeführerin aufging, wäre sogar ein längerer Zeitraum als Dauer des Wettbewerbsverstosses zu veranschlagen. Mangels genauer Angaben und Beweise ist jedoch in Bestätigung der angefochtenen Verfügung zu Gunsten der Beschwerdeführerin daher ebenfalls von einer unterjährigen Dauer des Wettbewerbsverstosses auszugehen.

272. In der Wettbewerbspraxis erfolgt die Berücksichtigung der Dauer eines Wettbewerbsverstosses aufgrund des nicht eindeutigen Wortlauts von Art. 4 SVKG bislang in unterschiedlicher Weise. Teilweise wurde bei einem unterjährigen Zeitraum eines Wettbewerbsverstosses kein Zuschlag für die Dauer angesetzt (Weko, RPW 2009/2, 157, *Sécateurs et cisailles*, Ziff. 100; Weko, RPW 2016/2, 521, *Nikon*, Ziff. 568, wonach sogar für einen Zeitraum von rund einem halben Jahr kein Zuschlag erfolgte; ausdrücklich bemängelt durch BVGer, 16.9.2016, B-581/2012, *Nikon AG gg. Weko*, zit. *Nikon*, E. 9.2.4). Begründet wird diese Vorgehensweise damit, dass eine unterjährige Dauer bereits im Basisbetrag gemäss Art. 3 SVKG enthalten sei. Demgegenüber wird bei einer Durchführung des Wettbewerbsverstosses von mehr als einem Jahr regelmässig für den gesamten Zeitraum ohne Abzug des unterjährigen Anteils in vollem Umfang ein Zuschlag für die Dauer angesetzt (Weko, 19.12.2016, Kommerzialisierung von elektronischen Medikamenteninformationen, Galenica AG und HCI Solutions AG, RPW 2020/3a, 1144, zit. *Medikamenteninformationen*, Ziff. 521, bestätigt durch BVGer, 19.1.2022, B-2597/2017, *Vifor Pharma AG und HCI Solutions AG gg. Weko*, zit. *Medikamenteninformationen*, E. 15.2.5.6; BVGer, 31.10.2023, B-5819/2020, *Sunrise GmbH gg. Swisscom (Schweiz) AG u.a.*, zit. *Eishockey im Pay-TV*, E. 12.2.6, wobei eine Nicht-Berücksichtigung der ersten

12 Monate ausdrücklich verworfen wurde; BVGer, 5.6.2023, B-4696/2019, *CA Autofinance Suisse SA gg. Weko*, zit. *Kfz-Leasing-Autofinance*, E. 9.4.6; BVGer, 24.6.2021, B-8386/2015, *Swisscom AG u.a. gg. Weko*, zit. *Swisscom-WAN-Anbindung*, E. 10.4.5; BVGer, 16.2.2021, B-2798/2018, *Naxoo SA gg. Weko u.a.*, zit. *Supermedia*, E. 12.3.3; BVGer, B-7633/2009, *ADSL II*, E. 755; BVGer, B-831/2011, *DCC*, E. 1600; Weko, 19.10.2019, *Bauleistungen Graubünden*, RPW 2020/4a, 1721, Ziff. 8.2.4.2). Hierbei wird demzufolge implizit oder ausdrücklich die Vorstellung abgelehnt, dass der unterjährige Anteil im Basisbetrag enthalten sei.

273. Eine allgemeine Differenzierung bei der Berechnung der massgeblichen Dauer eines Wettbewerbsverstosses je nach Vorhandensein einer Über- oder Unterjährigkeit des jeweiligen Zeitraums, in dem das wettbewerbswidrige Verhalten durchgeführt wurde, erscheint nicht sachgerecht zu sein. Denn es ist kein Grund für eine Unterscheidung ersichtlich, nach der zwar bei unterjährigen Wettbewerbsverstössen die Dauer für diesen Zeitraum mit dem Basisbetrag stets abgegolten sein soll, bei mehrjährigen Wettbewerbsverstössen hingegen nicht, weshalb in diesen Fällen dann jeweils der volle Zeitraum einschliesslich der ersten zwölf Monate zur Anrechnung gelangt.

274. Demzufolge bedarf es zwecks Vermeidung einer inkonsistenten Wettbewerbspraxis bei der Anwendung des Dauerzuschlags gemäss Art. 4 SVKG einer widerspruchsfreien Konkretisierung der bestehenden Anwendungspraxis auf den vorliegenden Einzelfall.

275. Der Gesetzgeber statuiert in Art. 49a Abs. 1 KG für die Bemessung einer Sanktion drei Kriterien. Dabei wird die Dauer des Wettbewerbsverstosses ausdrücklich neben dessen Schwere und der angemessenen Berücksichtigung des mutmasslichen Gewinns aufgeführt. Demzufolge ist die Dauer eines Wettbewerbsverstosses als notwendiger Bemessungsfaktor im Rahmen der Sanktionsbemessung zu qualifizieren, sofern nicht ein einmaliger Wettbewerbsverstoss vorliegt. Aus diesem Grund führt die Dauer eines Wettbewerbsverstosses zu einer Erhöhung des Basisbetrags.

276. Dieser pragmatische Ansatz wird durch die Ausgestaltung der Sanktionsverordnung bestätigt. Danach tritt die Dauer des Wettbewerbsverstosses gemäss Art. 4 SVKG als gesonderter Bemessungsfaktor neben die vorgängige Ermittlung des Basisbetrags hinzu. Aufgrund dieser Sanktionsstruktur wird die Sanktionsbemessung gemäss Art. 4 SVKG für die Dauer des Wettbewerbsverstosses nicht bereits durch eine Sanktionsbemessung für die Art und Schwere des Wettbewerbsverstosses gemäss Art. 3 SVKG abgegolten.

277. Es ist denn auch kein Grund ersichtlich, warum die mehr- bis vielfache beabsichtigte oder tatsächliche Anwendung und Fortführung einer Verhaltenskoordination während eines gewissen Zeitraums in gleicher Weise zu ahnden sein sollte wie die Anwendung einer Verhaltenskoordination lediglich für ein einmaliges Ereignis (BVGer, B-8386/2015, *Swisscom-WAN-Anbindung*, E. 10.4.5, für das Verhältnis von Submissions- und Dauerverstössen). Vielmehr würde eine sachlich nicht gerechtfertigte Gleichbehandlung von unterschiedlich zu bewertenden Sachverhaltskonstellationen zu einer Ver-

letzung des Gleichheitsgrundsatzes im Rahmen der Sanktionsbemessung führen.

278. Angesichts dieser Ausgangslage ist die Formulierung von Art. 4 SVKG «zwischen ein und fünf Jahren» nicht in dem Sinne zu verstehen, dass eine Erhöhung wegen der Dauer ausschliesslich für einen Wettbewerbsverstoss erfolgen könnte, der mindestens jeweils ein ganzes Jahr angedauert hat. Vielmehr ist aufgrund einer ziel- und zweckorientierten Betrachtung davon auszugehen, dass auch Wettbewerbsverstösse mit einer Dauer von bis zu einem Jahr eine Sanktionserhöhung nach sich ziehen, sofern es sich dabei um einen anhaltenden, nicht lediglich auf einen singulären Akt beschränkten Wettbewerbsverstoss handelt. Massgebend ist dabei der jeweilige Anbruch eines Jahres und nicht erst die Vollendung eines Jahres (Weko, RPW 2020/3a, 1144, *Medikamenteninformationen*, Ziff. 521, wobei ausdrücklich darauf verwiesen wird, dass bei einer Dauer von 44 Monaten ein Dauerkoeffizient von 40% angesetzt werden könne, weil «das vierte Jahr des Verstosses angebrochen» sei; bestätigt durch BVGer, B-2597/2017, *Medikamenteninformationen*, E. 15.2.5.6).

279. Dies wird auch durch eine systematische Auslegung von Art. 4 SVKG bestätigt. Denn für die Dauer von fünf bis zehn Jahren ist ausdrücklich für jedes Jahr jeweils eine Sanktionserhöhung von 10% anzusetzen, während in den ersten fünf Jahren sogar eine flexible Sanktionserhöhung von bis zu 50% vorgenommen werden könnte. Angesichts dieser Regelungen kann dem Gesetzgeber nicht unterstellt werden, dass er zwar einerseits die Möglichkeit zu einer Sanktionserhöhung von 50% für eine Dauer des Wettbewerbsverstosses von 13 Monaten vorsehen, andererseits aber eine Sanktionserhöhung für eine Dauer von bis zu 11 Monaten ausnahmslos ausschliessen wollte. Vielmehr ist eine Sanktionserhöhung von 50% aufgrund von Wortlaut und Zweck der Vorschrift sogar bei einem Wettbewerbsverstoss von unterjähriger Dauer möglich und erforderlich, wenn sich die nachteiligen Folgen für den Wettbewerb aufgrund der jeweiligen Umstände des Einzelfalls gerade in einem unterjährigen Zeitraum verwirklichen, und die Abredebeteiligten hierdurch auch ohne weiteres Zutun einen spezifischen Vorteil über die nächsten Jahre erlangen können.

280. Demnach ist davon auszugehen, dass die Ansetzung eines Dauerkoeffizienten von 10% (BGE 139 II 72, *Publigroupe*, E. 12.3.4 [nicht publ.]) - oder alternativ die Ansetzung eines Teilkoeffizienten von 0,8333% pro angefangenen Monat bei einer linearen Entwicklung - das massgebliche Bemessungskriterium für den Dauerzuschlag eines unterjährigen Wettbewerbsverstosses bildet.

281. Dies schliesst nicht aus, dass in einem Einzelfall aufgrund besonderer Umstände oder fehlender Dauerwirkung bei einer minimalen Dauer einer Umsetzung des Wettbewerbsverstosses von einem Zuschlag abgesehen werden kann.

282. Entgegen der Auffassung der Vorinstanz (vgl. E. 267) gilt dies im Ergebnis auch für das Verhältnis von Dauerzuschlag gemäss Art. 4 SVKG und dem Erschwerungsgrund der Wiederholung gemäss Art. 5 SVKG. Denn die Systematik der Sanktionsverordnung sieht

ausdrücklich vor, dass sowohl für die Dauer eines Wettbewerbsverstosses als auch gesondert hiervon für die Wiederholung eines Wettbewerbsverstosses jeweils ein Zuschlag anzusetzen ist. Daher wird die Dauer eines Wettbewerbsverstosses nicht bereits durch den Zuschlag für die Wiederholung eines Wettbewerbsverstosses abgegolten. Vielmehr sind bei Vorliegen von mehreren Wettbewerbsverstössen mit einer gewissen Dauer sowohl ein Zuschlag gemäss Art. 4 SVKG als auch ein Zuschlag gemäss Art. 5 Abs. 1 SVKG (vgl. E. 293 ff.) anzubringen.

283. Ungeachtet der vorstehend vorgenommenen Auslegung hält das Gericht im vorliegenden Fall eine Anpassung des Sanktionsbetrags durch die Anwendung eines Dauerzuschlags angesichts der bisherigen Inkonsistenz der Wettbewerbspraxis und des bisherigen Verfahrensverlaufs allerdings nicht für angemessen.

### **e) Berücksichtigung des mutmasslichen Gewinns**

284. Gemäss Art. 49a Abs. 1 Satz 4 KG und Art. 2 Abs. 1 SVKG ist im Rahmen einer Sanktionierung der mutmassliche Gewinn, den das Unternehmen erzielt hat, angemessen zu berücksichtigen. Gegebenenfalls ist der Basisbetrag gemäss Art. 5 Abs. 1 lit. b SVKG entsprechend zu erhöhen.

285. Denn die Sanktionsvorschriften bezwecken die vollständige Abschöpfung des Gewinns aus einem wettbewerbswidrigen Verhalten (*Botschaft KG 2004*, 2033; BGE 143 II 297, *Gaba*, E. 9.7.2; BVGer, B-831/2011, *DCC*, E. 1605; BVGer, B-807/2012, *Erne*, E. 11.5.8.7; BVGer, B-7633/2009, *ADSL II*, E. 680 f.), weil sich ein wettbewerbswidriges Verhalten nicht lohnen soll (vgl. E. 199). Soweit deshalb der festgestellte oder abschätzbare wettbewerbswidrige Gewinn nicht bereits durch den Basisbetrag abgegolten wird, ist der Sanktionsbetrag zusätzlich zu erhöhen. Dabei ist es entgegen dem Wortlaut der Vorschrift unerheblich, ob es sich beim wettbewerbswidrigen Gewinn in absoluten Zahlen, im Verhältnis zum Umsatz oder in Bezug auf sonstige Kriterien um einen besonders hohen, normalen oder niedrigen Betrag handelt (BVGer, B-7633/2009, *ADSL II*, E. 770; BVGer, B-831/2011, *DCC*, E. 1607).

286. Die Beschwerdeführerin hat sich zum Aspekt des mutmasslichen Gewinns nicht geäussert. Die Vorinstanz hat im Rahmen der angefochtenen Verfügung nicht dargelegt, dass der mutmassliche Gewinn durch die vorgesehene Sanktion auf der Grundlage des festgelegten Basisbetrags nicht abgeschöpft werde. Entsprechend konkrete Anhaltspunkte für eine objektive Abschätzung lassen sich auch durch das Gericht nicht identifizieren. Daher ist davon auszugehen, dass ein allfälliger mutmasslicher Gewinn durch den vorgesehenen Basisbetrag abgeschöpft wird.

287. Der Basisbetrag ist daher nicht wegen eines allfälligen durch das wettbewerbswidrige Verhalten erzielten mutmasslichen Gewinns zu erhöhen.

### **f) Sonstige Sanktionserhöhung**

288. Die angefochtene Verfügung sieht eine Erhöhung des Ausgangsbetrags um 20% vor, weil sich die Beschwerdeführerin nicht nur an einer Preisabrede, son-

dem an zwei unterschiedlichen Preisabreden im Jahr 2004 und 2006 beteiligt hat.

*(1) Vorbringen der Beschwerdeführerin*

289. Die Beschwerdeführerin macht geltend, dass diese Sanktionserhöhung gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz und das Verhältnismässigkeitsprinzip verstossen würde.

290. Sie bringt zum einen vor, dass eine Wettbewerbsabrede, die über einen Zeitraum von zwei Jahren durchgeführt werde, nach der Praxis der Wettbewerbskommission für die Dauer des Wettbewerbsverstosses mit einer Erhöhung des Basisbetrags um 20% gemäss Art. 4 SVKG zu sanktionieren wäre. Das Verschulden und die Auswirkungen von zwei isolierten indirekten Preisabreden seien aber jedenfalls bedeutend kleiner als eine indirekte Preisabrede, die fortlaufend während zweier Jahre durchgeführt worden sei.

291. Zum anderen führt sie aus, dass die Preise im Jahr 2005 wieder gesenkt worden seien, weil sich die im Jahre 2004 kommunizierte Preiserhöhung nicht am Markt habe durchsetzen lassen (Verfügung Ziff. 75). Daher rechtfertige sich eine Sanktionserhöhung um 20% nicht. Vielmehr wäre eine Sanktionserhöhung um maximal 5% angemessen.

*(2) Vorbringen der Vorinstanz*

292. Die Vorinstanz stellt zur Begründung einer Erhöhung wegen der Wiederholung eines Wettbewerbsverstosses auf einen Vergleich mit einem hypothetischen Geschehensablauf ab. Danach würden vorliegend zwei unabhängige Wettbewerbsabreden vorliegen, die jeweils rund ein Jahr Bestand gehabt hätten. Würde man einen hypothetischen Dauerverstoss unterstellen, bei dem diese beiden Abreden in aufeinanderfolgenden Jahren erfolgt wären und auf einem fortgesetzten gegenseitigen Einvernehmen der Abredeteiligen beruhen würden, wäre von einer Sanktionserhöhung von 20% auszugehen.

*(3) Würdigung durch das Gericht*

293. Art 5 SVKG statuiert, dass bei Vorliegen von erschwerenden Umständen eine Erhöhung der Sanktion vorzunehmen ist. Dabei qualifiziert Art. 5 Abs. 1 lit. a SVKG als Erschwerungsgrund den Umstand, dass wiederholt gegen das Kartellgesetz verstossen wurde.

294. Diese Vorschrift sanktioniert somit die Wiederholung eines Kartellverstosses, was eine inhaltliche Bestimmung der Sanktionsmerkmale «Kartellverstoss» und «Wiederholung» voraussetzt.

295. Der Begriff «Kartellverstoss» erfasst sowohl nach seinem Wortlaut als auch nach seinem Zweck eine Wiederholung gegen die materiellen Vorschriften des Kartellgesetzes. Dazu gehört auch jede Verwirklichung eines kartellrechtlichen Tatbestands als vorgängige Handlung. Es ist weder erforderlich, dass die Kartellverstösse auf dem gleichen sachlich relevanten Markt begangen wurden, noch dass es sich hierbei um gleiche oder gleichartige Kartellverstösse handelt (BVGer, B-2597/2017, *Medikamenteninformationen*, E. 15.2.6.16, 15.2.6.17).

296. Mit dem Begriff «Wiederholung» wird die mehrfache Begehung von Kartellverstössen angesprochen.

297. Die Unternehmen können ihr wirtschaftliches Verhalten in vielfältiger Weise ausgestalten. Dadurch können diverse Varianten einer mehrfachen Begehung von Kartellverstössen auftreten. Eine grundlegende Differenzierung ergibt sich dabei zwischen den Fallgruppen eines «Rückfalls» einerseits und von «Multihandlungen» andererseits. Bei der ersten Fallgruppe wird der Kartellverstoss begangen, nachdem für einen weiteren vorgängigen Kartellverstoss bereits eine Beurteilung mittels eines rechtsverbindlichen Entscheids vorliegt. Bei der zweiten Fallgruppe liegen verschiedene Kartellverstösse vor, die bislang noch keiner Beurteilung durch eine vorgängige andere Entscheidung zugeführt wurden.

298. Die Wettbewerbspraxis hatte bislang verschiedene Sachverhaltskonstellationen einer mehrfachen Begehung von Kartellverstössen zu beurteilen, wobei aber noch keine systematischen Erschwerungskoeffizienten bei den verschiedenen Varianten entwickelt wurden (BVGer, B-2597/2017, *Medikamenteninformationen*, E. 15.2.6.10 ff.; Weko, RPW 2020/3a, *Medikamenteninformationen*, Ziff. 524 f.). Inwieweit Art. 5 Abs. 1 lit. a SVKG für alle Varianten einer mehrfachen Begehung von Kartellverstössen Anwendung findet - wie von der Wettbewerbskommission angenommen (Weko, RPW 2020/3a, *Medikamenteninformationen*, Ziff. 524) - oder nur für die Rückfall-Variante, bedarf vorliegend keiner Beantwortung. Denn Art. 5 Abs. 1 lit. a KG stellt keine abschliessende Regelung auf. Daher könnten unterschiedliche Varianten einer mehrfachen Begehung auch als unterschiedliche Erschwerungsgründe qualifiziert werden. Eine unterschiedliche Subsumierung der verschiedenen Varianten unter Art. 5 SVKG hätte insbesondere den Vorteil, dass auch die Untervariante berücksichtigt werden könnte, bei der zur gleichen Zeit mehrere Kartellverstösse auf verschiedenen Märkten vorgenommen werden, für die der Begriff «Wiederholung» bereits sprachlich unzutreffend ist.

299. Angesichts ihrer vielfältigen Erscheinungsformen kann dabei keine generelle Gewichtung von Rückfall- und Multihandlungsvarianten vorgenommen werden. Entgegen der Ansicht der Wettbewerbskommission (Weko, RPW 2020/3a, *Medikamenteninformationen*, Ziff. 524) lässt sich daher nicht feststellen, dass die Wiederholung eines Kartellrechtsverstosses nach der rechtskräftigen Feststellung als schwerwiegender zu beurteilen sei als der wiederholte Verstoss innerhalb einer Untersuchung. So ist zum Beispiel nicht ersichtlich, warum die Begehung eines weiteren bestimmten Kartellverstosses nach über zehn Jahren ausnahmslos als schwerwiegender zu qualifizieren sein soll als die Durchführung von mehreren verschiedenen bestimmten Kartellverstössen auf unterschiedlichen Märkten in einem kurzen Zeitraum. Denn gegenüber einem Unternehmen, das nur einmalig einen einzigen Kartellverstoss begeht, dokumentiert ein Unternehmen, das verschiedene unabhängige Wettbewerbsabreden begeht und damit den Wettbewerb auf vielfache Weise beeinträchtigt, seine besondere Wettbewerbsschädlichkeit ebenso wie ein Unternehmen bei einem Rückfall.

300. Vorliegend ist ein zweifaches kollusives Verhalten in Form von jeweils einer Preisabrede zu beurteilen, wobei diese Kartellverstösse in einem Zeitraum von vier Jahren begangen wurden, ohne dass dabei eine zeitliche Überlappung bei der Eingehung und Umsetzung der Abreden stattfand. Beide Wettbewerbsabreden beziehen sich zwar auf den gleichen Markt und den gleichen Wettbewerbsparameter. Sowohl die Verabredung als auch die Umsetzung der beiden Wettbewerbsabreden erfolgten jedoch ohne einen gewissen zeitlichen, personellen oder sachlichen Zusammenhang. Es handelt sich demzufolge um zwei völlig autonome Kartellverstösse, die als «mehrfache Solo-Abreden» einen Unterfall der Fallgruppe Multihandlungen bilden.

301. Angesichts der Regelung von Art. 49a Abs. 1 KG und der Sanktionsintention des Gesetzgebers (vgl. E. 199) sowie der daraus abgeleiteten Sanktionssystematik der Sanktionsverordnung ist für die Sanktionierung von mehrfachen Solo-Abreden grundsätzlich davon auszugehen, dass diese jeweils individuell mittels einer eigenständigen Sanktionsbemessung zu beurteilen sind. Dies führt zu zwei unterschiedlich berechneten Sanktionsbeträgen, die zu einer Gesamtsanktion zu addieren sind. Bei einer eigenständigen Sanktionsbemessung können dabei die verschiedenen zur Anwendung gelangenden Bemessungskomponenten vom Umsatz auf dem relevanten Markt über die Art und Schwere sowie die Dauer der Wettbewerbsabrede über einschlägige Erschwerungs- oder Milderungsgründe bis hin zu Selbstanzeigen des Unternehmens in sachgerechter Weise Berücksichtigung finden.

302. Soweit die massgeblichen Bemessungskomponenten identisch oder zumindest vergleichbar sind, kann die Beurteilung auch im Rahmen einer einheitlichen Sanktionsbemessung durchgeführt werden. Dabei ist dann grundsätzlich davon auszugehen, dass ein Zuschlag von 100% für jede Verwirklichung einer weiteren autonomen Wettbewerbsabrede zur Anwendung gelangt. Denn allein aufgrund der Art und Weise einer Durchführung der Sanktionsbemessung kann sich kein wesentlich anderer Sanktionsbetrag als bei einer getrennten Berechnung von zwei Sanktionsbeträgen einstellen.

303. Mit diesem Vorgehen wird sichergestellt, dass der Zweck der Sanktionsvorschriften, wonach der Nettonutzen aus einem Kartellverstoss negativ auszufallen hat (vgl. E. 199), auch tatsächlich verwirklicht werden kann. Denn mittels der individuell festzustellenden Sanktionsbeträge bei der eigenständigen Sanktionsbemessung oder dem jeweiligen Zuschlag von 100% bei der einheitlichen Sanktionsbemessung wird gewährleistet, dass die autonomen Kartellverstösse und deren wirtschaftliche Folgen während der jeweils unterschiedlichen Begehungsphasen auch tatsächlich sachgerecht erfasst werden. Demgegenüber wäre es bei einer einheitlichen Sanktionsbemessung mit der Anwendung eines geringeren Zuschlags auf den Ausgangsbetrag für jeden weiteren Kartellverstoss in der Regel ausgeschlossen, dass der Nettonutzen zu Lasten des wettbewerbswidrig handelnden Unternehmens bei allen Kartellverstössen negativ ausfällt. Vielmehr würden die nur mit einem solchen Zuschlag bedachten autonomen Kartellverstösse und ihre wirtschaftlichen Auswirkungen dadurch meist nicht ausreichend erfasst werden können.

304. Unabhängig davon, ob eine einheitliche oder eigenständige Sanktionsbemessung vorliegt, ist darüber hinaus grundsätzlich ein Zuschlag für die mehrfache Verwirklichung von Wettbewerbsabreden vorzusehen. Denn das Unternehmen hat durch die mehrfache Verwirklichung der Wettbewerbsabreden aufgezeigt, dass es zur Erzielung von Kartellgewinnen bereit ist, den wirksamen Wettbewerb nicht nur durch eine einmalige Verhaltensweise, sondern durch die Vornahme von mehreren Verhaltensweisen zu beeinträchtigen. Die erhöhte Wettbewerbsschädlichkeit des unternehmerischen Verhaltens ist damit belegt und im Rahmen der Sanktionsbemessung gegenüber denjenigen Unternehmen, die nur mittels eines einzigen Wettbewerbsverstosses auf den Wettbewerb einwirken, erhöhend zu berücksichtigen.

305. Für die verschiedenen Fallgruppen eines mehrfachen Kartellverstosses können sich allenfalls aus verschiedenen Gründen auch gewisse Herabsetzungen des Sanktionsbetrags ergeben. Im vorliegenden Fall der mehrfachen Solo-Abreden sind aufgrund des konkreten Sachverhalts jedoch keine Gründe für eine solche Herabsetzung ersichtlich. Entsprechend einschlägige Gründe werden von der Beschwerdeführerin auch nicht geltend gemacht.

306. Mit dieser Sanktionsbemessung für mehrfache Solo-Abreden ergibt sich grundsätzlich auch eine sachgerechte Behandlung im Verhältnis zur Rückfallvariante. Bei beiden Varianten wird für die einzelnen Kartellverstösse eine eigene Sanktion anhand der jeweils massgeblichen Bemessungsfaktoren festgelegt und zudem ein Zuschlag für die besondere Wettbewerbsschädlichkeit dieses mehrfachen Verhaltens angesetzt.

307. Selbst wenn sich aus der vorstehenden Sanktionsbemessung eine wirtschaftlich einschneidende Sanktion ergeben sollte, entspricht dies der Intention des Gesetzgebers (vgl. E. 199), um eine ausreichende Ahndung und präventive Abwehr von derartigen Wettbewerbsbeschränkungen herzustellen.

308. Im vorliegenden Fall ist aufgrund der bekannten Umstände davon auszugehen, dass beide Wettbewerbsabreden hinsichtlich der grundlegenden Bemessungskriterien zumindest sehr ähnlich und damit vergleichbar sind. Demzufolge kann eine einheitliche Sanktionsbemessung durchgeführt werden.

309. Ein Zuschlag von lediglich 20% für eine Verwirklichung von zwei Solo-Abreden liegt selbst bei Berücksichtigung von besonderen Umständen ausserhalb einer sachgerechten Beurteilung von mehrfachen autonomen Kartellverstössen. Zum einen kann allein mit einem derartig geringen Teilzuschlag wohl von vornherein nicht bewerkstelligt werden, dass der Nettonutzen aus den beiden autonomen Wettbewerbsabreden negativ ausfällt. Vielmehr ist ein Zuschlag von 100% für die Verwirklichung einer zweiten Wettbewerbsabrede anzubringen. Zum anderen muss schon eine tateinheitliche Begehung von mehreren Tatbeständen unter Berücksichtigung einer gewissen Bandbreite zu einer Erhöhung des Sanktionsbetrags führen. Eine tateinheitliche Begehung muss wiederum grundsätzlich über diese Bandbreite hinausgehen. Denn die Verwirklichung von zwei unter-



schiedlichen wettbewerbswidrigen Verhaltensweisen muss, anders als die Verletzung zweier Tatbestände durch ein und dieselbe Handlung, zu einer verschärften Sanktion führen (BVGer, B-2597/2017, *Medikamenteninformationen*, E. 15.2.6.20; BVGer, B-8386/2015, *WAN-Anbindung*, E. 10.4.6). Deshalb ist für eine mehrfache Verwirklichung von autonomen Wettbewerbsabreden in jedem Fall ein Zuschlag mit einer Bandbreite von mehr als 20% vorzusehen.

310. Die angefochtene Verfügung stellt keine besonderen Umstände fest, die im Hinblick auf die mehrfache Verwirklichung einer Preisabrede zu berücksichtigen wären. Zudem stellt die Begründung auf den Vergleich mit einem Dauerverstoss von zwei Jahren ab, der ebenfalls einen Zuschlag von 20% nach sich gezogen hätte, obschon die Dauer und die Wiederholung eines Wettbewerbsverstosses zwei völlig unterschiedliche und kumulativ anzuwendende Sanktionskomponenten darstellen (vgl. E. 282).

311. Mit der Ansetzung eines Erhöhungskoeffizienten von lediglich 20% hat die Vorinstanz demzufolge keine Sanktionsbemessung zu Ungunsten der Beschwerdeführerin vorgenommen.

312. Der von der Beschwerdeführerin erhobene Einwand (vgl. E. 289 f.), wonach kein weiterer Zuschlag erfolgen dürfe, weil das Verschulden bei zwei indirekten Preisabreden geringer sei als bei einer indirekten Preisabrede mit einer Dauer von zwei Jahren, für die eine Erhöhung von 20% wegen deren Dauer erfolge, ist nicht von Belang. Denn mit der Festlegung der Dauer als gesondertes Bemessungskriterium in Art. 4 SVKG durch den Gesetzgeber wird ausdrücklich klargestellt, dass die Zeitdauer ein besonderer Bemessungsfaktor darstellt und daher bei den anderen Bemessungskriterien einschliesslich eines Erschwerungszuschlags für eine mehrfache Verwirklichung eines Kartellverstosses nicht mehr zu berücksichtigen ist. Demzufolge führen Erschwerungsgründe unabhängig von der Dauer des jeweiligen Wettbewerbsverstosses zu einer Erhöhung des Sanktionsbetrags. Der Vollständigkeit halber ist festzuhalten, dass die Herbeiführung von zwei unabhängigen Wettbewerbsabreden entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin jedenfalls nicht generell als deutlich weniger schwerwiegend als eine fortgesetzte Wettbewerbsabrede zu qualifizieren ist.

313. Auch die von der Beschwerdeführerin vorgebrachte Auffassung (vgl. E. 291), wonach maximal eine Erhöhung von 5% zulässig sei, weil die Preise sich nicht dauerhaft am Markt haben durchsetzen lassen und im Jahr 2005 wieder gesenkt worden seien, ist nicht von Belang für die Beurteilung eines Erschwerungszuschlags infolge einer mehrfachen Verwirklichung einer Preisabrede.

314. Der in der angefochtenen Verfügung angesetzte Zuschlag in der Höhe von 20% des Ausgangsbetrags ist daher entgegen dem Begehren der Beschwerdeführerin nicht aufzuheben.

315. Aufgrund der dargestellten, bislang inkonsistenten Wettbewerbspraxis hält das Gericht im vorliegenden Fall eine Anpassung des Sanktionsbetrags durch die Anwendung eines höheren Zuschlags für die mehrfache

Verwirklichung einer Wettbewerbsabrede angesichts des bisherigen Verfahrensverlaufs allerdings nicht für angemessen.

### **g) Milderung des Sanktionsbetrags**

316. Die angefochtene Verfügung sieht eine Sanktionsmilderung in der Höhe von 3% für den Abschluss einer einvernehmlichen Regelung vor.

#### *(1) Vorbringen der Beschwerdeführerin*

317. Die Beschwerdeführerin macht geltend, dass die verfügte Sanktion in jedem Fall unangemessen sei, weil der Abschluss der einvernehmlichen Regelung zu einer Milderung der Sanktion in der Höhe von mindestens 10% und nicht nur zu einer solchen in der Höhe von 3% hätte führen müssen.

318. Zunächst verweist die Beschwerdeführerin auf die Praxis der Vorinstanz, wonach der Abschluss einvernehmlicher Regelungen zu Gunsten einer Partei sanktionsmildernd berücksichtigt werde. Der Umfang der Sanktionsmilderung läge dabei vielfach zwischen 20% und 25%, soweit die Sanktionsberechnung überhaupt offengelegt werde. Im Fall von Bonusmeldungen werde von der Vorinstanz eine reduzierte Sanktionsmilderung von 10%-20% für angemessen gehalten. Dies deshalb, weil die Kooperation bei einer Bonusmeldung schon weitgehend über den gewährten Bonus abgegolten werde. Daher hätte in jedem Fall zumindest eine Sanktionsmilderung in der Höhe von 10% angesetzt werden müssen.

319. Die Vorinstanz habe in der angefochtenen Verfügung zwar erstmals festgehalten, dass einvernehmliche Regelungen zu einem derart späten Verfahrenszeitpunkt wie im vorliegenden Fall nicht mehr genehmigt würden, weil dies nicht dem Sinn und Zweck des Instruments entspreche. Der Zweck einer einvernehmlichen Regelung bestehe jedoch ohnehin nicht in einer Verkürzung oder Vereinfachung des Verfahrens, sondern darin, dass eine verbindliche Einigung über das in Zukunft zulässige Verhalten erzielt werden könne. Auch bei Abschluss einer einvernehmlichen Regelung müssten direkt sanktionierbare Tatbestände geklärt und mittels Verfügung entschieden werden. Daher liesse sich aus dem Zeitpunkt des Abschlusses einer einvernehmlichen Regelung entgegen der Argumentation der Vorinstanz kein Grund für eine Herabsetzung der Milderung ableiten.

320. Zudem würde eine Herabsetzung auf 3% einen Verstoss gegen das Vertrauensprinzip darstellen, weil die Beschwerdeführerin bei Abschluss der einvernehmlichen Regelung davon ausgehen dürfen, dass diese als Milderungsgrund berücksichtigt werde und zu einer Sanktionsmilderung von mindestens 10% führen würde.

#### *(2) Vorbringen der Vorinstanz*

321. Die Vorinstanz führt zur Ansetzung eines Milderungskoeffizienten von 3% wegen des Abschlusses einer einvernehmlichen Regelung verschiedene Gründe an.

322. Der Abschluss einer einvernehmlichen Regelung führe grundsätzlich zu einer Sanktionsmilderung, weil sie sowohl den Wettbewerbsbehörden als auch den Unter-

nehmen faktisch nennenswerte Vorteile eröffne. Für Unternehmen sei der Vorteil insbesondere darin zu sehen, dass mittels des Abschlusses einer einvernehmlichen Regelung Verfahren rascher und unbürokratischer abgeschlossen werden könnten. Für die Wettbewerbsbehörden bestehe die Erleichterung durch den Abschluss einer einvernehmlichen Regelung unter anderem darin, dass damit Arbeit, Zeit und Ressourcen eingespart werden könnten.

323. Der Aspekt der Verfahrensvereinfachung stehe dabei in einem besonderen Zusammenhang mit dem Zeitpunkt, zu dem eine einvernehmliche Regelung abgeschlossen werde. Die Praxis der Wettbewerbskommission gewähre daher eine Sanktionsmilderung im Umfang von 20%, soweit die einvernehmliche Regelung in einem frühen Verfahrensstadium abgeschlossen werde, d.h. bevor das Sekretariat einen Antrag zur Stellungnahme verschickt habe. Demgegenüber werde eine Sanktionsmilderung von nur noch 10% gewährt, wenn die einvernehmliche Regelung zwar erst nach der Zustellung eines ersten Antrags, aber immerhin noch vor der Zustellung eines eventuell überarbeiteten zweiten Antrags abgeschlossen werde.

324. Im vorliegenden Verfahren sei die einvernehmliche Regelung zwischen dem Sekretariat und der Beschwerdeführerin erst abgeschlossen worden, nachdem Letzterer der zweite überarbeitete Antrag des Sekretariats zugestellt worden war.

325. Mangels einer Regelung im Kartellgesetz und der Sanktionsverordnung habe es somit im Ermessen der Wettbewerbskommission gelegen, wie hoch die Sanktionsmilderung für den Abschluss der einvernehmlichen Regelung mit der Beschwerdeführerin ausfallen sollte. Mit der Festsetzung eines Milderungskoeffizienten von 3% habe die Vorinstanz das ihr zustehende Ermessen ordnungsgemäss ausgeübt.

### (3) Würdigung durch das Gericht

326. Art. 6 SVKG sieht vor, dass bei Vorliegen von mildernden Umständen eine Verminderung des sich nach Art. 3 und 4 SVKG ergebenden Betrags (nachfolgend: Ausgangsbetrag) vorzunehmen ist, wobei die Vorschrift verschiedene Aspekte als Milderungsgründe ausdrücklich anführt.

327. Vorliegend ist weder ersichtlich, dass einer der in der Sanktionsverordnung ausdrücklich angeführten Gründe für eine Milderung des Ausgangsbetrags gegeben ist, noch werden entsprechende Gründe von der Beschwerdeführerin geltend gemacht.

328. Art. 6 SVKG statuiert allerdings keine abschliessende Regelung. Vielmehr können auch andere Gründe des Einzelfalls eine Sanktionsmilderung begründen. Im Hinblick auf die entsprechenden Gründe ist zu beachten, dass es sich hierbei nicht um Aspekte handeln kann, die bereits bei der Festlegung des Basisbetrags zu berücksichtigen sind (BVGer, B-2597/2017, *Medikamenteninformation*, E. 15.2.7.1; BVGer, B-831/2011, *DCC*, E. 1628; BVGer, B-7633/2009, *ADSL II*, E 778).

329. Von der Wettbewerbskommission wird der Wille und die Bereitschaft zum Abschluss einer einvernehmlichen Regelung als kooperatives Verhalten qualifiziert,

wobei dieser Kooperation als Sanktionsmilderung im Rahmen von Art. 6 SVKG Rechnung zu tragen ist.

330. In Umsetzung der Praxis der Wettbewerbskommission hat das Sekretariat der Wettbewerbskommission die Voraussetzungen und das Verfahren über den Abschluss einer einvernehmlichen Regelung einschliesslich der Rahmenbedingungen für die Verhandlung einer einvernehmlichen Regelung sowie den Mustervertragstext in seinem Merkblatt über Einvernehmliche Regelungen, Stand 28. Februar 2018 (nachfolgend: «Merkblatt EVR»), niedergelegt.

331. Danach ist eine entsprechende Sanktionsherabsetzung in Abhängigkeit vom Zeitpunkt des Abschlusses der einvernehmlichen Regelung zu berücksichtigen (Sekretariat, Merkblatt EVR, Erläuterungen Ziff. 11). Bei Abschluss der einvernehmlichen Regelung nach Zustellung des Antrags an ein Unternehmen ist zudem eine Sanktionsmilderung von 5% zu gewähren.

332. Vorliegend wurde die einvernehmliche Regelung erst nach Zustellung des zweiten Antrags an die Beschwerdeführerin abgeschlossen. Die effektiv anzuwendende Herabsetzung wäre daher am Ausgangswert von 5% anhand der konkreten Verfahrensvereinfachung, die im vorliegenden Kartellverfahren tatsächlich eingetreten ist, zu bemessen.

333. Die Vorinstanz hat diesen konkreten Beitrag der Beschwerdeführerin nur noch als sehr gering und dementsprechend mit einer Sanktionsmilderung von 3% im Rahmen der ihr zukommenden Ermessensentscheidung bewertet. Dieser Wert liegt angesichts der tatsächlichen Umstände zum einen zweifellos im Rahmen des anzuwendenden Ausgangswerts von 5%. Zum anderen trägt die Beschwerdeführerin keine konkreten Gründe vor, warum ihr Beitrag aufgrund des Abschlusses der einvernehmlichen Regelung zu einer grösseren Verfahrensvereinfachung geführt habe und daher auch mit einem höheren Wert hätte bewertet werden müssen.

334. Es ist naheliegend, dass der Abschluss einer einvernehmlichen Regelung prinzipiell zu keiner relevanten Verfahrensvereinfachung mehr führen kann, nachdem mit dem fertiggestellten Antrag von Seiten der Wettbewerbsbehörden eine vollständige Aufarbeitung des jeweiligen wettbewerbswidrigen Verhaltens vorgenommen wurde. Dies gilt umso mehr, als mit einer einvernehmlichen Regelung weder eine Anerkennung des Sachverhalts noch ein wirksamer Rechtsmittelverzicht von Seiten des jeweiligen Abredeteiligen verbunden ist (BGer, 3.4.2016, 2C\_524/2018, A gg. B und Weko, zit. *VWVP-Repo-EVR*, E. 2.5.2). Bei der Ausarbeitung eines zweiten Antrags nimmt diese potentielle Möglichkeit einer Verfahrensvereinfachung noch mehr ab. Daher wäre es sachgerecht, dass die Wettbewerbsbehörden für derartige Fälle prinzipiell nur noch eine sehr geringe Sanktionsmilderung vorsehen.

335. Der Auffassung der Beschwerdeführerin (vgl. E. 318), wonach eine Sanktionsmilderung aufgrund eines Quervergleichs mit anderen Fällen, bei denen die einvernehmliche Regelung zu einem viel früheren Zeitpunkt abgeschlossen wurde, zu einer höheren Sanktionsmilderung hätte führen müssen, kommt keine sachliche Bedeutung zu.

336. Denn entgegen dieser Auffassung (vgl. E. 319) kann die Wettbewerbskommission eine entsprechende Anpassung ihrer Sanktionspraxis vornehmen, soweit diese Anpassung dann auch allgemein zur Anwendung gelangt. Insoweit besteht entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin (vgl. E. 320) auch kein Vertrauensschutz. Die Anpassung der Sanktionsbemessung bei Abschluss von einvernehmlichen Regelungen nach Zustellung des Antrags an ein Unternehmen wurde schliesslich im Merkblatt EVR und damit allgemein statuiert. Die Beschwerdeführerin bringt nicht vor, dass die Anpassung im Rahmen der Praxis der Wettbewerbskommission nicht einheitlich angewendet worden sei und damit die im Merkblatt EVR statuierten Bemessungskriterien gleichheitswidrig nicht eingehalten worden seien.

337. Eine Einschränkung der Vornahme einer solchen Anpassung ergibt sich auch nicht durch die Festlegung des vom Sekretariat zu beantragenden Sanktionsrahmens in einer einvernehmlichen Regelung. Die vom Sekretariat akzeptierten Regelungen einer einvernehmlichen Regelung sind für die Wettbewerbskommission nicht verbindlich, sondern bedürfen vielmehr gemäss Art. 29 KG deren ausdrücklicher Genehmigung. Mithin kommt schon dem vom Sekretariat vorgesehenen Sanktionsrahmen keine verbindliche Wirkung zu Lasten der Wettbewerbskommission für die angefochtene Verfügung als Sanktionsverfügung zu, weshalb sich daraus auch keine Bindungswirkung im Hinblick auf eine zukünftige Anpassung der Bemessungsgrundsätze durch die Wettbewerbskommission ergeben kann.

338. Die vorliegende Gewährung einer Sanktionsmilderung von 3% stellt somit keine rechtsfehlerhafte Ermessensentscheidung der Wettbewerbskommission zu Lasten der Beschwerdeführerin dar.

339. Die Frage, ob mit dem Abschluss einer einvernehmlichen Regelung unter Berücksichtigung des Fehlens einer Anerkennung des Sachverhalts und eines wirksamen Rechtsmittelverzichts überhaupt eine Verfahrensvereinfachung verbunden ist, die über diejenige hinausgeht, die sich entweder aufgrund der Mitwirkung eines Abredeteiligen im Rahmen einer Selbstanzeige oder einer besonders guten Kooperation einstellt und die deshalb entweder mittels der Bonusregelungen oder aufgrund des besonderen Milderungsgrunds der besonders guten Kooperation zu honorieren wäre, bedarf vorliegend keiner abschliessenden Beurteilung. Denn vorliegend hätte die von der Wettbewerbskommission festgestellte sehr geringe Verfahrensvereinfachung nach Zustellung des Antrags zumindest unter dem Sanktionsmilderungsgrund der besonders guten Kooperation gemäss Art. 6 SVKG auch in dieser Höhe honoriert werden können, weil Siegenia nicht als Selbstanzeigerin aufgetreten ist und eine entsprechende Sanktionsmilderung somit nicht von vornherein ausgeschlossen gewesen wäre. Demzufolge liegt auch keine rechtsfehlerhafte Ermessensentscheidung zu Gunsten der Beschwerdeführerin vor.

340. Die in der angefochtenen Verfügung vorgesehene Sanktionsmilderung in der Höhe von 3% ist daher entgegen dem Begehren der Beschwerdeführerin nicht zu erhöhen.

## h) *Maximalsanktion*

341. Gemäss Art. 49a Abs. 1 KG und Art. 7 SVKG ist die Belastung in jedem Fall auf 10% des Gesamtumsatzes, den das Unternehmen in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielt hat, als Maximalsanktion zu begrenzen.

342. Der von der Wettbewerbskommission festgelegte Sanktionsbetrag liegt nach unstrittiger Auffassung der Parteien unterhalb dieser Maximalsanktion und ist daher nicht zu begrenzen.

## i) *Übersicht Sanktionsbemessung*

343. Aufgrund der vorstehend dargelegten Gründe ergibt sich folgende Sanktionsbemessung:

	Sanktionskomponente	Art.	Koeffizient	CHF
1.	Basisumsatz	2		[xx'xxx'xxx]
2.	Basisbetrag	3	7%	[x'xxx'xxx]
3.	Dauerbetrag	4	0%	0.-
	<i>Zwischenbetrag I:</i>			[x'xxx'xxx]
4.	Erschwerungsbetrag	5	20%	[xxx'xxx]
5.	Milderungsbetrag	6	3%	[xx'xxx]
	<i>Zwischenbetrag II:</i>			[x'xxx'xxx]
6.	Maximalumsatz		[xx'xxx'xxx]	
7.	Maximalbetrag	7	10%	> Zwischenbetrag II
8.	Sanktionsbetrag			3'876'465

344. Die in der angefochtenen Verfügung festgelegte Sanktion für das wettbewerbswidrige Verhalten der Beschwerdeführerin ist nach der Prüfung der einzelnen Bemessungskomponenten durch das Bundesverwaltungsgericht nicht anzupassen.

## j) *Sanktionsherabsetzung wegen Dauer des Verfahrens*

### (1) *Vorbringen der Beschwerdeführerin*

345. Die Beschwerdeführerin macht geltend, dass das Beschleunigungsgebot jedenfalls durch die Dauer der Beschwerdeverfahren vor Bundesverwaltungsgericht und Bundesgericht klar verletzt worden sei.

346. Das ursprüngliche Beschwerdeverfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht habe über 45 Monate gedauert, wobei allein die Abfassung des Urteils mehr als zwei Jahre gedauert habe. Eine derartige Verfahrensdauer sei mit dem Beschleunigungsgebot nicht in Einklang zu bringen, auch wenn das Urteil sehr umfangreich und sorgfältig redigiert gewesen sei.

347. Dasselbe gelte erst recht für das bundesgerichtliche Verfahren. Das bundesgerichtliche Urteil sei erst 33 Monate nach Vorliegen der letzten Eingabe ergangen und dies, obwohl das Urteil sehr knapp gehalten sei und sich lediglich darauf beschränke, das Bundesverwaltungsgericht anzuweisen, den Sachverhalt selbst festzustellen.

348. Die hier vorliegende überlange Verfahrensdauer werde insbesondere unter Berücksichtigung des vom SECO erstellten White Papers zur Kartellgesetzrevision

mit einer deutlichen Beschränkung der vorgesehenen Verfahrensdauer deutlich.

349. Aufgrund der Verletzung des Beschleunigungsgebots sei der Sanktionsbetrag um mindestens 50% herabzusetzen.

### *(2) Vorbringen der Vorinstanz*

350. Nach Ansicht der Vorinstanz liegt keine Verletzung des Beschleunigungsgebots vor.

### *(3) Würdigung durch das Gericht*

351. Der Aspekt einer Verletzung des Beschleunigungsgebots war schon mehrfach Gegenstand der Rechtsprechung. Danach ist eine entsprechende Verletzung nicht aufgrund allgemeiner Vorgaben, sondern unter Berücksichtigung aller Umstände des jeweiligen Einzelfalls zu beurteilen.

352. Für eine Beurteilung der Einhaltung oder Verletzung des Beschleunigungsgebots durch gerichtliche Verfahren sind nicht abstrakte Zeitangaben massgebend. Denn derartige Zeitangaben sagen nichts aus über die im Einzelfall notwendigerweise zu leistende Arbeit, um ein sachgerechtes Urteil erlassen zu können. Gleiches gilt für rein formale Aspekte der Ausgestaltung eines Urteils, weil hierdurch keine inhaltliche Bewertung verbunden ist, auch wenn zum Beispiel längere Urteile regelmässig für eine vertiefte und abschliessende Beurteilung einer Angelegenheit sprechen. Dies gilt insbesondere auch für einen Vergleich von Urteilen des Bundesverwaltungsgerichts als Tatsacheninstanz mit voller Kognition und Urteilen des Bundesgerichts als Rechtsinstanz mit eingeschränkter Prüfungscompetenz. Vielmehr ist eine Bewertung darüber vorzunehmen, welche Sach- und Rechtsfragen in welchem Rechtsbereich im Rahmen eines Gerichtsverfahrens unter Berücksichtigung der bestehenden Rechtsprechung und der von den Parteien eingebrachten Vorbringen beantwortet werden müssen. Vor diesem Hintergrund und bei der im Kartellrecht bestehenden Ausgangslage in Bezug auf die Wettbewerbspraxis entspricht die Dauer der beiden Beschwerdeverfahren angesichts der hierbei zu bearbeitenden Sach- und Rechtsfragen auch im Vergleich mit anderen Jurisdiktionen der üblichen Zeitdauer, welche für die Bearbeitung von komplexen Kartellrechtsfällen erforderlich ist.

353. Daran vermag auch der Verweis der Beschwerdeführerin auf eine Stellungnahme des SECO im Rahmen einer Kartellgesetzrevision nichts zu ändern. Massgebend sind auch hier nicht nur abstrakt gesetzte Zeitbeschränkungen für die Durchführung eines Kartellverfahrens. Vielmehr wird der Gesetzgeber - so er denn gewisse Zeitbeschränkungen überhaupt einführt - auch durch sachgerechte Massnahmen, wie einer Formalisierung der Geltendmachung von Einwänden durch die Parteien, sowie der Zurverfügungstellung von ausreichenden Ressourcen zu gewährleisten haben, dass allfällig neu eingeführte zeitliche Vorgaben von Behörden und Gerichten in der Praxis auch tatsächlich eingehalten werden können. Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin lassen sich daher zum jetzigen Zeitpunkt aus den Stellungnahmen zur Kartellgesetzrevision jedenfalls keine relevanten Aspekte für die Beurteilung des vorliegenden Verfahrens ableiten.

354. Beim vorliegenden Beschwerdeverfahren ist allerdings nicht von der Hand zu weisen, dass eine Verfahrensdauer von sechs Jahren für den Erlass dieses erneuten Urteils nach Durchführung der Beschwerdeverfahren bis zum bundesgerichtlichen Rückweisungsurteil (vgl. E. J.c) eine Verletzung des Beschleunigungsgebots vermuten lässt.

355. Demgegenüber ist aber zu berücksichtigen, dass der Erlass des vorliegenden Urteils sowie des Urteils im Parallelverfahren Koch (vgl. SV L.a) aufgrund einer notwendigen Sicherstellung der Kohärenz in Rechtsfragen mit mehreren weiteren Urteilen, die im gleichen Zeitraum vom Bundesverwaltungsgericht zu entscheiden waren, nicht vorgezogen werden konnte. So waren insbesondere eine gleichförmige Beurteilung von Bruttopreisabreden, der Gewährung eines Sanktionsbonus aufgrund einer Selbstanzeige trotz Durchführung eines Beschwerdeverfahrens sowie der Voraussetzungen einer erweiterten Sanktionsreduktion sicherzustellen.

356. Dass dem Aspekt der Kohärenz der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts eine wesentliche Bedeutung für dessen Akzeptanz zukommt, wird durch die Reaktionen in der Fachpresse nach Erlass des Ausgangsurteils (vgl. E. I.g) belegt, mit denen mitunter Vorwürfe gegenüber dem Gericht erhoben wurden, weil durch praktisch zeitgleich ergehende Entscheide Rechtsfragen in unterschiedlicher Weise beantwortet wurden.

357. Der entsprechende Einwand der Beschwerdeführerin ist daher zwar nachvollziehbar, aber unzutreffend. Aus den genannten Gründen liegt kein Verstoss gegen das Beschleunigungsgebot vor.

358. Der Sanktionsbetrag ist daher nicht herabzusetzen.

## **VII. Gesamtbeurteilung der Beschwerde**

359. Das Beschwerdeverfahren hat im Lichte der neueren bundesgerichtlichen Rechtsprechung bestätigt, dass die Beschwerdeführerin sich an zwei unzulässigen Preisabreden gemäss Art. 5 Abs. 1 KG beteiligt hat und daher eine Sanktion gemäss Art. 49a Abs. 1 KG zu verhängen ist. Die Beschwerdeführerin unterliegt demzufolge mit ihrer Beschwerde gegen die entsprechenden Feststellungen in der angefochtenen Verfügung.

360. Die vom Bundesverwaltungsgericht vorgenommene Beurteilung der einzelnen Aspekte der Sanktionsbemessung führen im Ergebnis gegenüber der angefochtenen Verfügung zu keiner Änderung des Sanktionsbetrags.

361. Die Beschwerde ist daher vollumfänglich abzuweisen.

## **VIII. Verfahrenskosten und Parteientschädigung**

362. Die Auferlegung der Verfahrenskosten - die sich aus Gerichtsgebühr und Auslagen zusammensetzen - sowie die Zusprechung einer Parteientschädigung richten sich nach den allgemeinen Bestimmungen von Art. 63 und 64 VwVG sowie den Bestimmungen des Reglements des Bundesverwaltungsgerichts vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht (VGKE, SR 173.320.2).

363. Gemäss Art. 2 Abs. 1 VGKE bemisst sich die Gerichtsgebühr nach Umfang und Schwere der Streitigkeit, der Art der Prozessführung und der finanziellen Lage der Parteien, wobei Art. 3 und 4 VGKE Rahmengebühren für bestimmte Angelegenheiten vorgeben. Unter Berücksichtigung dieser Umstände sind die Verfahrenskosten vorliegend auf 38'000.- CHF festzusetzen.

364. Gemäss Art. 63 Abs. 1 VwVG hat das Bundesverwaltungsgericht die Verfahrenskosten entsprechend dem Unterliegerprinzip der unterliegenden Partei aufzuerlegen. Gemäss Art. 63 Abs. 2 VwVG und Art. 7 Abs. 3 VGKE werden Vorinstanzen oder Beschwerde führenden und unterliegenden Bundesbehörden keine Verfahrenskosten auferlegt.

365. Entsprechend dem Ausgang des Verfahrens hat die Beschwerdeführerin als unterliegende Partei die Verfahrenskosten zu tragen.

366. Gemäss Art. 64 Abs. 1 VwVG ist einer ganz oder teilweise obsiegenden Partei von Amtes wegen oder auf Begehren hin eine Entschädigung für die ihr erwachsenen notwendigen und verhältnismässig hohen Kosten zuzusprechen (BVGE 2010/14 E. 8.2.1). Ausgenommen hiervon sind Bundesbehörden, denen gemäss Art. 7 Abs. 3 VGKE kein Anspruch auf eine Parteientschädigung zusteht. Gemäss Art. 64 Abs. 2 VwVG ist eine Parteientschädigung nur insoweit einer Körperschaft

oder autonomen Anstalt, in deren Namen die Vorinstanz verfügt hat, aufzuerlegen, als sie nicht einer unterliegenden Gegenpartei auferlegt werden kann. Gemäss Art. 64 Abs. 3 VwVG ist die Parteientschädigung einer unterliegenden Gegenpartei je nach ihrer Leistungsfähigkeit aufzuerlegen, wenn sie sich mit selbständigen Begehren am Verfahren beteiligt hat (MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, Prozessieren, Rn. 4.68).

367. Als vollständig unterliegende Partei steht der Beschwerdeführerin keine Parteientschädigung zu.

**Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:**

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.

2. Der Beschwerdeführerin werden die Verfahrenskosten in Höhe von 38'000.- CHF auferlegt. Hierauf wird der geleistete Kostenvorschuss in Höhe von 31'000.- CHF angerechnet. Der Restbetrag von 7'000.- CHF ist nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zu Gunsten der Gerichtskasse zu überweisen. Die Zahlungsfrist beträgt 30 Tage ab Rechnungsdatum. Die Zustellung des Einzahlungsscheins erfolgt mit separater Post.

3. Eine Parteientschädigung wird nicht ausgerichtet.

[Rechtsmittelbelehrung]

B 3	<b>3. Urteil vom 12. Dezember 2023 in Sachen Koch Group AG Wallisellen gegen WEKO – Unzulässige Wettbewerbsabrede</b>
-----	---

*Urteil B-5919/2017 des Bundesverwaltungsgerichts, Abteilung II vom 12. Dezember 2023 in Sachen Koch Group AG in Wallisellen, vertreten durch [...], Beschwerdeführerin, gegen Wettbewerbskommission, WEKO, in Bern, Vorinstanz. Gegenstand: Unzulässige Wettbewerbsabrede.*

Hinweis: Bei allen im Urteil nachfolgend in geschweiften Klammern aufgeführten Leerstellen, Ersetzungen oder Zahlenangaben handelt es sich um Anonymisierungen von Geschäftsgeheimnissen der Parteien oder von Dritten.

#### Sachverhalt:

**A.** Gegenstand Gegenstand des vorliegenden Urteils bildet die von der Wettbewerbskommission (nachfolgend auch: Weko oder Weko) am 18. Oktober 2010 erlassene Verfügung in Sachen Untersuchung Nr. 22-0358 betreffend Baubeschläge für Fenster und Fenstertüren (RPW 2010/4, 717, nachfolgend: angefochtene Verfügung). Danach hätten im Zeitraum zwischen 2004 und 2007 (nachfolgend: massgeblicher Zeitraum) verschiedene Unternehmen der Fensterbeschlagbranche einschliesslich der Beschwerdeführerin durch die Mitwirkung an einer Preisabrede hinsichtlich der Durchführung von Preiserhöhungen bei Beschlägen für Fenster- und Fenstertüren eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung gemäss Art. 5 des Kartellgesetzes vom 6. Oktober 1995 (KG, SR 251) verwirklicht, weshalb die Beschwerdeführerin mit einem Betrag gemäss Art. 49a KG sanktioniert wurde.

#### B. Beschwerdeführerin

**B.a** Die Beschwerdeführerin (vormals bis 2015: Paul Koch AG; nachfolgend: Koch) ist eine seit 1979 bestehende schweizerische Aktiengesellschaft mit Sitz in Wallisellen. Der Zweck der Gesellschaft besteht im Handel mit Beschlägen, Werkzeugen und Maschinen, Planung, Montage und Service von Schliessanlagen sowie Zutritts-, Verschluss- und Rettungswegtechnik.

**B.b** Die Beschwerdeführerin ist eine Gruppengesellschaft der Koch-Gruppe, welche nach ihrem eigenen Vorbringen die grösste Händlerin für Fenster- und Fenstertürbeschläge in der Schweiz ist. Weitere Gruppengesellschaften der Koch-Gruppe sind die Koch-Group AG St. Gallen (vormals bis 2015: Eugen Koch AG) und die Koch Group AG Bern (vormals bis 2015: KWB Beschläge AG).

#### C. Sonstige Unternehmen

**C.a** Die nachfolgend aufgeführten Unternehmen waren als Untersuchungsadressaten ebenfalls in die Untersuchung der Vorinstanz einbezogen und stellen auch Verfügungsadressaten der angefochtenen Verfügung dar. Zum Zeitpunkt des Erlasses der angefochtenen Verfügung ergeben sich hierbei die nachfolgend aufgeführten Unternehmensaspekte.

**C.b** Die Roto Frank (Schweiz) GmbH (nachfolgend: Roto) ist eine 1972 gegründete Gesellschaft mit Sitz in Dietikon (vormals bis 2012: Roto Frank AG mit Sitz in Zürich). Ihr Zweck besteht im Vertrieb von Baubeschlägen und Bauzubehör. Sie ist eine Tochtergesellschaft der deutschen Roto Frank AG in Leinfelden-Echterdingen (nachfolgend: Roto D) und damit eine Konzerngesellschaft der Roto-Gruppe.

**C.c** Die Siegenia-Aubi AG (nachfolgend: Siegenia) ist eine 1977 gegründete Aktiengesellschaft mit Sitz in Uetendorf. Ihr Zweck besteht in der Herstellung und dem Vertrieb von Baubeschlägen sowie der Verwertung von Patenten und Schutzrechten und dem Erwerb von Grundstücken. Sie ist eine Tochtergesellschaft der deutschen Siegenia-Aubi KG in Wilnsdorf (nachfolgend: Siegenia D) und damit eine Konzerngesellschaft der Siegenia-Gruppe.

**C.d** Die Gretschi-Unitas AG (nachfolgend: GU) ist eine 1991 gegründete Aktiengesellschaft mit Sitz in Rütligen bei Kirchberg. Ihr Zweck besteht im Handel und der Herstellung von Baubeschlägen sowie Metallwaren aller Art. Sie ist eine Tochtergesellschaft der deutschen Gretschi-Unitas GmbH in Ditzingen (nachfolgend: GU D) und damit eine Konzerngesellschaft der GU-Gruppe.

**C.e** Die SFS unimarket AG (nachfolgend: SFS) ist eine 2001 gegründete Aktiengesellschaft mit Sitz in Widnau und Domiziladresse in Heerbrugg. Ihr Zweck bestand im Vertrieb sowie der Entwicklung und Herstellung von Beschlägen, Befestigungselementen, Konstruktionsteilen, Werkzeugen und anderen Produkten. Sie ist eine Tochtergesellschaft der SFS Group AG (vormals: SFS Holding AG) mit Sitz in Heerbrugg (nachfolgend: SFS Holding) und damit eine Konzerngesellschaft der SFS-Gruppe. Nach mehreren Fusionen mit anderen Gruppengesellschaften lautet ihre Firma heute SFS Group Schweiz AG.

**C.f** Die deutsche Winkhaus Fenstertechnik GmbH & Co. KG in Teltge betrieb bis Juni 2007 eine Zweigniederlassung in Winterthur. Seit diesem Zeitpunkt bearbeitet die Winkhaus-Gruppe (nachfolgend: Winkhaus) den schweizerischen Markt direkt aus Deutschland mit zwei Ausendienstmitarbeitern der Aug. Winkhaus GmbH & Co. KG in Teltge.

**C.g** Die Mayer & Co. Beschläge GmbH (nachfolgend: Maco) ist eine österreichische Gesellschaft mit Sitz in Salzburg. Ihr Zweck besteht in der Produktion von Baubeschlägen für Fenster und Fenstertüren, Türschlossern, Fenstergriffen und Ladenbeschlägen.

#### D. Wesentliche Aspekte des Geschäftsbereichs

**D.a** Den Gegenstand der angefochtenen Verfügung bilden die Wettbewerbsverhältnisse im Geschäftsbereich der Baubeschläge für Fenster und für Fenstertüren (nachfolgend zusammen: Fensterbeschläge).

**D.b** Bei einer Fenstertüre handelt es sich im Wesentlichen um ein Fenster mit Türfunktion. Da eine sachliche Differenzierung zwischen Fenstern und Fenstertüren für die vorliegende Angelegenheit nicht erforderlich ist, wird eine entsprechende Differenzierung nachfolgend nicht mehr erwähnt, sondern nur noch insgesamt auf den Begriff «Fenster» abgestellt.

**D.c** Als Fensterbeschläge sind alle mechanischen Teile zu qualifizieren, welche Fensterrahmen und Fensterflügel verbinden und die Öffnungs- und Schliessfunktion eines Fensters steuern. Fensterbeschläge umfassen dabei alle Beschlagskomponenten, welche die Öffnungs- und Schliessfunktion sicherstellen. Dabei sind die Beschlagskomponenten aufeinander abgestimmt und bilden eine funktionale Einheit, wodurch sich jeweils spezifische Beschlagsgarnituren für bestimmte Fenstertypen ergeben.

**D.d** Fensterbeschläge werden in unterschiedlicher Art für Fenster mit verschiedenen Arten der Fensteröffnung hergestellt: Dreh-Kipp-Mechanismus, Drehmechanismus, Kippmechanismus, Schwingmechanismus, Hebeschiebmechanismus, Parallelschiebmechanismus, Faltschiebmechanismus. Der ganz wesentliche Teil der Fensterbeschläge im Umfang von rund 80%-90% ist in Zentraleuropa als Dreh-Kipp-Beschlag ausgestaltet, wodurch bei einem Fenster eine Öffnung sowohl mittels einer Kippstellung als auch durch eine Drehstellung verwirklicht werden kann.

**D.e** Bei Fenstern lassen sich aufgrund ihrer Bauart zwei grundsätzliche Kategorien unterscheiden: Holz- und Kunststofffenster sowie Aluminiumfenster. Während Holz- und Kunststofffenster zumeist durch spezialisierte Fensterproduzenten oder Holzbetriebe hergestellt werden, erfolgt die Produktion von Aluminiumfenstern durch Metallbaubetriebe, Fassadenbauer und Schlossereien. Aufgrund der Bauart bedürfen die jeweiligen Fenster unterschiedlicher Fensterbeschläge.

**D.f** Von den Fensterbeschlägen zu unterscheiden ist das Beschlagszubehör. Hierzu zählen Fenstergriffe, Bänder, Bauchemie, Schwellen, Regenschienen, Dichtungen, Schrauben, Getriebe u.a. Das Beschlagszubehör wird üblicherweise über andere Bezugsquellen als die Fensterbeschläge bezogen.

**D.g** Für die Herstellung eines Fensterbeschlags werden vorwiegend nichtrostende metallische Stoffe wie Stahl, Zamak und Aluminium eingesetzt.

## **E. Vertriebsstrukturen**

**E.a** Die massgeblichen Hersteller von Fensterbeschlägen in Europa sind Roto D, Siegenia D, GU D, Maco und Winkhaus. Auf diese fünf Beschlaghersteller entfallen auch nahezu sämtliche in der Schweiz abgesetzten Produkte an Fensterbeschlägen. Neben diesen massgeblichen Beschlagherstellern sind in Europa nur noch einige wenige Hersteller von Fensterbeschlägen vorhanden, deren Fokus auf Nischenmärkte ausgerichtet ist und die in der Schweiz nicht selbst geschäftstätig sind.

**E.b** Der Vertrieb ihrer Fensterbeschläge innerhalb der Schweiz durch die massgeblichen Beschlaghersteller erfolgt im Wesentlichen über nationale Vertriebsvertretungen in Gestalt von Tochtergesellschaften oder Nie-

derlassungen und/oder über Zwischenhändler als Vertriebsmittler in Gestalt von Grosshändlern (Koch und SFS) oder kleineren Einzelhändlern (z.B. Rudolf Geiser AG, Immer AG, Fritz Blaser & Cie. AG) an die Hersteller von Fenstern (nachfolgend: Fensterproduzenten). Diese verwenden die Fensterbeschläge zum Einbau in die jeweils von ihnen hergestellten Fenster, die sie wiederum gegenüber den Endkunden in Gestalt von Bauunternehmen, Architekten und Privaten, welche den Einbau eines montagefertigen Fensters nachfragen, absetzen. Im Bedarfsfall beliefern sich die Grosshändler auch gegenseitig. In einem sehr geringen Umfang werden Fensterproduzenten auch direkt von Lieferanten aus Deutschland beliefert.

**E.c** Im massgeblichen Zeitraum haben die Hersteller Roto D und GU D sowie Winkhaus ihre Produkte über ihre in der Schweiz domizilierten Tochtergesellschaften Roto und GU sowie ihre Zweigniederlassung vertrieben. Diese nationalen Herstellervertretungen haben sowohl die Fensterproduzenten direkt als auch die Zwischenhändler beliefert.

**E.d** Siegenia D hat ihre Produkte ebenfalls über ihre schweizerische Tochtergesellschaft Siegenia vertrieben. Siegenia wiederum hat die Produkte mehrheitlich über die Koch-Gruppe abgesetzt, die als Grosshändlerin wiederum an Fensterproduzenten und Einzelhändler verkauft. Daneben hat Siegenia auch direkte Lieferbeziehungen zu drei grösseren Kunden unterhalten, um die Geschäfte mit diesen Kunden nicht zu verlieren.

**E.e** Auf Kundenwunsch haben die Koch-Gruppe und SFS als Grosshändler auch Fensterbeschläge anderer Beschlaghersteller als die von ihnen üblicherweise vertriebenen Produkte geliefert.

**E.f** Maco hat ihre Produkte in der Schweiz über SFS vertrieben, die als Grosshändlerin wiederum die Fensterproduzenten und die Einzelhändler beliefert hat. Darüber hinaus hat Maco einen Kunden auch direkt beliefert.

**E.g** Die Fensterproduzenten lassen sich in drei Kategorien einteilen, die sich hinsichtlich Produkteangebot, Betriebsgrösse und Umsatz deutlich voneinander unterscheiden. Den grossen Fensterproduzenten mit einem Umsatz von mehr als 20 Mio. CHF, welche die Fenster automatisiert und in grossen Stückzahlen produzieren, stehen die kleinen Fensterproduzenten mit einem Umsatz von weniger als 10 Mio. CHF gegenüber, die zumeist als Schreinereibetriebe ausgestaltet sind. Bei den mittelgrossen Unternehmen mit einem Umsatz zwischen 10 und 20 Mio. CHF variiert die Ausgestaltung entsprechend.

**E.h** Die grosse Mehrheit der Fensterproduzenten bezieht die Fensterbeschläge stets vom gleichen Lieferanten. Der Wechsel eines Lieferanten ist mit relativ grossem Aufwand in Bezug auf die elektronische Erfassung und Verwendung im Kalkulations- und Produktionsprozess durch das jeweilige IT-System sowie die Schulung der Mitarbeiter verbunden. Ein Lieferantenwechsel kommt deshalb relativ selten vor.

**E.i** Preiserhöhungen werden auf unterschiedliche Art und Weise vorgenommen. In der Regel wird die Preisbasis, d.h. der Verkaufspreis des jeweiligen Lieferanten,



erhöht, indem diese mit einem Materialteuerungszuschlag (nachfolgend: MTZ) versehen wird. Vereinzelt bleibt die Preisbasis unverändert, und die Preiserhöhung erfolgt mittels Kürzungen von Nachlässen, insbesondere durch die mit den einzelnen Abnehmern verhandelten individuellen Rabattanpassungen.

## F. Marktverhältnisse

**F.a** Für den relevanten Markt der Fensterbeschläge mit Dreh-Kipp-Mechanismus bestanden aufgrund der durchgeführten Marktuntersuchungen für das Jahr 2007 folgende, vorliegend relevanten Marktanteile: (1) die Koch-Gruppe, die Siegenia-Gruppe, die Roto-Gruppe und Winkhaus sowie SFS wiesen einen Gesamtanteil von über 90% des Markts auf; (2) die Koch-Gruppe, die Siegenia-Gruppe, die Roto-Gruppe und Winkhaus vereinten einen Gesamtanteil von über 80% des Markts auf sich.

## G. Geschehensablauf

**G.a** In der Zeit zwischen November 1999 und Juli 2007 kam es zu horizontalen Preisabsprachen von europäischen Herstellern von Fensterbeschlägen einschliesslich der für die Schweiz massgeblichen Beschlaghersteller, in welche die jeweiligen nationalen Vertriebsgesellschaften der Hersteller in den einzelnen Staaten der Europäischen Union (nachfolgend auch «EU») einbezogen waren. Die EU-Kommission sanktionierte neun Hersteller wegen dieser wettbewerbswidrigen Abreden mit einer Geldbusse von 86 Mio. Euro (EU-Kom, 28.3.2012, COMP/39452 - Beschläge für Fenster und Fenstertüren, Siegenia-Aubi KG, Roto AG u.a., ABl. 2012 C 292/6). Die Sanktionsverfügungen gegenüber den als Verfügungsadressaten in Anspruch genommenen einzelnen Unternehmen wurden rechtskräftig, weil von diesen keine Rechtsmittel ergriffen oder eingelegte Rechtsmittel zurückgezogen wurden.

**G.b** In den Jahren 2004 sowie 2006/2007 kam es auch zu Preiserhöhungen von Fensterbeschlägen in der Schweiz. Dabei erfolgte eine Vielzahl von Kontakten zwischen den Untersuchungsadressaten in der Schweiz.

**G.c** Für die Beurteilung des von der Beschwerdeführerin gemäss der angefochtenen Verfügung zu sanktionierenden Verhaltens sind die nachfolgend aufgeführten Ereignisse von massgeblicher Bedeutung.

**G.d** Zu Beginn des Jahres 2006 war eine neuerliche Preiserhöhung bei Fensterbeschlägen durch die Beschlaghersteller aufgrund der gestiegenen Rohstoffpreise absehbar. Daraufhin kam es im Laufe des Jahres 2006 zu verschiedenen Kontaktaufnahmen der schweizerischen Untersuchungsadressaten mit einem Austausch über die Ausgestaltung der Preiserhöhung.

**G.e** Im Rahmen einer solchen Kontaktaufnahme wurde Roto von Siegenia im August 2006 mitgeteilt, dass diese eine Preiserhöhung von 5% bis 6% auf den 1. September 2006 durchführen werde. Bereits vorgängig war durch Siegenia eine Preiserhöhung von 6% auf den 1. September 2006 gegenüber Koch angekündigt worden.

**G.f** Mit E-Mail vom 7. September 2006 lud Koch sämtliche Untersuchungsadressaten mit Ausnahme von Maco und GU zu einem Treffen ein. Unter dem Betreff «Ter-

minanfrage Umsetzung MTZ 2007» wurde u.a. ausgeführt: «Aufgrund der Preisentwicklung der Rohmaterialien Stahl, Zink und Alu sowie der gestiegenen Sozial- und Transportkosten werden alle Hersteller Preisaufschläge ankündigen. Bezüglich Umsetzung und Höhe sollten wir uns in der Schweiz abstimmen, um dem internationalen Preisniveau etwas näher zu kommen.»

**G.g** Mit E-Mail vom 8. September 2006 bestätigte Koch den Besprechungstermin vom 22. September 2006. Zudem wurde darüber informiert, «dass sich GU entschuldigen lässt, diese hätten ohnehin einen MTZ von 4,2% per 01.09.2006 umgesetzt».

**G.h** Am Treffen vom 22. September 2006 nahmen Koch, Roto, Siegenia, Winkhaus und SFS teil. Gegenstand der Besprechung bildete der Aspekt, ob eine Preiserhöhung für 2007 vorgenommen werden soll und falls ja, wie hoch diese Preiserhöhung ausfallen und zu welchem Zeitpunkt sie angekündigt und durchgeführt werden soll. Hierzu tauschten die Teilnehmer Informationen über Verkaufspreise, Marktsituation und ihre Vorstellungen und Absichten über Preiserhöhungen aus.

**G.i** Anlässlich der Besprechung verständigten sich Koch, Roto und Siegenia darüber, bis Ende Oktober 2006 eine Preiserhöhung in Form eines Materialteuerungszuschlags in Höhe von mindestens 5% zum 1. Februar 2007 anzukündigen. Von Seiten der Selbstanzeigerin Roto wurde der Inhalt dieser Verständigung folgendermassen angegeben: Roto um 5,8% zum 1. Februar 2007, Koch und Siegenia um 5,7% zum 1. Februar 2007 sowie Winkhaus um 6% bereits zum 1. Januar 2007. Von Seiten Koch wurde dementsprechend geltend gemacht, dass im Rahmen der Verständigung ihre angekündigte Preiserhöhung von 6% auf den 1. September 2006 in eine Preiserhöhung von 5,7% zum 1. Februar 2007 umgewandelt worden sei.

**G.j** Mit E-Mail vom 16. Oktober 2006 informierte Winkhaus die übrigen Teilnehmer der Besprechung, dass die Preiserhöhung in Höhe von 6% bis spätestens 1. Februar 2007 umgesetzt sei. Dabei wurde das betreffende Preiserhöhungsschreiben an die Kunden als Anlage beigefügt. Die E-Mail weist zudem die Aufforderung zum gegenseitigen Austausch der Preiserhöhungsschreiben auf. Bereits vorgängig hatte Winkhaus anlässlich eines Treffens am 29. September 2006 über die Umsetzung der Preiserhöhung um 6% auf den 1. Januar 2007 informiert.

**G.k** Die Ankündigung der Preiserhöhungen wurde durch Koch, Siegenia, Roto und Winkhaus wie vorgesehen bis Ende Oktober gegenüber den jeweiligen Kunden vorgenommen.

**G.l** Die Preiserhöhungsschreiben an die Kunden wurden von Koch, Siegenia, Roto und Winkhaus wechselseitig ausgetauscht.

**G.m** Die Preiserhöhungen wurden durch Koch, Roto, Siegenia und Winkhaus wie vorgesehen im Januar bzw. Februar vorgenommen.

**G.n** Die Anwendung des koordinierten Materialteuerungszuschlags durch die Abredeteiligen einschliesslich der Beschwerdeführerin erfolgte jedenfalls bis Juli 2007. Zu diesem Zeitpunkt waren aufgrund einer Selbst-



anzeige von Roto Hausdurchsuchungen bei verschiedenen Abredebeteiligten durch die Wettbewerbsbehörden durchgeführt worden. Im Nachgang hierzu erfolgte in unterschiedlicher Ausgestaltung auch eine gewisse Kooperation der Abredebeteiligten mit den Wettbewerbsbehörden.

**G.o** Der wesentliche Inhalt der Besprechung am 22. September 2006 wird durch verschiedene handschriftliche Notizen sowie Aktennotizen von Sitzungsteilnehmern belegt. Im Übrigen sind die Durchführung des Treffens einschliesslich der Teilnahme der angeführten Unternehmen, der Gegenstand der Besprechung einschliesslich des Austauschs von Informationen über die Preiserhöhungen sowie die vorgesehene Ankündigung der Preiserhöhungen und die Umsetzung der Preiserhöhungen unstrittig.

## H. Vorinstanzliches Verfahren

**H.a** Am 10. Juli 2007 ging beim Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend: Sekretariat) eine Selbstanzeige in Form einer schriftlichen Unternehmensklärung von Roto ein. Am 26. Juli 2007 hat das Sekretariat im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums der Wettbewerbskommission unter Vorbehalt von Art. 11 Abs. 1 SVKG den vollständigen Erlass der Sanktion gemäss Art. 8 Abs. 1 SVKG zu Gunsten von Roto bestätigt. Im weiteren Verlauf des Untersuchungsverfahrens hat Roto ergänzende Beweismittel und angefragte Informationen übermittelt.

**H.b** Gestützt auf diese Selbstanzeige eröffnete das Sekretariat am 16. Juli 2007 eine Untersuchung gemäss Art. 27 KG gegen die potentiellen Abredebeteiligten einschliesslich der Beschwerdeführerin als Verfügungsadressaten. Das Sekretariat gab die Eröffnung der Untersuchung mittels amtlicher Publikation im Schweizerischen Handelsamtsblatt vom 30. Juli 2007 (Nr. 145, S. 38) sowie im Bundesblatt vom 7. August 2007 (BBI 2007 6007) bekannt.

**H.c** Bei verschiedenen Untersuchungsadressaten wurden daraufhin Hausdurchsuchungen im Sinne von Art. 42 Abs. 2 KG durchgeführt. Im Rahmen der Hausdurchsuchungen wurde umfangreiches Aktenmaterial beschlagnahmt und dieses in Beschlagnahmungsprotokollen unter Angabe von Gegenstand, Fundort etc. dokumentiert. Die Server dieser Unternehmen wurden dabei gespiegelt.

**H.d** Nach vorgängig angekündigter voller Kooperationsbereitschaft hat SFS dem Sekretariat eine Meldung im Sinne von Art. 12 Abs. 3 SVKG samt Beilagen eingereicht.

**H.e** Ab dem 12. März 2008 wurden die Untersuchungsadressaten vom Sekretariat schriftlich befragt. Die schriftlichen Antworten gingen zwischen dem 26. März 2008 und dem 18. Januar 2010 ein. Des Weiteren wurden 55 Fensterverarbeiter, neun Zwischenhändler, zwei schweizerische Fachverbände sowie Dritte zur Abgabe von Auskünften aufgefordert. Sämtliche Antworten gingen zwischen dem 12. Februar 2009 und dem 22. Mai 2009 beim Sekretariat ein.

**H.f** Am 2. Oktober 2008 gab die Beschwerdeführerin beim Sekretariat eine Protokollerklärung ab, mit der sie

ihre volle Kooperationsbereitschaft zusicherte. Die entsprechende Bestätigung des Sekretariats erfolgte am 10. Oktober 2008. Im Rahmen ihrer Kooperation lieferte die Beschwerdeführerin am 18. Februar 2009 anlässlich einer Besprechung zusätzliche Informationen und reichte diese anschliessend in schriftlicher Form ein.

**H.g** Am 14. Juli 2010 übermittelte das Sekretariat sämtlichen Untersuchungsadressaten den Verfügungsantrag zur Stellungnahme. Die einzelnen Stellungnahmen hierzu wurden im Laufe des August 2010 eingereicht.

**H.h** Ebenfalls am 14. Juli 2010 versandte das Sekretariat einen Vorschlag einer einvernehmlichen Regelung an Roto, Siegenia, SFS, Koch und Winkhaus einschliesslich einer voraussichtlichen Sanktionsberechnung. Im August 2010 wurde zwischen dem Sekretariat sowie Roto, Siegenia und Winkhaus eine einvernehmliche Regelung abgeschlossen. Von Koch und SFS sowie von Maco wurde der Abschluss einer einvernehmlichen Regelung abgelehnt.

**H.i** Am 18. Oktober 2010 erliess die Wettbewerbskommission die angefochtene Verfügung mit folgendem Dispositiv:

«1. Es wird festgestellt, dass die von den Untersuchungsadressaten Roto Frank AG, Dietikon, Aug. Winkhaus GmbH & Co. KG, Telgte, Siegenia-Aubi AG, Uetendorf, Paul Koch AG, Wallisellen, und SFS unimarket AG, Heerbrugg, im Jahre 2006/2007 praktizierte/getroffene Wettbewerbsabrede betreffend Preiserhöhungen nach Massgabe von Art. 5 Abs. 1 i.V.m. Art. 5 Abs. 3 lit. a KG unzulässig ist.

2. Es wird festgestellt, dass die von den Untersuchungsadressaten Roto Frank AG, Dietikon, und Siegenia-Aubi AG, Uetendorf, praktizierte/getroffene Wettbewerbsabrede betreffend Preiserhöhungen im Jahre 2004 nach Massgabe von Art. 5 Abs. 1 i.V.m. Art. 5 Abs. 3 lit. a KG unzulässig ist.

3. Die zwischen dem Sekretariat der Wettbewerbskommission und den Untersuchungsadressaten Roto Frank AG, Aug. Winkhaus GmbH & Co. KG und Siegenia-Aubi AG abgeschlossenen einvernehmlichen Regelungen werden genehmigt im Sinne von Art. 29 Abs. 2 KG.

4. Die Untersuchung gegen Gretschi-Unitas AG, Rüdtilgen b. Kirchberg, und Mayer & Co. Beschläge GmbH, Salzburg, wird ohne Folgen eingestellt.

5. Die an den unzulässigen Wettbewerbsabreden beteiligten Untersuchungsadressaten werden für das unter Ziffer 1 und Ziffer 2 vorstehend beschriebene Verhalten gestützt auf Art. 49a KG mit folgenden Beträgen belastet:

Roto Frank AG	0 CHF
SFS unimarket AG	557'200 CHF
Siegenia-Aubi AG	3'876'465 CHF
Aug. Winkhaus GmbH & Co. KG	235'381 CHF
Paul Koch AG	2'957'817 CHF

6. Die Verfahrenskosten von insgesamt CHF 718'670 (bestehend aus einer Gebühr von CHF 715'670 und Auslagen von CHF 3'000) werden den Adressaten der Verfügung zu gleichen Teilen und unter solidarischer Haftung auferlegt. Da die Untersuchung gegen GU und Maco eingestellt wird, geht ihr Anteil zu Lasten der Staatskasse. Somit werden die verbleibenden Unternehmen wie folgt belastet:

Roto Frank AG	102'667 CHF
SFS unimarket AG	102'667 CHF
Siegenia-Aubi AG	102'667 CHF
Aug. Winkhaus GmbH & Co. KG	102'667 CHF
Paul Koch AG	102'667 CHF

7. [Rechtsmittelbelehrung]

8. [Eröffnung]»

### **I. Bundesverwaltungsgerichtliches Beschwerdeverfahren (B-8430/2010)**

**I.a** Die Verfügung der Wettbewerbskommission wurde von der Beschwerdeführerin mit Beschwerde vom 6. Dezember 2010 beim Bundesverwaltungsgericht mit den später modifizierten Anträgen (vgl. SV K.d, K.e) angefochten.

**I.b** Die Beschwerdeführerin beantragte, die angefochtene Verfügung sei sowohl aus formellen als auch aus materiellen Gründen vollumfänglich aufzuheben. Sie brachte dabei die Einwände vor, die von ihr auch im fortgeführten Verfahren weiterhin geltend gemacht werden.

**I.c** Die Vorinstanz liess sich am 28. Februar 2011 innert erstreckter Frist zur Beschwerde vernehmen und beantragte deren Abweisung unter Kostenfolge, soweit darauf einzutreten sei. Dabei stützt sie sich auf die Gründe, die sie in der angefochtenen Verfügung und im vorliegenden Verfahren vorgetragen hat

**I.d** Mit Replik vom 12. Mai 2011 und Duplik vom 11. Juli 2011 führten die Parteien ihre jeweiligen Standpunkte weiter aus, wobei sie an ihren Anträgen festhielten.

**I.e** Am 29. Mai 2012 fand eine Instruktionsverhandlung statt. Die schriftliche Beantwortung der anlässlich der Verhandlung gestellten Fragen erfolgte seitens der Vorinstanz am 16. Juli 2012 und seitens der Beschwerdeführerin am 27. Juli 2012. Die Parteien hielten dabei an ihren Anträgen fest.

**I.f** Am 23. September 2014 erliess das Bundesverwaltungsgericht ein Urteil (nachfolgend: Ausgangsurteil, zit. Baubeschlüsse-Koch-I) mit folgendem Dispositiv:

«1. Die Beschwerde wird gutgeheissen und es werden die Ziffern 1, 5 und 6 des Dispositivs der Verfügung vom 18. Oktober 2010 - soweit die Beschwerdeführerin betreffend - aufgehoben.

2. Der geleistete Kostenvorschuss von CHF 24'000.- wird der Beschwerdeführerin nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zurückerstattet.

3. Der Beschwerdeführerin wird für das Verfahren vor der Beschwerdeinstanz zu Lasten der Vorinstanz eine Parteientschädigung von CHF 60'000.- (inkl. Auslagen und MWST) zugesprochen.

4. Der Beschwerdeführerin wird für das Verfahren vor der Vorinstanz keine Parteientschädigung zugesprochen.»

### **J. Beschwerdeverfahren vor Bundesgericht (2C\_1017/2014)**

**J.a** Gegen das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts erhob das Eidgenössische Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung im Interesse der Wettbewerbskommission Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten beim Bundesgericht mit den Anträgen, das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts sei aufzuheben und es sei festzustellen, dass Koch an einer unzulässigen Abrede nach Art. 5 Abs. 3 i.V.m. Abs. 1 beteiligt sei, weshalb die Sache zur Festsetzung der Sanktion nach Art. 49a KG an das Bundesverwaltungsgericht zurückzuweisen sei; eventualiter sei das Urteil des Bundesver-

waltungsgerichts aufzuheben und die Sache an dieses zur Neuurteilung zurückzuweisen.

**J.b** Die Beschwerdeführerin beantragte als Beschwerdegegnerin die Beschwerde abzuweisen.

**J.c** Mit Urteil vom 9. Oktober 2017 erliess das Bundesgericht ein Urteil (nachfolgend: Rückweisungsurteil, zit. Baubeschlüsse-Koch-I) mit folgendem Dispositiv:

«1. Die Beschwerde wird gutgeheissen, das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-8430/2010 vom 23. September 2014 aufgehoben und die Sache zur Sachverhaltsabklärung und -feststellung sowie zu neuem Entscheid an die Vorinstanz zurückgewiesen.

2. Die Gerichtskosten von Fr. 20'000.-- trägt die Beschwerdegegnerin.

3. Dieses Urteil wird den Verfahrensbeteiligten und dem Bundesverwaltungsgericht, Abteilung II, schriftlich mitgeteilt.»

### **K. Fortführung des bundesverwaltungsgerichtlichen Beschwerdeverfahrens (B-5919/2017)**

**K.a** Nach Zustellung des bundesgerichtlichen Urteils wurde der bestehende Rechtsstreit im bundesverwaltungsgerichtlichen Verfahren unter dem neuen Aktenzeichen B-5919/2017 fortgeführt.

**K.b** Mit Verfügung vom 6. Juni 2018 wurden die Parteien aufgefordert, unter Berücksichtigung der neuesten Entwicklungen im Kartellrecht seit dem aufgehobenen Urteil des Bundesverwaltungsgerichts zu den bisherigen Vorbringen Stellung zu nehmen.

**K.c** Mit Schreiben vom 18. August 2018 hat die Beschwerdeführerin ihre Stellungnahme eingereicht.

**K.d** Die Beschwerdeführerin modifizierte dabei ihre bislang gestellten Anträge, indem sie einerseits ihren bisherigen Antrag auf eine Entschädigung für das vorinstanzliche Verfahren zurücknahm, weil diese Frage höchstrichterlich beurteilt worden sei, und sie andererseits einen Eventualantrag als neue Ziff. 3 hinzufügte:

«1. Es sei die Verfügung vom 18. Oktober 2010 vollumfänglich aufzuheben.

2. Es sei festzustellen, dass die Beschwerdeführerin durch ihr Verhalten nicht gegen das Kartellgesetz verstossen hat.

3. Eventualiter sei Koch für einen Verstoss gegen das Kartellgesetz nicht zu sanktionieren.

4. Subeventualiter seien die in der Verfügung vom 18. Oktober 2010 der Beschwerdeführerin auferlegte Sanktion sowie die auferlegten Kosten nach freiem Ermessen des Gerichts zu reduzieren.

5. Alles unter Verzicht auf Kostenfolge zu Lasten der Beschwerdeführerin und unter Entschädigungsfolgen zu Lasten der Vorinstanz.»

**K.e** Auch die prozessualen Anträge wurden durch die Beschwerdeführerin modifiziert, indem einerseits die bis dahin geltend gemachten Anträge zurückgenommen wurden und andererseits die folgenden neuen Anträge gestellt wurden:

«1. Für den Fall weiterer Sachverhaltsabklärungen/-feststellungen sei der Beschwerdeführerin Gelegenheit zur Stellungnahme zu deren Ergebnis zu gewähren.

2. Für den Fall einer Entscheidungspublikation sei der Beschwerdeführerin der zu publizierende Text vor dessen Veröffentlichung zur Prüfung auf allfällige Geschäftsgeheimnisse zuzustellen.»

**K.f** Die Beschwerdeführerin macht geltend, dass auch unter Berücksichtigung der neuesten Entwicklung der kartellrechtlichen Rechtsprechung des Bundesgerichts das durch die angefochtene Verfügung beanstandete Verhalten keine Wettbewerbsbeschränkung gemäss Kartellgesetz darstelle. Hierzu führt sie weiterhin die bereits vorgebrachten formellen und materiellen Einwände gegenüber der angefochtenen Verfügung auf. Zudem erhebt sie weitere formelle und materielle Einwände. Sämtliche Einwände werden nachfolgend im Rahmen der Erwägungen abgehandelt.

**K.g** Mit Schreiben vom 12. Oktober 2018 nahm die Wettbewerbskommission Stellung, wobei die bisherigen Positionen und Anträge beibehalten wurden.

## **L. Parallelverfahren in Sachen Siegenia**

**L.a** Im Parallelverfahren gegenüber Siegenia als Abredeteilte erging ebenfalls mit Datum vom heutigen Tage ein Urteil (BVGer, 12. Dezember 2023, B-5918/2017, Siegenia-Aubi AG gg. Weko, zit. Baubeschlüsse-Siegenia-II), auf das verwiesen wird, soweit dies als sachdienlich erscheint.

## **Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:**

### **I. Prozessvoraussetzungen**

1. Das Bundesverwaltungsgericht prüft gemäss Art. 7 Verwaltungsverfahrensgesetz vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021) mit freier Kognition, ob die Prozessvoraussetzungen erfüllt sind und ob und in welchem Umfang auf eine Beschwerde einzutreten ist (ständige Rechtsprechung seit BVGE 2007/6 E. 1).

2. Das Bundesverwaltungsgericht ist gemäss Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) zur Beurteilung von Beschwerden der betroffenen Unternehmen gegen Verfügungen der Wettbewerbskommission, mit der die Feststellung und Ahndung der Wettbewerbswidrigkeit eines von ihnen ausgeübten wirtschaftlichen Verhaltens vorgenommen wird, zuständig (BVGer, 14.9.2015, B-7633/2009, Swisscom AG u.a. gg. Weko, zit. *ADSL II*, E. 2 ff.; BVGer, 18.12.2018, B-831/2011, Six Group AG u.a. gg. Weko, zit. *DCC*, E. 2 ff.).

3. Die Beschwerdefähigkeit der Beschwerdeführerin als im Handelsregister eingetragene Aktiengesellschaft ist gemäss Art. 6 VwVG gegeben.

4. Die Beschwerdelegitimation der Beschwerdeführerin ist gemäss Art. 48 Abs. 1 VwVG gegeben, da sie am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen hat und als Verfügungsadressatin von der angefochtenen Verfügung besonders berührt wird, weshalb sie auch ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung aufweist.

5. Auch wenn in einzelnen Rechtsschriften der Parteien auf weitere Gruppengesellschaften der Koch-Gruppe verwiesen wurde, wird ungeachtet des massgeblichen Kartellrechtssubjekts schon mangels eines entsprechenden Parteienantrags auf deren Beiziehung zum Verfahren verzichtet, unabhängig davon, ob die Beschwer-

delegitimation dieser Gruppengesellschaften überhaupt gegeben wäre.

6. Die formalen Anforderungen an eine Beschwerde hinsichtlich Beschwerdefrist gemäss Art. 50 VwVG, Form und Inhalt gemäss Art. 52 VwVG, ordnungsgemässe Vertretung gemäss Art. 11 Abs. 2 VwVG sowie die fristgerechte Einzahlung des angeforderten Kostenvorschusses gemäss Art. 63 Abs. 4 VwVG sind erfüllt.

7. Da alle Prozessvoraussetzungen vorliegen, ist auf die Beschwerde einzutreten.

### **II. Geltungs- und Anwendungsbereich des Kartellgesetzes**

8. Die angefochtene Verfügung hat den Abschluss einer Wettbewerbsabrede durch verschiedene Unternehmen und damit ein Verhalten gemäss Art. 2 Abs. 1 KG zum Gegenstand. Bei der Koch-Gruppe handelt es sich um einen Konzern und damit um ein Unternehmen gemäss Art. 2 Abs. 1bis KG, weil bei einem Konzern die gesamte Unternehmensgruppe und nicht einzelne Konzerngesellschaften das massgebliche Kartellrechtssubjekt bilden (BGer, 29.6.2012, 2C 484/2010, Publigroupe SA u.a. gg. Weko, publ. in BGÉ 139 I 72, zit. *Publigroupe*, E. 3; ausführlich BVGer, B-7633/2009, *ADSL II*, E. 26 ff., 29; BVGer, B-831/2011, *DCC*, E. 39 ff., 48). Die Beschwerdeführerin stellt die Repräsentantin des massgeblichen Kartellrechtssubjekts dar, die als Verfügungsadressatin und damit als Partei im Rechtsmittelverfahren beteiligt werden kann.

9. Ein Vorbehalt zugunsten anderer Vorschriften gemäss Art. 3 KG ist nicht ersichtlich. Das festgestellte Verhalten erfolgte zwischen den Jahren 2006 und 2007 und wird daher gemäss Art. 62 f. KG von der zeitlichen Geltung der Sanktionsvorschrift des Art. 49a KG erfasst.

10. Der Geltungs- und der Anwendungsbereich des Kartellgesetzes sind daher gegeben. Dies wird von der Beschwerdeführerin nicht bestritten.

### **III. Rechtmässigkeit des bundesverwaltungsgerichtlichen Verfahrens**

11. Die Beschwerdeführerin weist auf verschiedene formale Aspekte im Hinblick auf die Fortführung des Beschwerdeverfahrens vor dem Bundesverwaltungsgericht hin. Danach würden sich aus dem Rückweisungs Urteil des Bundesgerichts (vgl. SV J), mit dem das Ausgangsurteil des Bundesverwaltungsgerichts (vgl. SV I) aufgehoben wurde, verschiedene Einschränkungen im Hinblick auf den Gegenstand und den Inhalt des neu zu erlassenden Urteils durch das Bundesverwaltungsgericht ergeben. Zudem werden ergänzend formelle Anforderungen an den Erlass des Urteils durch das Bundesverwaltungsgericht von Seiten der Beschwerdeführerin gestellt.

#### **1) Ausschluss der Feststellung einer Preisabrede**

12. Die Beschwerdeführerin macht zunächst geltend, es sei ausgeschlossen, dass das Bundesverwaltungsgericht das Vorliegen einer unzulässigen horizontalen Preisabrede aufgrund des bislang festgestellten Sachverhalts feststellen und bejahen könne, weshalb ohne weitere zusätzliche Sachverhaltsabklärungen von Seiten des Gerichts oder der Wettbewerbskommission ein un-

zulässiges Verhalten der Beschwerdeführerin nicht feststellbar sei. Eine weitere zweckdienliche Sachverhaltsaufklärung scheidet angesichts der langen Verfahrensdauer - nachdem zwei Instanzen umfangreiche Untersuchungsmaßnahmen getroffen hätten und der festgestellte Sachverhalt von drei Instanzen rechtlich gewürdigt worden sei - allerdings wohl aus.

(1) *Vorbringen der Beschwerdeführerin*

13. Die Beschwerdeführerin erhebt den Einwand, der Ausschluss der Feststellung einer Preisabrede ergäbe sich zwingend aus dem Entscheid des Bundesgerichts, die Angelegenheit wieder an das Bundesverwaltungsgericht zurückzuweisen.

14. Denn zur Feststellung des Vorliegens einer unzulässigen horizontalen Preisabrede hätte das Bundesgericht vor dem Hintergrund seiner umfassenden Kognition in rechtlicher Hinsicht selber gelangen müssen. Indem das Bundesgericht gestützt auf die Sachverhaltsfeststellungen des Bundesverwaltungsgerichts nicht auf das Bestehen einer Vereinbarung schliesse, sondern lediglich auf Anhaltspunkte hinweise und die Sache zur weiteren Sachverhaltsabklärung an das Bundesverwaltungsgericht zurückverweise, habe das Bundesgericht den durch das Bundesverwaltungsgericht festgestellten Sachverhalt aber - für das Bundesverwaltungsgericht verbindlich - rechtlich gewürdigt und es sei in Übereinstimmung mit dem Bundesverwaltungsgericht zum Schluss gelangt, dass aufgrund des festgestellten Sachverhalts zwar Anhaltspunkte für eine horizontale Preisabrede in Form einer Vereinbarung oder einer abgestimmten Verhaltensweise bestünden, der entsprechende Nachweis hierfür aber nicht erbracht sei.

15. Selbst wenn sich für das Bundesgericht aus dem festgestellten Sachverhalt lediglich das Vorliegen einer Vereinbarung ergeben hätte, nicht aber auch deren Qualifikation als unzulässige Preisabrede i.S.v. Art. 5 Abs. 1 i.V.m. Art. 5 Abs. 3 lit. a KG, hätte das Bundesgericht nicht nur von Anhaltspunkten für eine Vereinbarung gesprochen, sondern deren Bestehen verbindlich festgestellt und die Sache lediglich mit Bezug auf die Qualifizierung der Vereinbarung unter Art. 5 KG zur weiteren Sachverhaltsabklärung und anschliessenden rechtlichen Würdigung an das Bundesverwaltungsgericht zurückgewiesen.

16. Andernfalls müsste sich das Bundesgericht denselben Vorwurf gefallen lassen, den es gegenüber dem Bundesverwaltungsgericht zu erheben scheint, dass es nämlich seine Kognition in rechtlicher Hinsicht selber nicht umfassend ausgeübt hätte.

17. Dieser Umstand sei auch durch den Entscheid des Bundesgerichts in Sachen *Altimum* bestätigt worden. Dort sei das Bundesgericht gestützt auf die Sachverhaltsfeststellungen des Bundesverwaltungsgerichts zum Schluss gekommen, dass bei allen Händlern eine vertikale Preisabrede bestanden habe und nicht nur in Bezug auf gewisse Händler, wie vom Bundesverwaltungsgericht angenommen. Auch bei dieser Feststellung handle es sich um eine rechtliche Würdigung des Sachverhalts durch das Bundesgericht, welche von derjenigen des Bundesverwaltungsgerichts abweichen würde. Der bislang erstellte Sachverhalt würde daher die Feststellung

einer Preisabrede nicht zulassen, selbst wenn das Bundesgericht wie in Sachen *Altimum* an die Grenzen seiner Kognitionsbefugnis gegangen wäre.

(2) *Vorbringen der Vorinstanz*

18. Die Vorinstanz hält die von der Beschwerdeführerin vorgetragene Einwände aus sachlichen Gründen für unzutreffend.

(3) *Würdigung durch das Gericht*

19. Im Hinblick auf die inhaltlichen Wirkungen, die sich aus dem Rückweisungs Urteil des Bundesgerichts für das vom Bundesverwaltungsgericht zu fällende Urteil ergeben, sind die folgenden Aspekte zu berücksichtigen.

20. Das Bundesgericht hält in seinem Rückweisungs Urteil ausdrücklich fest, dass der rechtsrelevante Sachverhalt durch das vorgängige Urteil des Bundesverwaltungsgerichts nicht in abschliessender Weise festgestellt worden sei (E. 2.2 a.E).

21. In diesem Zusammenhang weist es zunächst darauf hin, dass das Bundesverwaltungsgericht angesichts seiner vollen Kognition in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht die für das Verfahren fehlenden rechtserheblichen Tatsachen grundsätzlich selbst zu ermitteln und alle damit zusammenhängenden notwendigen Beweise zu erheben habe (E. 2.2). Da keine Hinderungsgründe für die Beweisbeschaffung und das Schliessen allfälliger Beweislücken ersichtlich seien, könne der vom Bundesverwaltungsgericht angewendete Grundsatz in dubio pro reo jedenfalls keine Berücksichtigung finden (E. 2.2). Zudem habe sich das Bundesverwaltungsgericht mit dem von der Wettbewerbskommission bejahten Vorliegen eines abgestimmten Verhaltens gar nicht näher auseinandergesetzt (E. 2.2). Darüber hinaus würde ein angebliches Preisdiktat der Hersteller weder eine Vereinbarung noch ein abgestimmtes Verhalten ausschliessen, weshalb auch aus dieser Differenzierung kein Nachweisproblem folge (E. 3.2).

22. Das Bundesgericht nimmt im Rahmen seiner Entscheidung keinerlei eigene Sachverhaltsfeststellungen vor. Da das Bundesgericht gemäss Art. 105 Abs. 1 BGG an die Feststellungen des Bundesverwaltungsgerichts als Vorinstanz zum Sachverhalt gebunden ist, könnte es auch nicht ohne Weiteres an die unter Umständen inhaltlich anders gelagerten Sachverhaltsfeststellungen der Wettbewerbskommission als verfügende Behörde anknüpfen.

23. Dementsprechend erfolgt die Rückweisung an das Bundesverwaltungsgericht durch das Bundesgericht im Rückweisungs Urteil ausdrücklich «zu erneutem Entscheid mit offenem Ausgang» (E. 4).

24. Darüber hinaus hat das Bundesgericht im Rückweisungs Urteil ebenfalls ausdrücklich festgestellt, dass das Bundesverwaltungsgericht bei seiner ursprünglichen rechtlichen Beurteilung materiell-rechtlich von unzutreffenden Prämissen ausgegangen sei (E. 2.2). Das Bundesgericht verweist in seinen Klarstellungen hierzu auf seine neuere Rechtsprechung in Sachen *Gaba* (BGer, 28.6.2016, 2C\_180/2014, Colgate-Palmolive Europe Sàrl [ehemals Gaba International AG] gg. Weko, publ. BGE 143 II 297, zit. *Gaba*, E. 5.1-5.3, 5.6), die zwar erst nach Erlass des aufgehobenen Urteils ergangen war,

wodurch sich aber abweichende Bewertungen im Hinblick auf Wettbewerbsabreden ergeben würden (E. 3.1).

25. Aufgrund dieser Erwägungen können aus dem Urteil des Bundesgerichts weder in Bezug auf eine Feststellung und Beurteilung des Sachverhalts noch hinsichtlich der rechtlichen Beurteilung einer Preisabrede allfällige inhaltliche Einschränkungen im Rahmen eines neuen Urteils durch das Bundesverwaltungsgericht abgeleitet werden. Vielmehr ist aufgrund der rechtlichen Hinweise des Bundesgerichts davon auszugehen, dass die Neubeurteilung unter Berücksichtigung der durch das Bundesgericht zwischenzeitlich konkretisierten Rechtsprechung zu Wettbewerbsabreden zu erfolgen hat und dass die bisherige Beurteilung im Ausgangsurteil dieser neuen Ausrichtung offensichtlich nicht mehr entspricht. Insbesondere ergibt sich aus dem ausdrücklichen Hinweis, wonach ein angebliches Preisdiktat der Hersteller entgegen der im Ausgangsurteil vertretenen Auffassung des Bundesverwaltungsgerichts weder eine Vereinbarung noch ein abgestimmtes Verhalten ausschliessen würden, dass das Bundesgericht offensichtlich eine andere rechtliche Würdigung des bislang bereits erhobenen und bekannten Sachverhalts vornimmt. Entgegen der Behauptung der Beschwerdeführerin kann den Feststellungen des Bundesgerichts demzufolge aufgrund einer objektiven Würdigung gerade nicht entnommen werden, dass aufgrund des bekannten Sachverhalts der Nachweis einer Wettbewerbsabrede nicht erbracht werden könne.

26. Demzufolge hat das Bundesverwaltungsgericht im fortzuführenden Verfahren die angefochtene Verfügung aufgrund der Beschwerde der Beschwerdeführerin vollumfänglich und ohne jegliche Einschränkung, allerdings unter Berücksichtigung der vom Bundesgericht vorgegebenen Einschätzung hinsichtlich des Preisdiktats der Hersteller, zu überprüfen.

27. Hierfür wäre eine neue Sachverhaltsfeststellung durch das Bundesverwaltungsgericht nur insoweit vorzunehmen, als sich eine erneute rechtliche Beurteilung im Sinne der neuen bundesgerichtlichen Rechtsprechung nicht auf die bisherigen Feststellungen zum Sachverhalt abstützen liesse.

28. Allerdings kann aufgrund der neuen bundesgerichtlichen Rechtsprechung in den Sachen *Gaba* (BGE 143 II 297) sowie auch *Hors-Liste-Pfizer-II* (BGer, 4.2.2021, 2C\_149/2018, Eidg. Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung gg. Pfizer AG, publ. BGE 147 II 72, zit. *Hors-Liste-Pfizer-II*), mit der eine entscheidende Konkretisierung und Ausweitung der rechtlichen Qualifizierung von Wettbewerbsabreden gegenüber der früheren Wettbewerbspraxis vorgenommen wurde, die rechtliche Beurteilung der vorliegenden Angelegenheit ohne Weiteres anhand der bisherigen Vorbringen der Abredeteiligen durchgeführt werden. Dies wird nachfolgend im Rahmen der Anwendung der einzelnen Tatbestandsmerkmale des Art. 5 KG dargelegt. Aus diesem Grund sind auch keine neuen Sachverhaltsfeststellungen durch das Bundesverwaltungsgericht erforderlich.

29. Der Einwand der Beschwerdeführerin (vgl. E. 13-16) erweist sich angesichts der eindeutigen Feststellungen des Bundesgerichts als konstruiert und daher unbeachtlich. Insbesondere entbehren die Ausführungen, wonach

das Bundesgericht im Rückweisungsurteil den Nachweis einer Vereinbarung oder einer abgestimmten Verhaltensweise aufgrund des bekannten Sachverhalts ausgeschlossen habe, jeglicher sachlichen Grundlage.

30. Dies gilt entgegen dem Einwand der Beschwerdeführerin (vgl. E. 17) auch unter Berücksichtigung des bundesgerichtlichen Urteils in Sachen *Altimum* (BGer, 18.5.2018, 2C\_101/2016, Eidg. Departement der Wirtschaft, Bildung und Forschung gg. Altimum SA, publ. BGE 144 II 246, Pra 2019, Nr. 53, 536, zit. *Altimum*). Denn aus diesem Urteil lassen sich keine Einschränkungen im Hinblick auf die im Rückweisungsurteil für den vorliegenden Sachverhalt ausdrücklich getroffenen Feststellungen ableiten.

## 2) Ausschluss einer Sanktionierung

31. Mit ihrem Antrag Nr. 3 macht die Beschwerdeführerin eventualiter geltend, dass sie für einen allenfalls durch das Bundesverwaltungsgericht festgestellten Verstoss gegen das Kartellgesetz durch die Koch-Gruppe nicht mehr sanktioniert werden könnte.

### (1) Vorbringen der Beschwerdeführerin

32. Den Antrag begründet die Beschwerdeführerin unter Hinweis auf das Urteil des Bundesgerichts in Sachen *Altimum* mit den folgenden Ausführungen.

33. Gemäss Bundesgericht in Sachen *Altimum* könne sich eine Partei im Beschwerdeverfahren nicht darauf beschränken, die Aufhebung des angefochtenen Urteils zu verlangen, weil es sich bei der Beschwerde gemäss Art. 107 Abs. 2 BGG um ein reformatorisches Verfahren handle. Vielmehr müsse sie auch einen Antrag in der Sache stellen. Soweit Geldforderungen den Gegenstand der Beschwerde bilden würden, müssten diese - «sous peine d'irrevocabilité» - im Rahmen eines bezifferten Begehrens beantragt werden.

34. Da das zuständige Departement für den Fall der Aufhebung des Urteils nur eine Rückweisung an das Bundesverwaltungsgericht zur Festsetzung der Sanktion beantragt, aber keinen bezifferten Sanktionsbetrag in seinen Anträgen vor Bundesgericht bezeichnet habe, würde nur ein unsubstantiiertes Antrag vorliegen. Dabei würde es sich in Bezug auf eine Sanktionierung der Beschwerdeführerin nicht um ein zulässiges Begehren im Sinne von Art. 107 Abs. 1 BGG handeln. Da ein entsprechender Antrag nicht gestellt worden sei, hätte das Bundesgericht auf die Verhängung einer Sanktion verzichten müssen.

35. Das Fehlen eines solchen Begehrens spiele auch im Rahmen des vorliegenden Verfahrens vor dem Bundesverwaltungsgericht eine Rolle. Denn auch im Beschwerdeverfahren vor dem Bundesgericht habe das zuständige Departement nur einen Rückweisungsantrag und keinen bezifferten Antrag auf Sanktionierung gestellt. Nach Ansicht der Beschwerdeführerin habe das zuständige Departement mit seinen Rügen im bundesgerichtlichen Beschwerdeverfahren den Verfahrensgegenstand damit auch für das fortzuführende Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht festgelegt.

36. Das Bundesverwaltungsgericht sei an die Erwägungen des Bundesgerichts gebunden und könne nicht das in Frage stellen, was das Bundesgericht ausdrücklich

oder stillschweigend anerkannt habe. Der von einer Rückweisung erfasste Streitpunkt dürfe entsprechend BGE 135 III 334 E. 2.2.1 zudem weder ausgeweitet noch auf eine neue Grundlage gestellt werden. Dasselbe gelte für diejenigen Elemente, welche von der Beschwerde führenden Partei im Rahmen ihrer Beschwerde nicht gerügt worden sei. Auch diese dürften nicht Gegenstand des Rückweisungsverfahrens bilden.

37. Dass es sich in Sachen Altimum um ein reformatorisches und kein kassatorisches Urteil gehandelt habe, sei nicht relevant, weil dieser Umstand keine Auswirkung auf die Frage des Streitgegenstands habe. Denn dieser bestimme sich gemäss Art. 107 Abs. 1 BGG allein durch die Begehren der Beschwerde führenden Partei.

38. Dem Bundesverwaltungsgericht sei es im Ergebnis deshalb verwehrt, eine Sanktion auszusprechen. Ansonsten würde es den vom Bundesgericht gestützt auf die Beschwerde des zuständigen Departements festgelegten Streitgegenstand erweitern.

39. Ein anderes Ergebnis wäre stossend, weil der einzige Unterschied zwischen den beiden Verfahren darin bestünde, dass das Bundesgericht im Verfahren Altimum in der Sache selbst entschieden habe, weil es den Nachweis für ein sanktionsbedrohtes Verhalten als erbracht erachtet habe, während es sich im vorliegenden Fall für eine Rückweisung entschieden habe, weil der Nachweis bislang nicht habe erbracht werden können. Dies würde - vereinfacht ausgedrückt - dazu führen, dass trotz desselben Antrags im Fall eines klaren Kartellrechtsverstosses keine, in einem weniger klaren Fall hingegen eine Geldbusse verhängt werden würde.

### (2) Vorbringen der Vorinstanz

40. Die Vorinstanz hält die von der Beschwerdeführerin vorgetragene Ausführungen für unzutreffend.

### (3) Würdigung durch das Gericht

41. Mit dem Rückweisungs Urteil hat das Bundesgericht offensichtlich dem Begehren des zuständigen Departements als Beschwerdeführerin im bundesgerichtlichen Verfahren entsprochen. Dabei erfolgt die Rückweisung an das Bundesverwaltungsgericht durch das Bundesgericht ausdrücklich «zu erneutem Entscheid mit offenem Ausgang» (E. 4). Demzufolge hat das Bundesverwaltungsgericht, wie bereits vorstehend dargelegt, im fortzuführenden Verfahren die angefochtene Verfügung aufgrund der Beschwerde der Beschwerdeführerin vollumfänglich und ohne jegliche Einschränkung unter Berücksichtigung der zwischenzeitlich geänderten Rechtsprechung des Bundesgerichts zu überprüfen. Dies gilt insbesondere auch für die Sanktionierung eines allfällig festzustellenden wettbewerbswidrigen Verhaltens der Koch-Gruppe.

42. Demgegenüber ist die von der Beschwerdeführerin geltend gemachte Einschränkung des Streitgegenstands im Hinblick auf die Beurteilung der Sanktionierung im fortzuführenden Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht wegen des Fehlens eines bezifferten Antrags des zuständigen Departements im bundesgerichtlichen Beschwerdeverfahren aus mehreren Gründen unzutreffend (im Ergebnis nunmehr ebenso BGE 147 II 72, *Hors-Liste-Pfizer-II*, E. 8.1, allerdings unter Verweis auf den

ausdrücklichen Antrag der Beschwerde führenden Departements, die Entscheidung der Wettbewerbskommission und damit die vorgesehene Sanktionierung zu bestätigen).

### (a) Rechtslage nach Rückweisung

43. Dies ergibt sich zum einen ohne Weiteres aus der Rechtslage nach der Rückweisung einer Rechtssache an das Bundesverwaltungsgericht.

44. Denn es bedarf keiner zusätzlichen ausdrücklichen Aufnahme der im vorinstanzlichen Verfahren gestellten Anträge in eine Beschwerde an das Bundesgericht, mit der die vollständige Aufhebung eines vorinstanzlichen Urteils des Bundesverwaltungsgerichts beantragt wird, damit diese Anträge im angestrebten Falle einer Rückweisung durch das Bundesgericht vom Bundesverwaltungsgericht zu berücksichtigen sind.

45. Das umfassende Begehren auf vollständige Aufhebung eines vorinstanzlichen Urteils und auf Rückweisung zur neuerlichen Beurteilung an das Bundesverwaltungsgericht im Beschwerdeverfahren vor Bundesgericht enthält notwendigerweise zugleich auch den Antrag auf Wiederherstellung des Verfahrensstands vor Erlass des vorinstanzlichen Urteils. Dabei handelt es sich offensichtlich um den Inhalt und im Falle des Obsiegens um das Ergebnis des umfassenden Aufhebungs- und Rückweisungsantrags eines Beschwerdeführers. Denn im Falle der vollständigen Aufhebung des vorinstanzlichen Urteils durch das Bundesgericht wird das bisherige Verfahren durch das Bundesverwaltungsgericht fortgeführt, als ob das aufgehobene Urteil nie erlassen worden wäre. Dabei wird nicht ein völlig neues Verfahren eröffnet, das nochmals von vorne begonnen werden müsste, auch wenn das fortgeführte Verfahren formal ein neues Aktenzeichen mit aktueller Jahresangabe erhält. Dies wird dadurch belegt, dass die bisherigen Verhandlungen von Seiten des Gerichts und der Parteien erhalten bleiben und nicht wiederholt werden müssen. Die regelmässig vom Bundesverwaltungsgericht bei Fortführung des Verfahrens vorgenommene Instruktion, wonach die Parteien mitzuteilen haben, ob und inwieweit sie an ihren bisherigen Anträgen festhalten, bildet keine Voraussetzung für die Wirksamkeit der bisherigen Anträge, sondern gibt ihnen lediglich die Möglichkeit, ihre bisherigen Parteivorbringen unter Berücksichtigung der vom Bundesgericht festgestellten Rechtsaussagen anzupassen. Bei einer Aufhebung des vorinstanzlichen Urteils wird daher der Verfahrensstand vor Erlass des Urteils vollumfänglich wieder hergestellt. Damit behalten auch die im bisherigen vorinstanzlichen Verfahren gestellten Anträge der Parteien ohne Weiteres ihre volle Wirksamkeit.

46. Im Übrigen ist zudem davon auszugehen, dass die im vorinstanzlichen Verfahren gestellten Anträge als Bestandteil des Verfahrensstands vor Erlass des vorinstanzlichen Urteils implizit im Begehren auf Aufhebung- und Rückweisung enthalten sind, weshalb sie keiner ausdrücklichen Erwähnung bedürfen. Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin lässt sich insbesondere nicht konstruieren, dass sämtliche im erstinstanzlichen Verfahren gestellten Anträge streng vom Begehren auf vollständige Aufhebung des vorinstanzlichen Urteils und Rückweisung zur Entscheidung an das Bundesver-

waltungsgericht abzugrenzen wären, weil es sich hierbei um jeweils völlig unterschiedliche Sachpunkte handeln würde.

47. Ausnahmen von dieser grundsätzlichen Ausgangslage bestehen nur in den Fällen, in denen ein Beschwerdeführer selbst im Rahmen der Beschwerde entweder (i) nur eine teilweise Aufhebung des Urteils geltend macht, oder (ii) eine spezifische Wiederherstellung des Verfahrensstands vor Erlass des vorinstanzlichen Urteils verlangt. So kann eine Beschwerde z.B. von vornherein nur auf die Festsetzung einer bestimmten Sanktion ausgerichtet sein, oder z.B. aufgrund der jeweils geltend gemachten Rechtsverletzung gerade auf die Wiederholung des gesamten vorinstanzlichen Verfahrens abzielen. In derartigen Fällen kann die Stellung eines bestimmten zusätzlichen Antrags erforderlich sein. Dies ist vorliegend nicht der Fall und bedarf deshalb im hier massgeblichen Zusammenhang keiner allgemeinen Beantwortung.

48. Denn im vorliegenden Sachverhalt ergibt sich ohne Weiteres, dass der Antrag des zuständigen Departements im Beschwerdeverfahren vor Bundesgericht auf vollständige Aufhebung des vorinstanzlichen Urteils und auf Rückweisung an das Bundesverwaltungsgericht die Herstellung des Verfahrensstands einschliesslich des in der angefochtenen Verfügung statuierten und im bundesverwaltungsgerichtlichen Beschwerdeverfahren gestellten Antrags auf Sanktionierung der Koch-Gruppe durch die Abweisung von deren Beschwerde umfasst hat.

#### (b) Anforderungen an eine Beschwerde

49. Zum anderen kann die Stellung der im vorinstanzlichen Verfahren bereits gestellten Anträge im Beschwerdeverfahren vor Bundesgericht, das auf die Prüfung von durch die Vorinstanz beurteilten Rechtsfragen beschränkt ist, nicht den Inhalt und den Umfang des Streitgegenstands im Falle einer Rückweisung durch das Bundesgericht präjudizieren. Denn dies würde den formalen und materiellen Anforderungen an eine zulässige Beschwerde an das Bundesgericht widersprechen.

50. Eine solche Beschwerde ist gemäss Art. 95 f. BGG auf die Geltendmachung einer Rechtsverletzung durch die Vorinstanz(en) beschränkt. Gemäss Art. 42 BGG hat der Beschwerdeführer dabei seine Begehren sowie deren Begründung und die Angabe allfälliger Beweismittel in seiner Beschwerdeschrift anzugeben. Mit der Begründung ist darzulegen, inwiefern der angefochtene Akt das Recht verletzt. Ohne Eingabe einer entsprechenden Begründung ist ein Antrag von vornherein als unzureichend und dementsprechend als unbeachtlich zu qualifizieren. Demzufolge ist eine Beschwerde an das Bundesgericht auf die Geltendmachung von Rechtsverletzungen beschränkt.

51. Daher ist es bereits aus formalen Gründen ausgeschlossen, dass ein Beschwerdeführer quasi vorbeugend und der Vollständigkeit halber die im vorinstanzlichen Verfahren gestellten Anträge zusätzlich zu einem Antrag auf vollständige Aufhebung des vorinstanzlichen Urteils und auf Rückweisung an die Vorinstanz zur Neuentscheidung stellt. Denn andernfalls müssten zum einen auch Anträge im Hinblick auf sonstige Aspekte ge-

stellt werden, bei denen gar keine Rechtsverletzung seitens der Vorinstanz geltend gemacht wird. Zudem müssten derartige Anträge auch noch begründet werden, um deren Berücksichtigung überhaupt sicherstellen zu können. Dies würde letztlich dazu führen, dass ein Beschwerdeführer sämtliche Vorbringen des vorinstanzlichen Verfahrens auch in das Beschwerdeverfahren einbringen müsste, um eine ordnungsgemässe Beschwerde zu gewährleisten. Dies steht in einem offensichtlichen Widerspruch zur Anforderung der ausschliesslichen Geltendmachung von Rechtsverletzungen.

52. Darüber hinaus ergibt sich auch aus dem verfassungsrechtlichen Grundsatz der Prozessökonomie, wonach die Behörden und Gerichte ein effektives, d.h. ein möglichst zeitnahes und ressourcenschonendes Verwaltungs- und Gerichtsverfahren zu gewährleisten haben (BVGer, B-7633/2009, *ADSL II*, E. 71 m.w.N.), dass in einem Beschwerdeverfahren vor dem Bundesgericht nicht alle Parteivorbringen des vorinstanzlichen Verfahrens mit uneingeschränkter Kognition zu überprüfen sind.

53. Überdies ist im Hinblick auf die massgebliche Sachverhaltskonstellation darauf hinzuweisen, dass bereits die Wettbewerbskommission im bundesverwaltungsgerichtlichen Verfahren nicht notwendigerweise einen bezifferten Antrag auf Festsetzung einer bestimmten Sanktionierung zu stellen hat. Vielmehr ist es regelmässig ausreichend, dass sie nur einen allgemeinen Antrag auf Abweisung der Beschwerde des jeweiligen Verfügungsadressaten stellt, um damit die Rechtswirksamkeit der angefochtenen Verfügung einschliesslich des darin bezifferten Sanktionsbetrags herzustellen. Dies gilt im Übrigen auch für die Festsetzung aller sonstigen Massnahmen in der angefochtenen Verfügung. Daher wird mit dem Begehren auf vollständige Aufhebung des vorinstanzlichen Urteils und auf Rückweisung an das Bundesverwaltungsgericht zugleich auch das Begehren auf Abweisung der vorinstanzlichen Beschwerde des Verfügungsadressaten geltend gemacht, das im Falle des Obsiegens im bundesgerichtlichen Verfahren im fortgeführten Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht weiter verfolgt wird. Es ist bereits deshalb nicht ersichtlich, warum sich aus der Erhebung einer Beschwerde an das Bundesgericht auf vollständige Aufhebung des vorinstanzlichen Urteils eine Änderung des Begehrens im bundesverwaltungsgerichtlichen Verfahren ergeben sollte und das Departement zu Händen der Wettbewerbskommission daher in seiner Beschwerde an das Bundesgericht zwingend spezifizierte Anträge aufzunehmen hätte.

54. Dies gilt entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin (vgl. E. 37) auch ungeachtet des Vorgehens des Bundesgerichts in Sachen *Altimum* (BGE 144 II 246, *Altimum*, E. 8.1). Denn das Bundesgericht hat dort kein Rückweisungsurteil erlassen, sondern gemäss Art. 107 Abs. 2 BGG selbst ein Urteil in der Sache gefällt. Für den Fall einer Rückweisung sind deshalb ausschliesslich die vorstehend dargelegten Aspekte massgebend.

#### (c) Berücksichtigung des Urteils in Sachen *Altimum*

55. Darüber hinaus ist die von der Beschwerdeführerin für das vorliegende Verfahren konstruierte Analogie zum

Verfahren in Sachen Altimum (BGE 144 II 246) sachlich nicht begründet.

56. Wenn das Bundesgericht eine Beschwerde gutheisst und gemäss Art. 107 Abs. 2 BGG trotz des Rückweisantrags eines Beschwerdeführers einen eigenen Entscheid in der Sache fällt, berücksichtigt es dabei sowohl die von den Parteien vorgenommenen Verfahrenshandlungen als auch die materielle Beurteilung der Angelegenheit. Dabei darf das Bundesgericht gemäss Art. 107 Abs. 1 BGG nicht über die Begehren einer Partei hinausgehen.

57. Dies bedeutet, dass das Bundesgericht einen Entscheid in der Sache nur dann fällen kann, wenn dieser ohne Rückweisung an das Bundesverwaltungsgericht und damit ohne Berücksichtigung des Verfahrensstands vor Erlass des aufgehobenen Urteils formal und materiell getroffen werden kann und der jeweilige Sachentscheid auch bei diesem Vorgehen durch das Begehren des jeweiligen Beschwerdeführers abgedeckt ist. Soweit ein allfälliger Sachentscheid hingegen nicht durch das Begehren eines Beschwerdeführers abgedeckt wäre, müsste das Bundesgericht auf einen entsprechenden Sachentscheid verzichten und die Sache zwingend an das Bundesverwaltungsgericht zurückweisen, weil es nicht über das Begehren eines Beschwerdeführers hinausgehen darf.

58. Demgegenüber wäre es widersprüchlich, wenn das Bundesgericht einerseits einen Entscheid in der Sache fällen würde, obwohl ein Beschwerdeführer einen Antrag auf vollständige Aufhebung des vorinstanzlichen Urteils und auf Rückweisung an die Vorinstanz gestellt hat, ohne dabei den Verfahrensstand vor Aufhebung des vorinstanzlichen Urteils einschliesslich eines im vorinstanzlichen Verfahren bereits gestellten Antrags inhaltlich zu berücksichtigen, und dies andererseits gerade damit begründen würde, dass das geltend gemachte Begehren auf vollständige Aufhebung und Rückweisung diesen Antrag nicht umfassen würde und ein entsprechender ausdrücklicher Antrag nicht zusätzlich gestellt worden sei.

59. Das Bundesgericht könnte daher nicht einen Sachentscheid treffen und dem Beschwerdeführer trotz dessen Antrags auf vollständige Aufhebung des vorinstanzlichen Urteils und Rückweisung an das Bundesverwaltungsgericht unter Verweis auf einen fehlenden spezifischen Sanktionierungsantrag von einer im vorinstanzlichen Verfahren jedenfalls beantragten und gegebenenfalls sogar im angefochtenen Entscheid vorgesehenen Sanktionierung absehen. Denn entweder ist der Antrag auf Bestätigung der in der angefochtenen Verfügung vorgesehenen Sanktionierung als Bestandteil des Begehrens auf Abweisung der vorinstanzlichen Beschwerde und damit des Verfahrensstands vor Aufhebung des vorinstanzlichen Urteils im Aufhebungs- und Rückweisungsbegehren enthalten, weshalb das Bundesgericht ohne Weiteres einen Sachentscheid treffen kann. Oder dieser Antrag auf Bestätigung der in der angefochtenen Verfügung vorgesehenen Sanktionierung wird nicht als vom Begehren auf Aufhebung des vorinstanzlichen Urteils und Rückweisung an das Bundesverwaltungsgericht umfasst angesehen. In diesem Fall scheidet ein

Sachentscheid allerdings aus, weil das Bundesgericht in diesem Fall an den Rückweisantrag des Beschwerdeführers gebunden ist und nicht eigenmächtig über die Sanktionierung entscheiden und hierbei über das Begehren des Beschwerdeführers hinausgehen kann.

60. Dies gilt umso mehr dann, wenn ein Beschwerdeführer wie im vorliegenden Fall sogar einen ausdrücklichen Antrag auf Rückweisung an das Bundesverwaltungsgericht zur Festsetzung der Sanktion im bundesverwaltungsgerichtlichen Verfahren gestellt hat. Wenn dieser Antrag implizit einen Verweis auf die in der angefochtenen Verfügung vorgenommene Sanktionierung als Richtschnur für eine gerichtliche Sanktionsbemessung aufweist, dann kann das Bundesgericht eine Festlegung der Sanktion selbst vornehmen und einen Sachentscheid fällen. Soweit das Vorhandensein eines entsprechenden impliziten Verweises verneint wird, kann auch keine Sanktionsentscheidung durch das Bundesgericht vorgenommen werden, weil eine solche dann über das ausdrückliche Rückweisungsbegehren zur Sanktionsbemessung hinausgehen würde. In beiden Fällen ist bei einer Rückweisung durch das Bundesgericht jedenfalls eine Einschränkung des Streitgegenstands zu Lasten des Beschwerdeführers und der Sanktionsentscheidung des Bundesverwaltungsgerichts ausgeschlossen.

61. Für das vorliegende Verfahren ist die von der Beschwerdeführerin geltend gemachte Analogie zum Urteil in Sachen Altimum daher nicht zu berücksichtigen.

62. Ergänzend ist darauf hinzuweisen, dass die Möglichkeit des Bundesgerichts, bei Gutheissung einer Beschwerde entweder eine Rückweisung vorzunehmen oder selbst einen Sachentscheid zu fällen, in Art. 107 Abs. 2 BGG ausdrücklich vorgesehen ist. Auch deshalb ist entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin kein Grund für eine inhaltliche Einschränkung des Bundesverwaltungsgerichts bei einem Entscheid nach Abschluss des fortgeführten Verfahrens ersichtlich.

### 3) Vorabprüfung vor Veröffentlichung

63. Mit dem prozessualen Antrag Nr. 2 macht die Beschwerdeführerin geltend, für den Fall einer Publikation des vorliegenden Urteils sei ihr der zu publizierende Text vor dessen Veröffentlichung zur Prüfung auf allfällige Geschäftsgeheimnisse zuzustellen.

#### (1) Vorbringen der Beschwerdeführerin

64. Die Beschwerdeführerin führt zu ihrem prozessualen Antrag Nr. 2 aus, das Bundesverwaltungsgericht habe die für die Wettbewerbsbehörden nach Art. 25 Abs. 1 und 4 KG ex lege geltende Pflicht zur Wahrung von Geschäftsgeheimnissen sinngemäss ebenfalls zu befolgen und Entscheide grundsätzlich in anonymisierter Form zu veröffentlichen. Dies ergebe sich aus Art. 29 Abs. 2 VGG i.V.m. Art. 4 Abs. 2 und 8 des Informationsreglements für das Bundesverwaltungsgericht (SR 173.320.4).

65. Für den Fall einer Entscheidpublikation sei die Beschwerdeführerin daher der zu publizierende Text vor dessen Veröffentlichung zur Prüfung auf allfällige Geschäftsgeheimnisse zuzustellen.



## (2) Vorbringen der Vorinstanz

66. Die Vorinstanz hält den durch die Beschwerdeführerin geltend gemachten Anspruch für unbegründet.

## (3) Würdigung durch das Gericht

67. Der Antrag der Beschwerdeführerin auf Vorlage des Urteilstexts vor dessen Publikation zur Prüfung auf allfällige Geschäftsgeheimnisse ist unbegründet und daher abzuweisen.

68. Für einen entsprechenden Anspruch der Beschwerdeführerin besteht weder eine gesetzliche Grundlage noch kann ein solcher Anspruch aus Vorschriften über die Wahrung von Geschäftsgeheimnissen abgeleitet werden.

69. Der Ableitung eines solchen Anspruchs aus Geheimhaltungsvorschriften stehen mehrere Gründe entgegen. Dabei ist zwischen den verschiedenen Varianten an geheimhaltungsbedürftigen Tatsachen zu unterscheiden.

70. Im Rahmen eines Kartellverwaltungsverfahrens werden regelmässig eine Vielzahl von Tatsachen, die als Geschäftsgeheimnisse zu qualifizieren sind, von den Wettbewerbsbehörden erfasst, ungeachtet dessen, ob sie von einem Unternehmen mitgeteilt oder im Rahmen der Ermittlungen aufgedeckt werden. Dementsprechend wird auch zumeist eine beträchtliche Anzahl an geheimnisbelasteten Tatsachen in einem Beschwerdeverfahren durch das Bundesverwaltungsgericht erfasst. Den erfassten geheimnisbelasteten Tatsachen kommt allerdings nicht zwingend eine Entscheidungserheblichkeit zu, nur weil sie als Geschäftsgeheimnis zu qualifizieren sind. Soweit geheimnisbelastete Tatsachen für die jeweilige Entscheidung des Gerichts nicht relevant sind, finden sie denn auch keine Aufnahme in ein Urteil. Hinsichtlich derartiger Tatsachen kann demzufolge auch von vornherein kein Anspruch auf Prüfung des Urteils vor dessen Publikation zu Gunsten eines Beschwerdeführers bestehen.

71. Selbst wenn eine Tatsache als Geschäftsgeheimnis zu qualifizieren ist, kann es aus Gründen der Rechtssicherheit und der Rechtsgleichheit erforderlich sein, diese im Rahmen eines Urteils detailliert oder zumindest näherungsweise bekannt zu geben. Denn andernfalls könnten weder bestimmte Anforderungen an ein wettbewerbsgemässes Verhalten noch die Kriterien für ein wettbewerbswidriges Verhalten durch die Rechtsprechung überhaupt kommuniziert und damit für die Marktteilnehmer auch erkennbar gemacht und klargestellt werden. Hinsichtlich derartiger, notwendigerweise bekannt zu gebender geheimnisbelasteter Tatsachen kann aber von vornherein kein Anspruch auf eine Entfernung aus dem Urteil bestehen, weshalb hierfür auch kein Anspruch auf eine vorgängige Prüfung der Behandlung von Geschäftsgeheimnissen durch das Urteil anzuerkennen ist. So sind zum Beispiel die Umstände der jeweiligen Verhaltenskoordination im Urteil darzulegen, unabhängig davon, ob es sich hierbei um Geschäftsgeheimnisse handelt.

72. Ein Anspruch auf die vorgängige Vorlage eines Urteils zur Prüfung der Behandlung von Geschäftsgeheimnissen, die im Hinblick auf nicht notwendigerweise be-

kannt zu gebende geheimhaltungsbedürftige Tatsachen bestehen, würde wiederum voraussetzen, dass auch ein Anspruch eines Beschwerdeführers auf eine entsprechende Korrektur des Urteilstexts besteht. Ansonsten käme einer Vorlagepflicht des Urteils zur Prüfung von Geschäftsgeheimnissen von vornherein keine Bedeutung zu. Die Entscheidung darüber, ob eine geheimhaltungsbelastete Tatsache notwendigerweise im Urteil zu berücksichtigen ist, stellt allerdings eine originäre Aufgabe des jeweiligen Gerichts im Rahmen einer Feststellung des massgeblichen Sachverhalts dar, auf den sich die materielle Beurteilung stützt. Deshalb kann einem Beschwerdeführer kein Anspruch auf eine vorgängige Vorlage und Korrektur des Urteils vor dessen Publikation zukommen, weil in diesen originären Entscheidungen des Gerichts ausnahmslos nicht (mehr) eingegriffen werden kann.

73. Der Anerkennung eines Anspruchs auf vorgängige Vorlage und Korrektur des Urteils vor dessen Publikation stehen zudem die zwingenden Vorschriften zur Einhaltung der Rechtsmittelfristen entgegen. Da ein Beschwerdeführer gegen ein Urteil des Bundesverwaltungsgerichts nur innerhalb eines beschränkten, kurzen Zeitraums eine Beschwerde an das Bundesgericht zulässigerweise erheben kann, ist es von vornherein ausgeschlossen, dass eine Vorlage des Urteils zur Prüfung der Behandlung von Geschäftsgeheimnissen und eine allfällige Korrektur des Urteils vor dessen Zustellung an den Beschwerdeführer erfolgt. Denn dadurch würde faktisch die gesetzlich vorgesehene Rechtsmittelfrist in unzulässiger Weise zu Gunsten eines Beschwerdeführers ausgedehnt.

74. Einer Vorlage des Urteils zur Prüfung der Behandlung von Geschäftsgeheimnissen und einer allfälligen Korrektur des Urteils nach dessen Zustellung an einen Beschwerdeführer aber vor dessen Publikation stehen die Anforderungen an eine rasche Veröffentlichung des Urteils entgegen. Denn mit Erlass eines Urteils entstehen unter Berücksichtigung der vom Gesetzgeber vorgesehenen prinzipiellen Publizität von kartellrechtlichen Entscheidungen auch Informationspflichten gegenüber den übrigen Parteien und sonstigen Wirtschaftsteilnehmern, die in einem sachlichen Gegensatz zu einer Prüfung der Behandlung von Geschäftsgeheimnissen vor dessen Publikation stehen. Angesichts der vorhersehbaren Auseinandersetzungen zwischen Beschwerdeführer und Gericht über die richtige Behandlung von einzelnen Geschäftsgeheimnissen und der dadurch bedingten Folge, dass die Publikation des Urteils hinausgeschoben wird - was von einem Beschwerdeführer auch aus anderen Gründen angestrebt werden könnte -, sowie wegen des Fehlens eines Korrekturanspruchs kommt den Interessen eines Beschwerdeführers auf eine Prüfung kein Vorrang vor den Publikationsinteressen zu.

75. Im Übrigen besteht für einen solchen Anspruch auch kein ausreichendes sachliches Bedürfnis auf Seiten eines Beschwerdeführers. Denn ein Beschwerdeführer hat die geheimnisbelasteten Tatsachen bereits in seinen Rechtsschriften in ausreichender Weise kenntlich zu machen.

76. Wurde eine entsprechende Kennzeichnung unterlassen, hat ein Beschwerdeführer auch die sich daraus

ergebenden Folgen einer Veröffentlichung von geheimnisbelasteten Tatsachen im Rahmen des Urteils selbst zu verantworten.

77. Soweit das Gericht ausreichend gekennzeichnete geheimnisbelastete Tatsachen im Rahmen seines Urteils als entscheidungsrelevant berücksichtigt, steht es in seiner Verantwortung, unter Berücksichtigung der vom Gesetzgeber vorgesehenen grundsätzlichen Publizität von kartellrechtlichen Entscheiden zu entscheiden, ob und inwieweit diese unkenntlich zu machen sind. Soweit es sich nicht um notwendigerweise bekannt zu gebende geheimnisbelastete Tatsachen handelt, werden diese entsprechend dem einschlägigen Informationsreglement des Bundesverwaltungsgerichts (SR 173.320.4) unkenntlich gemacht. Dabei hat das Gericht auch die Konsequenzen zu tragen, die sich aufgrund von staatshaftungsrechtlichen Ansprüchen aus einer fehlerhaften Veröffentlichung von Geschäftsgeheimnissen im Rahmen eines Urteils ergeben. Daher kommt einem Beschwerdeführer auch im Hinblick auf derartige Tatsachen kein Anspruch auf vorgängige Vorlage und Korrektur des Urteils vor einer Publikation zu.

78. Dies mag umgekehrt allerdings nicht ausschliessen, dass das Gericht im Einzelfall nach Erlass und vor Publikation des Urteils den Urteilstext fakultativ einem Beschwerdeführer zur Prüfung einer Bekanntgabe von möglichen Geschäftsgeheimnissen vorlegt, um allfällige eigene Zweifel über die ordnungsgemässe Behandlung von Geschäftsgeheimnissen dadurch auszuräumen.

79. Im vorliegenden Fall besteht für das Gericht kein Anlass für eine fakultative Vorlage des Urteils, um eine Prüfung durch die Beschwerdeführerin zu ermöglichen. Denn die im Urteil bekannt gegebenen Tatsachen beschränken sich zum einen auf die für die Erfassung des Sachverhalts notwendigen Informationen und zum anderen ist ihre Darstellung für die Erfassung der rechtlichen Qualifizierung von Verhaltenskoordinationen gerade unter Berücksichtigung der von der Beschwerdeführerin geltend gemachten Einwänden unabdingbar. Im Übrigen sind die bekannt gegebenen Daten aufgrund der bereits erfolgten Publikation im Rahmen der angefochtenen Verfügung und angesichts ihres Alters nicht mehr als relevante Geschäftsgeheimnisse zu qualifizieren. Ungeachtet dessen werden die Umsätze der Beschwerdeführerin im massgeblichen Zeitraum unkenntlich gemacht.

#### **IV. Rechtmässigkeit des vorinstanzlichen Verfahrens**

80. Die angefochtene Verfügung bildet den Abschluss eines Kartellverfahrens der Vorinstanz, welches aufgrund der Art. 18 ff. KG sowie der ergänzenden Bestimmungen des Verwaltungsverfahrensgesetzes durchgeführt wurde. Die Beschwerdeführerin erhebt verschiedene Rügen gegenüber der Rechtmässigkeit des vorinstanzlichen Verfahrens.

##### **1) Verletzung der Verfahrensgarantien von Art. 6 EMRK**

81. Die Beschwerdeführerin rügt, das Untersuchungsverfahren der Wettbewerbskommission verstosse gegen die Verfahrensgarantien gemäss Art. 6 EMRK, weshalb die verhängte Sanktion vollständig aufzuheben sei.

##### *(1) Vorbringen der Beschwerdeführerin*

82. Die Beschwerdeführerin macht geltend, dass einer Sanktion gemäss Art. 49a Abs. 1 KG ein pönaler Charakter zukäme, weshalb die Verfahrensgarantien von Art. 6 EMRK zur Anwendung gelangen würden.

83. Die Beschwerdeführerin erhebt hierzu den Einwand, dass die Wettbewerbskommission die Anforderungen von Art. 6 EMRK an ein unabhängiges und unparteiisches Gericht nicht erfüllen würde, weil diese nicht eine selbständige richterliche Instanz sei, sondern es sich bei ihr aufgrund ihrer Zusammenarbeit mit dem Sekretariat um eine Verflechtung von Anklage- und Entscheidungsinstanz handle.

84. Gemäss der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (nachfolgen: EGMR) würde ein Beschwerdeverfahren diese Mängel des unrechtmässigen vorinstanzlichen Verfahrens nicht zu heilen vermögen. Vielmehr müsse dies die vollständige Aufhebung des erstinstanzlichen Verfahrens zur Folge haben. Dies gelte insbesondere dann, wenn die zu sanktionierende Handlung wie im vorliegenden Fall kein Bagatelldelikt darstelle, sondern die Sanktion erheblich sei. Der Beschwerdeführerin sei deshalb ein faires Verfahren verwehrt worden.

##### *(2) Vorbringen der Vorinstanz*

85. Die Vorinstanz verweist zur Rechtmässigkeit des vorinstanzlichen Verfahrens auf die einschlägige Rechtsprechung.

##### *(3) Würdigung durch das Gericht*

86. In nunmehr ständiger Rechtsprechung haben das Bundesgericht und das Bundesverwaltungsgericht unter Berücksichtigung der einschlägigen Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR, 3.12.2002, 53892/00, Lilly France gg. Frankreich, Ziff. 2 [S. 9]; EGMR, 27.9.2011, 43509/08, Menarini Diagnostics S.R.L. gg. Italien, zit. *Menarini*, Ziff. 38 ff.) die Rechtmässigkeit einer Durchführung des Kartellverwaltungsverfahrens durch die Wettbewerbskommission festgestellt (ausführlich BVGer, B-7633/2009, ADSL II, E. 58 ff.), wobei es sich trotz des strafrechtsähnlichen Charakters, d.h. eines strafrechtlichen Verfahrens im Sinne von Art. 6 EMRK, um ein Verwaltungsverfahren handelt, weshalb strafrechtliche Grundsätze nicht ohne Weiteres und nur insoweit eingeschränkt Anwendung finden, als dies unter Berücksichtigung der wettbewerblischen Gegebenheiten sachgerecht ist (BGE 147 II 72, *Hors-Liste-Pfizer-II*, E. 8.3.2 f.; BGer, 9.12.2019, 2C\_985/2015, Swisscom AG u.a. gg. Weko, publ. BGE 146 II 217, zit. *ADSL II*, E. 8.5.3; BGE 143 II 297, *Gaba*, E. 9.1; BGE 139 I 72, *Publigroupe*, E. 2.2.2; BVGer, B-831/2011, *DCC*, E. 98 f.; BVGer, 19.12.2013, B-506/2010, *Gaba International AG gg. Weko*, zit. *Gaba*, E. 6.1.3; BVGer, 24.2.2010, B-2050/2007, Swisscom (Schweiz) AG gg. Weko, zit. *Terminierung Mobilfunk*, E. 4.2). Ein Kartellverwaltungsverfahren kann deshalb auch unter Berücksichtigung der Verhängung von hohen Geldbussen durch eine Verwaltungsbehörde zulässigerweise durchgeführt werden, soweit deren Entscheidung im Rahmen eines Rechtsmittels durch ein unabhängiges Gericht mit umfassender Kognition überprüft

werden kann. Da die Kognition des Bundesverwaltungsgerichts im Rahmen einer Beschwerde gegen Verfügungen der Wettbewerbskommission umfassend ausgestaltet ist, wie das Bundesgericht bereits im Rückweisungs-urteil (vgl. E. 2.2) sowie unlängst nochmals ausdrücklich festgestellt hat (BGer, 12.2.2020, 2C\_113/2017, Aktiengesellschaft Hallenstadion und Ticketcorner AG gg. We-ko, zit. Hallenstadion, E. 3.1), ergeben sich auch unter Berücksichtigung der Verfahrensgarantien von Art. 6 und 7 EMRK keine grundsätzlichen Einwände gegen die Rechtmässigkeit des kartellverwaltungsrechtlichen Verfahrens.

87. Die Einwände der Beschwerdeführerin wegen einer Verletzung der in Art. 6 EMRK gewährleisteten Verfahrensgarantien durch das Kartellverwaltungsverfahren der Wettbewerbskommission und deren Aufrechterhaltung nach Rückweisung durch das Bundesgericht (vgl. SV K.b) sind daher unzutreffend.

## **2) Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes**

88. Die Beschwerdeführerin macht eine Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes geltend.

### *(1) Vorbringen der Beschwerdeführerin*

89. Die Grundlagen dieser Rüge bilden die aus Sicht der Beschwerdeführerin ungenügende Aufklärung des Sachverhalts und eine fehlende Berücksichtigung der von ihnen angemahnten Abklärungen durch die Vorinstanz. Der festgestellte Sachverhalt sei daher unvollständig, unrichtig und könne nicht als Grundlage des Entscheids dienen. Hierzu erheben sie verschiedene Einwände.

90. Die Beschwerdeführerin bringt zunächst vor, die Vorinstanz habe den Sachverhalt weitgehend einer fremden Selbstanzeige entnommen, ohne diese genügend zu verifizieren.

91. Zudem habe die Vorinstanz sich nicht hinreichend mit dem rechtserheblichen Vorbringen auseinandergesetzt. So habe die Koch-Gruppe an einer vermeintlichen horizontalen Abrede mit den Herstellern und deren schweizerischen Vertriebsgesellschaften bereits aufgrund ihrer Marktposition nicht teilnehmen können, weil sie weder auf der gleichen Marktstufe wie die ausländischen Beschlaghersteller noch auf der gleichen Marktstufe wie deren schweizerische Vertriebsgesellschaften tätig gewesen sei. Die unvollständige Sachverhaltsermittlung der Vorinstanz lasse die relevante Wettbewerbssituation auf der Marktstufe, auf der die Koch-Gruppe tätig sei, völlig ausser Betracht.

92. Die von der Vorinstanz vorgenommene Befragung der Fensterproduzenten habe lediglich die Wettbewerbssituation zwischen den Beschlagherstellern zum Gegenstand, obwohl die Koch-Gruppe sich auf der Zwischenhandelsstufe befinde. Die durch die Vorinstanz vorgenommene Befragung sei zudem nicht repräsentativ, weil sie sich lediglich auf 55 von den in der Schweiz tätigen 600 bis 700 Fensterproduzenten beschränke.

93. Überdies hätte die Vorinstanz ermitteln müssen, inwiefern die Koch-Gruppe die Preiserhöhungen gegenüber den von ihr belieferten Fensterproduzenten tatsächlich habe durchsetzen können, um festzustellen, welche Auswirkungen ihr vermeintlich kartellrechtlich

relevantes Verhalten auf den Wettbewerb gehabt habe. Angaben, welche sich spezifisch auf die Koch-Gruppe bezögen, lägen aber gar nicht und allgemein nicht in einem aussagekräftigen Masse vor. Die Sachverhaltsermittlung sei demzufolge unvollständig.

94. Die Wettbewerbskommission habe auf die Berücksichtigung der Aussagen von Fensterproduzenten, wonach der Wettbewerb auf dem betroffenen Markt eher intensiv sei, als Bestandteil des ermittelten Sachverhalts verzichtet. Dies habe sie mit der haltlosen und nicht nachvollziehbaren Begründung abgelehnt, die befragten Marktteilnehmer wären aus strategischen Gründen nicht in der Lage gewesen, eine objektive Einschätzung der Wettbewerbsverhältnisse abzugeben, obschon in einem anderen Zusammenhang gerade auf die Aussagen der Fensterproduzenten abgestellt worden sei. Dadurch sei der Sachverhalt falsch ermittelt worden.

95. Die mangelnde Sorgfalt und Präzision der Wettbewerbskommission würden sich auch in der Handhabung der für die Berechnung der Sanktion zu berücksichtigenden Umsätze zeigen. Die Koch-Gruppe habe die entsprechenden Daten sorgfältig ermittelt und transparent mitgeteilt. Dennoch habe sie feststellen müssen, dass die ihrerseits eingereichten Umsatzzahlen sich auch auf Produkte beziehen würden, welche von den anderen Untersuchungsadressaten offenbar nicht als Teil des sachlich relevanten Markts betrachtet worden seien. Auch dieses Vorgehen stelle deshalb eine Verletzung der Untersuchungsmaxime dar.

### *(2) Vorbringen der Vorinstanz*

96. Nach Ansicht der Vorinstanz sind die durchgeführten Untersuchungsmaßnahmen ausreichend zur Begründung des festgestellten wettbewerbswidrigen Verhaltens.

### *(3) Würdigung durch das Gericht*

97. Sowohl im Kartellverwaltungsverfahren als auch im Beschwerdeverfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht ist der Sachverhalt gemäss Art. 12 VwVG i.V.m. Art. 39 KG bzw. Art. 37 VGG von Amtes wegen zu untersuchen (ausführlich BVer, B-7633/2009, *ADSL II*, E. 185, m.w.N.). Dieser Untersuchungsgrundsatz verpflichtet die Wettbewerbsbehörden und die Beschwerdeinstanz, den Sachverhalt aus eigener Initiative richtig und vollständig abzuklären. Hierfür sind alle rechtserheblichen Aspekte zu ermitteln, sämtliche notwendigen Unterlagen zu beschaffen und die erforderlichen Beweise abzunehmen. Als rechtserheblich gelten alle Tatsachen, welche den Ausgang eines Entscheids beeinflussen können. Der Untersuchungsgrundsatz gilt allerdings nicht uneingeschränkt. Das Ausmass der Untersuchung ist vielmehr auf solche Aspekte beschränkt, die zur Aufklärung des Sachverhalts notwendig sind und deren Abklärung vernünftigerweise erwartet werden kann. Einschränkungen einer amtlichen Ermittlung können sich im Einzelfall zudem durch Mitwirkungspflichten der Parteien, die objektive Beweislast, die Tauglichkeit von Beweismitteln und das treuwidrige Verhalten einer Partei ergeben. Die Sachverhaltsuntersuchung bezieht sich dabei auf Tatsachen und Erfahrungssätze. Die Rechtsanwendung, d.h. die Beurteilung von rechtlichen Aspekten, untersteht demgegenüber von vornherein nicht dem

Untersuchungsgrundsatz. Demzufolge ergibt sich nicht allein deshalb eine Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes, weil keine Abklärungen über Tatsachen oder Erfahrungssätze vorgenommen werden, auf die eine Partei ihre abweichende Rechtsposition abstützt (BVGer, B-7633/2009, *ADSL II*, E. 185, m.w.N.).

98. Im vorliegenden Verfahren kommt das Gericht wie bereits die Wettbewerbskommission zum Ergebnis, dass von einem wettbewerbswidrigen Verhalten der Koch-Gruppe auszugehen ist. Diese Feststellung des Gerichts erfolgt aufgrund einer anderen inhaltlichen Beurteilung der massgeblichen Rechtsfragen, als derjenigen, die von der Beschwerdeführerin geltend gemacht wird. Dabei stützt sich die gerichtliche Beurteilung auf den Sachverhalt, der auch aufgrund der unstrittigen, von der Beschwerdeführerin selbst eingestandenen Tatsachen als rechtserheblich zu qualifizieren ist.

99. Die Einwände der Beschwerdeführerin, wonach die Sachverhaltsfeststellungen fehlerhaft (E. 94, 95) und unzureichend (E. 91 f.) seien, auf einer Missachtung ihrer Verlangen auf Abklärung besonderer Umstände (E. 89) und einer nicht ausreichenden Verifizierung der Selbstanzeige (E. 90) beruhen und deshalb weitere Sachverhaltsfeststellungen von Seiten des Bundesverwaltungsgerichts erfordern würden, sind nicht von Bedeutung, weil sie ausschliesslich auf einer gegensätzlichen Bewertung der vom Gericht und der Wettbewerbskommission als rechtserheblich qualifizierten, bereits bekannten und letztlich unstrittigen Tatsachen des Sachverhalts beruhen. Die Rüge wegen einer angeblichen Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes erweist sich daher insgesamt als unbegründet.

100. Eine Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes liegt nicht vor.

### **3) Verstoss gegen den Anspruch auf rechtliches Gehör**

#### *(1) Vorbringen der Beschwerdeführerin*

101. Die Beschwerdeführerin macht eine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör geltend. Dabei wiederholen sie letztlich die gleichen Einwände wie im Hinblick auf eine Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes (vgl. E. 89 ff.).

102. Die Koch-Gruppe habe während des Verfahrens mehrmals Ungenauigkeiten bezüglich des festgestellten Sachverhalts gerügt. Dabei habe die Koch-Gruppe auf die Marktverhältnisse, ihre spezifische Marktposition als reine Zwischenhändlerin, die fehlende Möglichkeit zur Teilnahme an einer horizontalen Abrede und die Bedeutung dieser Aspekte für die Sanktionsberechnung hingewiesen. Die Wettbewerbskommission habe diese rechtserheblichen Argumente nicht berücksichtigt oder nur mit vagen und damit ungenügenden Sachverhaltsargumenten verworfen.

#### *(2) Vorbringen der Vorinstanz*

103. Nach Ansicht der Vorinstanz wurden die Stellungnahmen und Anmerkungen der Beschwerdeführerin in ausreichendem Masse inhaltlich berücksichtigt.

#### *(3) Würdigung durch das Gericht*

104. Der Anspruch auf rechtliches Gehör ist das verfassungsmässige Recht zur aktiven Teilnahme in einem administrativen oder gerichtlichen Rechtsverfahren einer hiervon betroffenen natürlichen oder juristischen Person, welches in allgemeiner Weise in Art. 29 Abs. 2 BV ausdrücklich statuiert und zusätzlich auch aus Art. 6 EMRK abgeleitet wird. Es dient der Verwirklichung des übergeordneten Grundsatzes eines fairen Verfahrens und umfasst insbesondere die folgenden Teilgarantien für eine ordnungsgemässe Durchführung verschiedener Aspekte eines Rechtsverfahrens (ausführlich BVGer, B-7633/2009, *ADSL II*, E. 197 f. m.w.N.): (i) vorgängige Orientierung über Gegenstand und Inhalt des Rechtsverfahrens sowie die Vorwürfe gegenüber den Parteien und Verfahrensbeteiligten; (ii) Mitwirkung bei der Feststellung des Sachverhalts, insbesondere das Stellen von eigenen Beweisanträgen; (iii) persönliche Teilnahme am Verfahren einschliesslich der Möglichkeit zur Verbeiständigung; (iv) Akteneinsicht; (v) Möglichkeit zur Abgabe einer Stellungnahme einschliesslich der Kenntnisnahme und Berücksichtigung durch die verfahrensleitende Instanz; (vi) Eröffnung des Entscheids; (vii) Begründung des Entscheids. Dabei ist der Anspruch grundsätzlich auf rechtserhebliche Sachfragen beschränkt. Ausnahmsweise werden die Parteien auch zur rechtlichen Würdigung angehört, wenn sich die Rechtslage geändert hat, ein ungewöhnlich grosser Ermessensspielraum besteht oder die Behörden sich auf Rechtsnormen stützen, mit deren Anwendung die Parteien nicht rechnen mussten.

105. Obschon eine Verletzung des Gehörsanspruchs grundsätzlich zur Aufhebung des angefochtenen Hoheitsakts führt, kann durch die jeweilige Rechtsmittelinstanz nach ständiger Rechtsprechung eine sog. Heilung der Rechtsverletzung erfolgen, wenn sie über die gleiche Kognition in Rechts- und Sachverhaltsfragen wie die Vorinstanz verfügt und dem Betroffenen die gleichen Mitwirkungsrechte zustehen, so dass die Gewährung des rechtlichen Gehörs vollumfänglich nachgeholt werden kann (ausführlich BVGer, B-7633/2009, *ADSL II*, E. 197 f. m.w.N.). Dabei wird auch eine Heilung schwerwiegender Rechtsverletzungen ausnahmsweise dann als zulässig erachtet, wenn die Rückweisung bloss zu einem formalistischen Leerlauf führen würde und dies nicht im Interesse der Betroffenen wäre. Auch der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte lässt die Heilung eines Verstosses gegen den Grundsatz des rechtlichen Gehörs zu, soweit das jeweilige Gericht über volle Kognition verfügt (EGMR, 1.3.2001, 29082/95, *Dallos gg. Ungarn*, Ziff. 52; EGMR, 8.10.2013, 29864/03, *Mulosmani gg. Albanien*, Ziff. 132 m.w.N.).

106. Im vorliegenden Verfahren kommt das Gericht wie bereits die Wettbewerbskommission zum Ergebnis, dass von einem wettbewerbswidrigen Verhalten der Koch-Gruppe auszugehen ist. Diese Feststellung des Gerichts erfolgt aufgrund einer anderen inhaltlichen Beurteilung der massgeblichen Rechtsfragen als von der Beschwerdeführerin geltend gemacht wird. Dabei stützt sich die gerichtliche Beurteilung auf den Sachverhalt, der auch aufgrund der unbestrittenen, von der Beschwerdeführerin selbst eingestandenen Tatsachen als rechtserheblich zu qualifizieren ist.

107. Die Einwände der Beschwerdeführerin (E. 102), wonach die notwendigen Begründungen für den Entscheid gänzlich fehlen würden oder inhaltlich unzureichend seien und keine ausreichende Mitwirkung an der Feststellung des Sachverhalts infolge der fehlenden Berücksichtigung der angebrachten sachlichen Hinweisen zugelassen worden sei, sind nicht von Bedeutung, weil sie ausschliesslich auf einer gegensätzlichen Bewertung der vom Gericht und der Wettbewerbskommission als rechtserheblich qualifizierten, bereits bekannten und letztlich unstrittigen Tatsachen des Sachverhalts beruhen. Die Rüge wegen einer angeblichen Verletzung des Gehörsanspruchs ist daher insgesamt nicht relevant.

108. Ein Verstoss gegen den Anspruch auf rechtliches Gehör liegt nicht vor.

## V. Relevanter Markt

109. Das Kartellgesetz enthält weder eine Definition des relevanten Markts noch statuiert es einzelne Kriterien für dessen Bestimmung. Nach ständiger Rechtsprechung finden die in Art. 11 Abs. 1 und 3 der Verordnung des Bundesrats vom 17. Juni 1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU, SR 251.4) aufgeführten Abgrenzungskriterien des sachlich, räumlich und zeitlich relevanten Markts auch für die Beurteilung von anderen Wettbewerbsbeschränkungen Anwendung (BGE 139 I 72, **Publigroupe**, E. 9.1; BGer, 2C\_113/2017, **Hallenstadion**, E. 5.1; BVGer, B-7633/2009, **ADSL II**, E. 257 m.w.N.; BVGer, 24.11.2016, B-3618/2013, Starticket AG u.a. gg. Aktiengesellschaft Hallenstadion, Ticketcorner AG und Weko, zit. **Hallenstadion**, E. 32, m.w.N.; BVGer, B-831/2011, **DCC**, E. 230 m.w.N.).

110. Die angefochtene Verfügung hat einen Handelsmarkt für Dreh-Kipp-Fensterbeschläge für Holz- und Kunststofffenster auf Stufe der Fensterproduzenten in der Schweiz als relevanten Markt abgegrenzt, bei dem sich einerseits die massgeblichen Beschlaghersteller und die grösseren Zwischenhändler sowie andererseits die Fensterproduzenten und die kleineren Zwischenhändler gegenüberstehen.

### 1) Sachlich relevanter Markt

111. Die angefochtene Verfügung sieht eine sachliche Marktabgrenzung auf dem Markt von Fensterbeschlägen mit Dreh-Kipp-Mechanismus für Holz- und Kunststofffenster auf Stufe der Fensterproduzenten als Endkunden für alle an der Abrede beteiligten Unternehmen vor.

#### (1) Vorbringen der Beschwerdeführerin

112. Nach Ansicht der Beschwerdeführerin nimmt die Vorinstanz eine völlig falsche Marktabgrenzung vor, weshalb sich die angefochtene Verfügung auf einen unrichtigen relevanten Markt abstütze. Bei einer ordnungsgemässen Marktabgrenzung zur Beurteilung des Verhaltens der Koch-Gruppe wäre der Markt für Fensterbeschläge mit Dreh-Kipp-Beschlag in Bezug auf die Zwischenhändler als sachlich relevanter Markt abzugrenzen gewesen.

113. Bei der Koch-Gruppe handle es sich um ein reines Handelsunternehmen für Fensterbeschläge, das in der Lieferkette auf der Stufe eines Zwischenhändlers zwi-

schen den ausländischen Beschlagherstellern und deren nationalen Vertriebsvertretungen einerseits und den Fensterproduzenten andererseits angesiedelt sei. Deshalb könne die Koch-Gruppe nicht wie die Fensterproduzenten als Nachfrager auf dem Markt für Endkunden qualifiziert werden.

114. Der massgebliche Markt sei daher der Beschaffungsmarkt von Fensterbeschlägen mit Dreh-Kipp-Mechanismus auf Stufe Zwischenhandel, weil mit der Erhöhung des Materialteuerungszuschlags durch mindestens zwei Hersteller die Einstandspreise für den Zwischenhandel und damit auch für die Koch-Gruppe erhöht worden seien. Die Auswirkungen der von den ausländischen Beschlagherstellern getroffenen Abrede hätten dementsprechend spezifisch auf dem Beschaffungsmarkt auf Stufe Zwischenhandel untersucht werden müssen.

#### (2) Vorbringen der Vorinstanz

115. Die Vorinstanz macht die in der angefochtenen Verfügung enthaltenen Aspekte zur Abgrenzung des sachlich relevanten Markts geltend.

#### (3) Würdigung durch das Gericht

116. Der sachlich relevante Markt umfasst alle Waren, Dienstleistungen oder sonstigen Wirtschaftsgüter (nachfolgend: Produkte), die aufgrund ihrer wechselseitigen Substituierbarkeit eine eigenständige Produktgruppe bilden. Massgebend für die Qualifizierung der jeweiligen Substituierbarkeit ist hierbei eine wertende Beurteilung aller relevanten Aspekte, die im Einzelfall für oder gegen die Zusammenfassung bestimmter Produkte als eigenständige Produktgruppe und die Zuordnung eines einzelnen Produkts hierzu sprechen. Im Rahmen einer derartigen Gesamtanalyse kommt dabei keinem der prinzipiell zu berücksichtigenden Aspekte ein absoluter Vorrang aufgrund allgemeiner Umstände zu (BVGer, B-7633/2009, **ADSL II**, E. 269; BVGer, B-3618/2013, **Hallenstadion**, E. 52; BVGer, B-831/2011, **DCC**, E. 252).

117. Wesentliche Grundlage dieser Beurteilung bildet bei Absatzmärkten das Konzept der Nachfragesubstituierbarkeit (auch sog. Konzept der funktionellen Austauschbarkeit bzw. Bedarfsmarktkonzept), das prinzipiell in Art. 11 Abs. 3 VKU statuiert wird (ausführlich BVGer, B-7633/2009, **ADSL II**, E. 270 ff. m.w.N., BVGer, B-3618/2013, **Hallenstadion**, E. 53 ff.; BVGer, B-831/2011, **DCC**, E. 253 ff.). Die Abgrenzung des sachlich relevanten Markts erfolgt aus der Sicht der Nachfrager als Marktgegenseite, d.h. der Abnehmer eines durch das marktbeherrschende Unternehmen abgesetzten Produkts. Massgebend ist dabei, welche anderen Waren oder Dienstleistungen mit dem in Frage stehenden Produkt in Wettbewerb stehen. Dies ist immer dann der Fall, wenn die wechselseitige Austauschbarkeit der verschiedenen Produkte gegeben ist, weil sie aufgrund ihrer Eigenschaften und Preise für den vorgesehenen Verwendungszweck von den Nachfragern als gleichwertig angesehen werden. Massgebend für die Abgrenzung des sachlich relevanten Markts ist demzufolge, welche Produkte aus der Sicht eines objektiven Nachfragers von bestimmten Leistungen diesen Bedarf in akzeptabler Weise zufriedenstellend erfüllen. Für eine zufriedenstellende Erfüllung ist es dabei einerseits nicht erforderlich,

dass die Leistungen in identischer Weise erbracht werden, andererseits ist eine bloss teilweise Austauschbarkeit nicht ausreichend. Die Austauschbarkeit eines Produkts ist insbesondere aufgrund von funktionalen Sachüberlegungen, allgemeinen Verbraucherpräferenzen, bestehenden Marktstrukturen sowie von konkreten Marktbeobachtungen aller in Betracht kommenden ähnlichen Produkte zu bewerten; zudem können auch modellhafte Überlegungen zur Abgrenzung herangezogen werden.

118. Im vorliegenden Fall setzt eine Abgrenzung des sachlich relevanten Markts von Fensterbeschlägen als Absatzmarkt demnach voraus, dass die verschiedenen Beschlagtypen aufgrund ihrer Eigenschaften, d.h. ihrer funktionalen Ausstattung, und ihres Preises, d.h. dem für die Beschaffung zu entrichtenden Entgelt, von den Nachfragern, d.h. den Fensterproduzenten in ihrer Funktion als massgebliche Endkunden, als gleichwertig und damit als austauschbar angesehen werden.

119. Die verschiedenen Beschlagtypen können aufgrund ihrer unterschiedlichen Mechanismen wechselseitig nicht ersetzt werden (vgl. SV D.c, D.d.). Die Fensterproduzenten fragen daher jeweils nur einen bestimmten Beschlagtyp für die Produktion der jeweiligen Fenster mit dem vorgesehenen Öffnungsmechanismus nach. Daher sind die Fensterbeschläge mit Dreh-Kipp-Mechanismus als eigenständiger Markt zu qualifizieren.

120. Da die Beschlagtypen mit Dreh-Kipp-Mechanismus zum einen für Holz- und Kunststofffenster sowie für Aluminiumfenster angefertigt werden und wechselseitig nicht ersetzbar sind und zum anderen die Herstellung von Aluminiumfenstern im Wesentlichen durch Metallbaubetriebe, Fassadenbauer und Schlossereien erfolgt - weshalb sich die Nachfrager von Fensterbeschlägen für Aluminiumfenster sowie Holz- und Kunststofffenster unterscheiden (vgl. SV D.e) -, sind die Fensterbeschläge mit Dreh-Kipp-Mechanismus für Holz- und Kunststofffenster als eigenständiger Markt zu qualifizieren.

121. Diese sachliche Marktabgrenzung aufgrund der produktspezifischen Aspekte wird von der Beschwerdeführerin inhaltlich nicht beanstandet.

122. Der von der Beschwerdeführerin geltend gemachte Einwand, wonach statt des Endkundenmarkts ein entsprechender Markt für Zwischenhändler als relevanter Markt hätte abgegrenzt werden müssen, weil die Koch-Gruppe aufgrund ihrer Funktion im Vertriebsweg zwischen den Beschlagherstellern und den Fensterproduzenten als Endkunden ausschliesslich auf diesem Markt tätig sei (vgl. E. 112 f.), erweist sich wegen der folgenden Aspekte als unbegründet.

123. Im Hinblick auf eine Marktabgrenzung ist zunächst darauf hinzuweisen, dass die Marktabgrenzung von der Feststellung des massgeblichen Koordinationsverhältnisses zwischen den Abredeteiligen (vgl. E. 174 ff.) zu unterscheiden ist, weil beide Aspekte nicht zwangsläufig zu gleichen Ergebnissen führen.

124. Im Rahmen einer Abgrenzung von relevanten Märkten sind - wie dargelegt - alle Aspekte zu berücksichtigen, welche die konkrete Nachfrage nach einem Produkt gestalten. Deshalb weisen vertriebsstrukturelle Aspekte grundsätzlich die gleiche Bedeutung auf wie

produktspezifische Aspekte. Demzufolge ist es im Einzelfall auch nicht ausgeschlossen, dass die Nachfrage für ein bestimmtes Produkt bei Zwischenhändlern aufgrund spezifischer Umstände anders ausgestaltet ist als die Nachfrage von Endkunden für dieses Produkt.

125. Soweit im Einzelfall eine unterschiedlich ausgestaltete Nachfrage besteht, sind jeweils ein Markt auf der Stufe der Zwischenhändler und ein davon zu unterscheidender Markt auf der Stufe der Endkunden gegeneinander abzugrenzen. Lässt sich eine unterschiedlich ausgestaltete Nachfrage hingegen nicht feststellen, ist eine Unterscheidung ausgeschlossen und es liegt nur ein Markt auf der Stufe der Endkunden vor. Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin ergibt sich demzufolge allein aufgrund des Bestehens unterschiedlicher Vertriebsstufen nicht per se eine Unterscheidung zwischen einem Endkundenmarkt und einem Zwischenhändlermarkt. Vielmehr müssen im Einzelfall konkrete Umstände vorhanden sein, die eine unterschiedliche Nachfrage der Zwischenhändler gegenüber den Endkunden und eine darauf aufbauende unterschiedliche Marktabgrenzung begründen.

126. Regelmässig wird auf Seiten der Zwischenhändler keine unterschiedlich ausgestaltete Nachfrage für ein bestimmtes Produkt gegenüber derjenigen der Endkunden festzustellen sein. Denn die Nachfrage nach einem Produkt wird primär durch diejenigen Wirtschaftsteilnehmer bestimmt, welche das Produkt bestimmungsgemäss verwenden und deshalb entsprechende Auswahlentscheidungen treffen. Bei diesen Wirtschaftsteilnehmern handelt es sich um die Endkunden eines Produkts. Dagegen nehmen Abnehmer wie Zwischenhändler, welche die Produkte nicht selbst verwenden, sondern nur an die tatsächlichen Endkunden weiterveräußern, üblicherweise keine eigenständige Auswahlentscheidung vor, sondern richten ihre Beschaffungstätigkeit wiederum an der Nachfrage der Endkunden und damit an deren Vorstellungen über die massgeblichen Substitutionsmöglichkeiten aus.

127. Aus diesen Gründen sind Zwischenhändler bei dieser Regelkonstellation auch nicht als objektive Nachfrager zu qualifizieren. Vielmehr ist hierbei im Sinne einer abgeleiteten Nachfrage auf den durchschnittlichen Endkunden als objektiven Nachfrager abzustellen (BGer, 2C\_113/2017, zit. *Hallenstadion*, E. 5.2.4, in Bestätigung von BVGer, B-3618/2013, *Hallenstadion*, E. 70 ff.).

128. Vorliegend sind keine Umstände ersichtlich, welche die Feststellung einer eigenständigen Nachfrage von Fensterbeschlägen auf der Vertriebsstufe des Zwischenhandels und damit eine Ausnahme von der Regelkonstellation begründen würden.

129. Im Hinblick auf die Beschaffung, Lagerhaltung und Auslieferung der Fensterbeschläge selbst sind jedenfalls keine Umstände ersichtlich, welche eine anders gelagerte Nachfrage der Zwischenhändler zu begründen vermögen. Allein der Umstand, dass die Zwischenhändler allenfalls grössere Mengen an Fensterbeschlägen bestellen und diese für eine Belieferung der Fensterproduzenten als Endkunden vorhalten, stellt keinen Umstand dar, der die Feststellung einer eigenständig zu beurteilenden Nachfrage der Zwischenhändler rechtfertigen würde. Im Übrigen ist vorliegend weder behauptet noch

erstellt, dass die Koch-Gruppe Fensterbeschläge anderer Beschlaghersteller als diejenigen von Siegenia in grösseren Mengen vorgehalten hat.

130. Zudem war der Vertriebsweg für Fensterbeschläge im massgeblichen Zeitraum vielgestaltig mit allen wesentlichen Varianten strukturiert (vgl. SV E.b). Die Fensterproduzenten wurden sowohl direkt von den ausländischen Beschlagherstellern (Maco) oder deren nationalen Herstellervertretungen (Roto, GU) als auch über einen Vertriebsmittler (Koch, SFS) oder sogar mehrere Vertriebsmittler (Geiser, Immer, Blaser) beliefert. Die Beschwerdeführerin bringt selbst vor, dass auch sie auf Kundenwunsch hin Fensterbeschläge sämtlicher Beschlaghersteller beschafft und geliefert hätte, und dass andere Zwischenhändler von ihr mit Fensterbeschlägen beliefert worden seien. Daher ist davon auszugehen, dass ausschliesslich die Auswahlentscheidungen der Fensterproduzenten und damit deren Nachfrage für die Beschaffung der Fensterbeschläge durch die Zwischenhändler massgebend waren. Demnach lässt sich aus der konkreten Ausgestaltung des Vertriebswegs keine Abgrenzung eines Markts der Zwischenhändler ableiten.

131. Die Beschwerdeführerin trägt auch keine spezifischen Gründe vor, warum die Nachfrage nach Fensterbeschlägen auf Seiten der Zwischenhändler anders ausgestaltet gewesen sein sollte als auf Seiten der Fensterproduzenten. Allein ein Hinweis auf die unterschiedlichen Vertriebsstufen (vgl. E. 113) ist für die Feststellung einer unterschiedlichen Marktabgrenzung nicht ausreichend.

132. Die Einwände der Beschwerdeführerin hinsichtlich einer Erhöhung der Einstandspreise der Koch-Gruppe durch die Preisabrede und deren Auswirkungen für die Zwischenhändler (vgl. E. 114) sind für eine Abgrenzung des relevanten Markts und die dabei relevante Frage einer Ausgestaltung der Produktsubstitution von Fensterbeschlägen nicht massgeblich. Im Übrigen wird der Abschluss einer Abrede zur Erhöhung der Verkaufspreise für Endkunden ganz offensichtlich nicht dadurch ausgeschlossen, dass dabei auch die Einstandspreise für die Zwischenhändler in bestimmtem Umfang erhöht werden (vgl. E. 239).

133. Vorliegend sind die Voraussetzungen für eine Unterscheidung zwischen einem Endkundenmarkt für Fensterbeschläge mit Dreh-Kipp-Mechanismus und einem entsprechenden Zwischenhandelsmarkt demnach nicht gegeben.

134. Als sachlich relevanter Markt ist deshalb der Markt für Fensterbeschläge mit Dreh-Kipp-Mechanismus für Holz- und Kunststofffenster auf der Stufe der Fensterproduzenten als Endkunden zu qualifizieren.

## 2) Räumlich relevanter Markt

135. Die angefochtene Verfügung qualifiziert die Schweiz als räumlich relevanten Markt.

### (1) Vorbringen der Beschwerdeführerin

136. Die Beschwerdeführerin macht geltend, dass für die Fensterproduzenten die Möglichkeit für einen Bezug der Fensterbeschläge aus dem Ausland gegeben sei und verweisen dabei darauf, dass hierdurch die Fensterproduzenten einen Preisdruck auf die schweizerischen Ver-

käufer von Fensterbeschlägen hätten ausüben können. Sie machen dementsprechend die Abgrenzung eines europäischen statt eines schweizerischen Markts als räumlich relevanten Markt geltend.

137. In der Schweiz würden fünf grosse Händler rund 500 schweizerische Produktionsbetriebe beliefern. Der deutsche Markt, der um ein Vielfaches grösser sei, weise in etwa die gleich hohe Anzahl an Händlern und Produktionsbetrieben auf.

138. Die ausländischen Beschlaghersteller würden den ausländischen Händlern deutlich bessere Einkaufskonditionen gewähren als die nationalen Herstellervertretungen den schweizerischen Händlern. In den letzten Jahren seien daher verschiedene ausländische Händler in den Schweizer Markt eingetreten, wodurch sich ein intensiver Wettbewerb entwickelt habe.

139. Die Koch-Gruppe sei diesem Wettbewerb mit wettbewerbsfähigen Preisen bei nicht ausreichenden Margen und einer modernen Logistik sowie flexiblen Service- und Kundenbetreuungsmöglichkeiten begegnet. Einen vergleichbaren Service würden die ausländischen Händler nicht anbieten. Dies sei aber bei kleinen Bestellmengen und fehlenden Lagerkapazitäten der Fensterproduzenten für die Kundenbeziehung von Bedeutung. Denn der Fenstermarkt in der Schweiz sei von regionalen Vorlieben, besonderen Kundenbedürfnissen sowie flexiblen Service- und Belieferungsmöglichkeiten geprägt.

### (2) Vorbringen der Vorinstanz

140. Die Vorinstanz begründet die vorgenommene Abgrenzung mit dem tatsächlichen Kundenverhalten.

### (3) Würdigung durch das Gericht

141. Der räumlich relevante Markt umfasst das geographische Gebiet, innerhalb dessen die wechselseitig substituierbaren Produkte der sachlich relevanten Produktgruppe von den jeweiligen Wettbewerbern unter hinreichend gleichwertigen Wettbewerbsbedingungen abgesetzt werden (ausführlich BVGer, B-7633/2009, *ADSL II*, E. 302 ff. m.w.N.; BVGer, B-3618/2013, *Hallenstadion*, E. 148 ff.; BVGer, B-831/2011, *DCC*, E. 320 ff.). Massgebend für die Qualifizierung einer Gleichwertigkeit der Wettbewerbsbedingungen ist eine wertende Beurteilung aller relevanten Aspekte, die im Einzelfall für oder gegen eine Unterscheidung von bestimmten geographischen Bereichen sprechen. Im Rahmen einer derartigen Gesamtanalyse kommt keinem der prinzipiell zu berücksichtigenden Aspekte ein absoluter Vorrang aufgrund allgemeiner Überlegungen zu. Grundlage für eine entsprechende Beurteilung sind im Einzelfall funktionelle Sachaspekte in Bezug auf das wirtschaftliche Verhalten von Nachfragern und Anbietern der Produkte, welche geographische Auswirkungen nach sich ziehen, wie dies in Art. 11 Abs. 3 VKU vorgesehen ist. Massgebend für die Abgrenzung des räumlich relevanten Markts ist dabei, ob in einem bestimmten geographischen Gebiet spürbar unterschiedliche Wettbewerbsbedingungen gegenüber denjenigen in den angrenzenden Gebieten vorzufinden sind. Der räumlich relevante Markt kann dadurch im Einzelfall lokal, regional, national, international oder weltweit abzugrenzen sein.

142. Sachaspekte, die geographische Auswirkungen aufweisen und demzufolge im Regelfall zu berücksichtigen sind, stellen insbesondere folgende Umstände dar (BVGer, B-7633/2009, *ADSL II*, E. 304; BVGer, B-3618/2013, *Hallenstadion*, E. 150; BVGer, B-831/2011, *DCC*, E. 322): (i) Allgemeine Rahmenbedingungen wie Rechtsvorschriften, Industrie- und Branchenstandards sowie Handelsmodalitäten, die für den Zugang zu den jeweiligen Gebieten sowie den Absatz der Produkte und den Wirtschafts- und Rechtsverkehr zu beachten sind; (ii) allgemeine Gesellschaftsaspekte wie Sprachen, Sitten und Gebräuche sowie sonstige kulturelle Eigenheiten, bekannte Präferenzen und übliche Verhaltensmuster der Nachfrager oder Anbieter; (iii) konkret-objektive Aspekte des Produktabsatzes wie Transportdauer, Transportkosten und sonstige Umstände der Belieferung bzw. Abholung; (iv) konkret-subjektive Aspekte des Produktabsatzes wie insbesondere die Ausgestaltung der Produkte, Preise und Geschäftsbedingungen durch die potentiellen Abredeteiligen und ihre Wettbewerber sowie allenfalls sich daraus ergebende Preisunterschiede, Preis- und sonstige Korrelationen; (v) Auswirkungen des infrage stehenden Verhaltens der potentiellen Abredeteiligen.

143. Vorliegend betrifft der räumlich relevante Markt das Gebiet, aus dem die Fensterproduzenten die Fensterbeschläge des sachlich relevanten Markts und damit die Dreh-Kipp-Beschläge für Holz- und Kunststoffenster beziehen.

144. Zunächst ist festzustellen, dass keine wesentlichen Handelshemmnisse bestehen, die einen Bezug der Fensterbeschläge aus dem Ausland durch die Fensterproduzenten ausschliessen oder einschränken. Die angefochtene Verfügung hält dementsprechend auch fest, dass Belieferungen von einzelnen Fensterproduzenten durch deutsche Lieferanten vereinzelt tatsächlich erfolgen. Die allgemeinen Rahmenbedingungen schliessen eine Berücksichtigung des Auslands bei der Abgrenzung des räumlich relevanten Markts daher nicht von vornherein aus.

145. Die allgemeinen Gesellschaftsaspekte bieten ebenfalls keine besonderen Anhaltspunkte für die Abgrenzung eines spezifischen räumlichen Markts. Aus diesem Grund spricht die allgemein bekannte Haltung sowohl in der schweizerischen Bevölkerung als auch der schweizerischen Wirtschaft, einheimische gegenüber ausländischen Geschäftsbeziehungen aufgrund von Sach- und Ortsnähe grundsätzlich zu bevorzugen, gegen eine Einbeziehung des Auslands in den räumlich relevanten Markt.

146. Im Hinblick auf die konkret-objektiven Aspekte des Produktabsatzes ist insbesondere das eigene Vorbringen der Beschwerdeführerin (vgl. E. 139) zu berücksichtigen, wonach der Fenstermarkt in der Schweiz von regionalen Vorlieben, besonderen Kundenbedürfnissen sowie flexiblen Service- und Belieferungsmöglichkeiten geprägt sei, wobei die ausländischen Hersteller keinen vergleichbaren Kundenservice bieten könnten. Demzufolge können Lieferbeziehungen zu ausländischen Händlern die Geschäftsbeziehungen mit inländischen Händlern offensichtlich nicht in adäquater Weise ersetzen. Für diese Einschätzung spricht auch der von der

Beschwerdeführerin vorgenommene Vergleich mit Deutschland, wo trotz eines weitaus grösseren Markts etwa die gleiche Händleranzahl für die Versorgung der Fensterproduzenten ausreicht (vgl. E. 137), was allenfalls auf weniger serviceintensive Kundenbeziehungen als in der Schweiz schliessen lässt. Aufgrund der konkret-objektiven Aspekte des Produktabsatzes ist daher eine Einbeziehung des Auslands in den räumlich relevanten Markt auszuschliessen.

147. Der von der Beschwerdeführerin selbst vorgebrachte Umstand (vgl. E. 138), dass die ausländischen Beschlaghersteller deutlich höhere Einstandspreise gegenüber den schweizerischen Zwischenhändlern ansetzen würden als gegenüber den ausländischen Zwischenhändlern, bestätigt die Einschätzung, dass die Möglichkeit der schweizerischen Fensterproduzenten zum Bezug von Fensterbeschlägen bei den ausländischen Zwischenhändlern tatsächlich nur wenig genutzt wird oder genutzt werden kann. Ansonsten müsste sich eine derartige Preisdifferenz zu Lasten der nationalen Vertriebsvertretungen der Beschlaghersteller mit der Zeit angleichen. Das Verhalten der ausländischen Beschlaghersteller spricht demzufolge ebenfalls gegen eine Einbeziehung des Auslands zum räumlich relevanten Markt.

148. Eine Gesamtbeurteilung der vorstehenden Aspekte führt zu dem Ergebnis, dass das Ausland nicht in den räumlich relevanten Markt einzubeziehen ist.

149. Dass eine gewisse Anzahl von Fensterproduzenten dennoch einen Teil ihres Bedarfs an Fensterbeschlägen auch bei Händlern im Ausland gedeckt haben mag, führt nicht zu einer anderen Gesamtbeurteilung. Denn bei den im Ausland hergestellten Produkten bestehen für die inländischen Nachfrager immer gewisse Möglichkeiten, diese auch direkt aus dem Ausland zu beziehen und in die Schweiz zu importieren. Massgebend für eine Abgrenzung von Absatzmärkten sind die Sichtweise eines objektiven Nachfragers und damit die Berücksichtigung von allgemeinen Nutzungs- und Anwendungsgrundsätzen des jeweiligen Produkts für den bestehenden Bedarf. Demgegenüber sind rein theoretisch mögliche Varianten oder tatsächlich durchgeführte, aber subjektiv motivierte Einzelfälle einer Nutzung oder Anwendung nicht zu beachten, weil ansonsten für die meisten Produkte eine sachgerechte Abgrenzung gar nicht vorgenommen werden könnte (BVGer, B-3618/2018, *Hallenstadion*, E. 101, bestätigt durch BGer, 2C\_113/2017, *Hallenstadion*, E. 5.2.4). Dies gilt auch für den Bezug von Produkten im Ausland. Voraussetzung für die Einbeziehung des Auslands in den räumlich relevanten Markt wäre daher, dass der objektive, d.h. durchschnittliche Nachfrager seine Produkte in einem beachtenswerten Ausmass tatsächlich im Ausland beschafft oder aus dem Ausland bezieht.

150. Die angefochtene Verfügung stellt lediglich einen geringen Umfang an Lieferungen von Fensterbeschlägen aus dem Ausland an einzelne Fensterproduzenten fest und verweist hierfür auf die fehlenden Kundendienstleistungen der ausländischen Händler. Die Beschwerdeführerin macht zwar einerseits einen starken Wettbewerbsdruck aus dem Ausland geltend, weil sie von ihren Kunden mit Offerten von ausländischen Händlern konfrontiert würden, bestätigen aber andererseits



auch ausdrücklich, dass sie aufgrund des besseren Kundenservices diesem Wettbewerbsdruck standgehalten hätten. Es ist daher nicht davon auszugehen, dass die Lieferungen von ausländischen Herstellern im massgeblichen Zeitraum einen beachtenswerten Umfang für die Abgrenzung des räumlich relevanten Markts erlangt haben.

151. Als räumlich relevanter Markt ist daher die Schweiz zu qualifizieren.

### 3) Zeitlich relevanter Markt

152. Nach Ansicht der Vorinstanz ist keine Marktabgrenzung in zeitlicher Hinsicht vorzunehmen. Dies wird von der Beschwerdeführerin nicht bestritten. Es sind auch keine Gründe für eine Unterscheidung in zeitlicher Hinsicht ersichtlich. Eine zeitliche Marktabgrenzung ist daher nicht erforderlich.

### 4) Fazit Marktabgrenzung

153. Als relevanter Markt ist, wie von der angefochtenen Verfügung vorgesehen, der Markt für Fensterbeschläge mit Dreh-Kipp-Mechanismus für Holz- und Kunststofffenster auf der Stufe der Fensterproduzenten als Endkunden in der Schweiz zu qualifizieren. Die Begriffe "Fensterbeschläge" und "Fenster" beziehen sich nachfolgend auf Produkte dieses relevanten Markts.

## VI. Unzulässige Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 KG

154. Die angefochtene Verfügung qualifiziert das in Frage stehende Verhalten als unzulässige Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 KG.

155. Der Zweck von Art. 5 KG besteht darin, die wirtschaftliche Handlungsfreiheit der einzelnen Unternehmen sicherzustellen, um dadurch einem kollusiven Verhalten von Unternehmen entgegenzuwirken. Demzufolge hat jedes Unternehmen im Sinne des Selbständigkeitspostulats eigenständig Entscheidungen über die konkrete Ausgestaltung der für die Marktgegenseite jeweils massgeblichen Wettbewerbsparameter zu treffen, ohne sich mit anderen Unternehmen über diese Ausgestaltung zu verständigen (BVGer, B-3618/2013, *Hallenstadion*, E. 301; nunmehr auch BGE 147 II 72, *Hors-Liste-Pfizer-II*, E. 3.2, 3.4.1, 3.5). Ansonsten würde an die Stelle des mit Risiken verbundenen Wettbewerbs zwischen den Mitbewerbern angesichts der Unsicherheiten bezüglich ihres tatsächlichen zukünftigen Verhaltens mittels der jeweiligen Verhaltenskoordination eine praktische Zusammenarbeit zwischen den Unternehmen treten (BGer, 14.8.2002, 2A\_298/2001 u.a., Schweizerischer Buchhändler- und Verlegerverband gg. Weko, publ. 129 II 18, zit. *Buchpreisbindung I*, E. 6.3; BGE 147 II, *Hors-Liste-Pfizer-II*, E. 3.2, 3.4.1; BVGer, B-7920/2015, *VPVW-Repo-3*, E. 8.10.3).

156. Ein Austausch von Preisinformationen sowie eine inhaltliche oder zeitliche Verständigung über Preisveränderungen zwischen verschiedenen Unternehmen, wie den Teilnehmern der Besprechung vom 22. September 2006, stellen deshalb jeweils eine unzulässige Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 KG dar, wenn es sich hierbei um eine Abrede gemäss Art. 4 Abs. 1 KG (Abschnitt VI.1 und 2) auf dem festgestellten relevanten Markt (Abschnitt V) handelt, die entweder zu einer Wettbewerbs-

beseitigung führt (Abschnitt VI.3) oder die eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung zur Folge hat (Abschnitt VI.4 und 5), welche nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt werden kann (Abschnitt VI.6).

### 1) Abreden

157. Als Wettbewerbsabreden im Sinne von Art. 5 KG gelten gemäss der Legaldefinition von Art. 4 Abs. 1 KG rechtlich erzwingbare oder nicht erzwingbare Vereinbarungen sowie aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen von Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufen, die eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken.

#### a) Beteiligte einer Wettbewerbsabrede

158. Als Beteiligte einer Wettbewerbsabrede müssen Unternehmen auftreten. Diese Abredeteiligen umfassen als massgebliche Kartellrechtssubjekte gemäss Art. 2 Abs. 1<sup>bis</sup> KG alle wirtschaftlich selbständigen Organisationseinheiten, die ungeachtet ihrer Rechts- und Organisationsform als Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Diensten im Wettbewerbsprozess auftreten (BVGer, B-7633/2009, *ADSL II*, E. 27 ff. m.w.N.; BVGer, B-3618/2013, *Hallenstadion*, E. 296; BVGer, B-831/2011, *DCC*, E. 35 ff. m.w.N.).

159. Bei Konzernverhältnissen ist der Konzern als Ganzes und nicht nur eine einzelne Konzerngesellschaft als massgebliches Kartellrechtssubjekt zu qualifizieren. Die einzelnen Konzerngesellschaften bilden hierbei nur Repräsentanten des Konzerns (BVGer, B-7633/2009, *ADSL II*, E. 29 f.; BVGer, B-831/2011, *DCC*, E. 48 f.). Dies gilt ungeachtet dessen, dass als Verfügungsadressaten wegen des Grundsatzes der Prozessökonomie auch nur einzelne Konzerngesellschaften herangezogen werden können. Hierbei kann zum Beispiel auch auf eine Heranziehung von ausländischen Muttergesellschaften verzichtet werden, weil der Wettbewerbskommission bei der Auswahl der Verfügungsadressaten ein Ermessen zukommt (BVGer, B-7633/2009, *ADSL II*, E. 67 ff.; BVGer, B-831/2011, *DCC*, E. 121 ff.).

160. Soweit die angefochtene Verfügung daher Roto, Siegenia, GU und Winkhaus als Verfügungsadressaten heranzieht, werden dadurch die Roto-Gruppe, die Siegenia-Gruppe, die Gretsche-Unitas-Gruppe und die Winkhaus-Gruppe als massgebliche Kartellrechtssubjekte belangt. Gleiches gilt auch für SFS als Konzerngesellschaft der SFS-Gruppe sowie die Beschwerdeführerin als Konzerngesellschaft der Koch-Gruppe. Diese Konzerne bilden jeweils die massgeblichen Kartellrechtssubjekte gemäss Art. 2 Abs. 1<sup>bis</sup> KG.

161. Bei dem Treffen am 22. September 2006 sowie bei dessen Vorbereitung und bei den sich daraus ergebenden Massnahmen haben die Koch-Wallisellen, Roto, SFS, Siegenia und Winkhaus demzufolge als Repräsentanten der Koch-Gruppe, der Roto-Gruppe, der SFS-Gruppe, der Siegenia-Gruppe und der Winkhaus-Gruppe, die als Unternehmen gemäss Art. 2 Abs. 1<sup>bis</sup> KG zu qualifizieren sind, gehandelt.

162. Aus der Qualifizierung der einzelnen Konzerne als massgebliche Kartellrechtssubjekte ergibt sich, dass entgegen verschiedenen Ausführungen sowohl in der

angefochtenen Verfügung als auch in den Rechtsschriften der Beschwerdeführerin keine entscheidungsrelevante Differenzierung zwischen den deutschen Muttergesellschaften und den schweizerischen Vertriebsorganisationen und damit auch keine Differenzierung zwischen ausländischen Herstellern und dessen nationalen Vertriebsvertretungen vorzunehmen ist (vgl. E. 178 ff.).

## **b) Verhältnis der Abredeteiligen**

163. Die angefochtene Verfügung qualifiziert die Verständigung der Abredeteiligen als horizontale Wettbewerbsabrede.

### *(1) Vorbringen der Beschwerdeführerin*

164. Die Beschwerdeführerin macht geltend, Koch habe sich nicht an einer horizontalen Wettbewerbsabrede beteiligt. Hierzu führen sie verschiedene Einwände an.

165. Die Feststellung einer Beteiligung von Koch an einer horizontalen Wettbewerbsabrede sei schon deshalb ausgeschlossen, weil Koch als reines Handelsunternehmen in keinem horizontalen Wettbewerbsverhältnis zu den massgeblichen Beschlagherstellern stehe.

166. Koch produziere keine Fensterbeschläge. Daher sei sie nicht auf der gleichen Marktstufe wie die ausländischen Beschlaghersteller tätig. Dies gelte auch für deren nationale Vertriebsvertretungen, obwohl diese ebenfalls keine Produkte herstellen, aber die gleichen Interessen wie ihre Muttergesellschaften verfolgen würden.

167. Denn die Herstellerververtretungen würden nur die herstellereigenen Produkte vertreiben, während Koch mit einem umfassenden Sortiment an Produkten Handel treibe und dabei unter anderem die von den Beschlagherstellern bezogenen Produkte an die Fensterproduzenten weiterveräussere. Die Herstellerververtretungen und Koch würden dabei unterschiedliche Interessen verfolgen. Deshalb befinde sich Koch auf einer anderen Marktstufe als die Beschlaghersteller.

168. Die Herstellerververtretungen der Beschlaghersteller unterhielten lediglich vertikale Geschäftsbeziehungen zu Koch.

169. Umgekehrt könnten die nationalen Herstellerververtretungen der Beschlaghersteller auch nicht als reine Handelsunternehmen qualifiziert werden, selbst wenn sie Produkte an die Fensterproduzenten liefern würden. Denn sie würden diese Produkte ausschliesslich von ihren Muttergesellschaften beziehen und die Geschäftsstrategie würde von ihrer Muttergesellschaft bestimmt. Daher würden sie ihre Muttergesellschaften in der Schweiz vertreten, wobei sie den Zwischenhändlern gegenüber als Beschlaghersteller auftreten würden.

170. Aufgrund der zwischenzeitlich ergangenen, aktuellen Rechtsprechung nach Erlass des Ausgangsurteils (vgl. SV K.b) ergebe sich keine andere Beurteilung.

171. Das Bundesgericht habe sich in seinem Rückweisungsurteil nicht zum Verhältnis von Koch und Siegenia sowie zur Frage geäussert, welche Auswirkungen dieses Verhältnis auf die rechtliche Würdigung des Sachverhalts habe.

172. Das Bundesverwaltungsgericht sei im Ausgangsurteil zum Schluss gekommen, dass Koch und Siegenia in keinem Wettbewerbsverhältnis zueinander, sondern ausschliesslich in einem vertikalen Verhältnis stehen würden (BVGer, B-8430/2010, *Baubeschläge-Koch-I*, E. 6.2.25, 6.2.26). Gleichzeitig habe es festgestellt, dass Koch ausser demjenigen zu SFS auch noch in einem Konkurrenzverhältnis zu Roto und Winkhaus stehe, da diese - neben ihrer Funktion als Vertreter der deutschen Muttergesellschaften und Hersteller - auch als Händler tätig seien.

### *(2) Vorbringen der Vorinstanz*

173. Die Vorinstanz hält die von der Beschwerdeführerin vorgebrachten Einwände angesichts der bisherigen Wettbewerbspraxis aus sachlichen Gründen für unzutreffend.

### *(3) Würdigung durch das Gericht*

174. Als Abreden gemäss Art. 4 Abs. 1 KG wird ein koordiniertes Verhalten sowohl von Unternehmen gleicher Marktstufe als auch von Unternehmen verschiedener Marktstufen erfasst.

175. Koordinierte Verhaltensweisen auf gleicher Marktstufe werden üblicherweise als sog. horizontale Wettbewerbsabreden qualifiziert, bei denen die beteiligten Unternehmen aufgrund der Austauschbarkeit ihrer Produkte tatsächlich oder der Möglichkeit nach miteinander in Wettbewerb stehen (BVGer, B-3618/2013, *Hallenstadion*, E. 298 m.w.N., Botschaft des Bundesrats zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 23.11.1994, BBl 1995, 531, zit. *Botschaft KG 1995, 553*).

176. Koordinierte Verhaltensweisen auf verschiedenen Marktstufen werden üblicherweise als sog. vertikale Wettbewerbsabreden qualifiziert, bei denen die beteiligten Unternehmen innerhalb der Absatzkette für ein Produkt im Verhältnis von Anbieter und Abnehmer stehen (BVGer, B-3618/2013, *Hallenstadion*, E. 298 m.w.N.; *Botschaft KG 1995, 553*).

177. Wie das Bundesverwaltungsgericht bereits in Sachen *Hallenstadion* festgestellt hatte (BVGer, B-3618/2013, *Hallenstadion*, E. 299, inhaltlich bestätigt durch BGer, 2C\_113/2017, *Hallenstadion*, E. 7.2.3), werden nach Sinn und Zweck der Vorschrift nicht nur horizontale oder vertikale Abreden, sondern auch sonstige Abreden, bei denen die Unternehmen weder in einem horizontalen noch in einem vertikalen Wettbewerbsverhältnis zueinanderstehen, von Art. 4 Abs. 1 KG erfasst. Denn es ist kein Grund ersichtlich, warum einzelne kollusive Verhaltensweisen verschiedener Unternehmen mit einschränkender Wirkung auf den Wettbewerb nicht erfasst werden sollten, nur weil sie sich nicht anhand einer schematischen Differenzierung den Qualifizierungen «horizontal» oder «vertikal» zuordnen lassen.

178. Gleiches hat umso mehr dann zu gelten, wenn die an der Wettbewerbsabrede beteiligten Unternehmen nicht nur ausschliesslich in einem horizontalen, vertikalen oder sonstigen Verhältnis, sondern jeweils teilweise in einem horizontalen, vertikalen und sonstigen Verhältnis zueinanderstehen. Denn dadurch wird die nachteilige

Einwirkung auf den Wettbewerb im relevanten Markt gegenüber einer bloss horizontalen, vertikalen oder sonstigen Abrede sogar noch verstärkt. Und je mehr Marktteilnehmer der horizontalen Ebene und der vertikalen Ebene sich an der Wettbewerbsabrede beteiligen, um so dichter wird die Koordination des Wettbewerbsverhaltens im jeweiligen Geschäftsbereich und umso mehr wird ein wirksamer Wettbewerb ausgeschlossen.

179. Dabei sind Vertikalverhältnisse den Horizontalverhältnissen gleichzustellen, wenn ein Vertikalverhältnis in irgendeiner Weise mit einem Horizontalverhältnis verknüpft oder verbunden ist (BGE 129 II 18, *Buchpreisbindung I*, E. 6.2).

180. Entgegen dem Einwand der Beschwerdeführerin (vgl. E. 164 ff.) ist es für die Beurteilung des Vorliegens einer Abrede daher unerheblich, ob die Koch-Gruppe in einem horizontalen Verhältnis zu den massgeblichen Beschlagherstellern steht oder nicht, weil auch ein vertikales oder ein sonstiges Wettbewerbsverhältnis als Grundlage für die Feststellung einer Wettbewerbsabrede ausreichend wäre.

181. Vorliegend ergibt sich zwischen den Teilnehmern des Koordinationstreffens eine Gemengelage aus verschiedenen Wettbewerbsverhältnissen (vgl. SV E.b ff.). Die Roto-Gruppe, die Siegenia-Gruppe und Winkhaus stehen als Beschlaghersteller in einem horizontalen Wettbewerbsverhältnis zueinander. Die Koch-Gruppe und SFS stehen als Grosshändler ebenfalls in einem horizontalen Wettbewerbsverhältnis zueinander. Die Koch-Gruppe steht zudem in einem horizontalen Wettbewerbsverhältnis zur Siegenia-Gruppe, weil diese auch Kunden direkt beliefert (vgl. SV E.d). Die Koch-Gruppe und SFS stehen schliesslich als Abnehmer der jeweiligen Produkte in einem vertikalen Wettbewerbsverhältnis zur Siegenia-Gruppe und zu Maco.

182. Angesichts dessen, dass sowohl die massgeblichen Beschlaghersteller als auch die Grosshändler die Fensterbeschläge gegenüber den Fensterproduzenten als relevante Marktgegenseite (vgl. E. 124 ff.) absetzen, besteht darüber hinaus auch insgesamt zwischen allen Abredeteiligen ein horizontales Wettbewerbsverhältnis. Denn massgebend für die Beurteilung des Verhältnisses zwischen den einzelnen Abredeteiligen sind nicht abstrakte Qualifizierungen im Rahmen einzelner Vertriebsketten, sondern deren konkrete Betätigung auf dem relevanten Markt und damit die tatsächlichen Verhältnisse auf dem jeweiligen Markt (BGE 129 II 18, *Buchpreisbindung I*, E. 6.2, wonach keine formalistische Unterscheidung vorzunehmen sei; ebenso BGer, 2C\_113/2013, *Hallenstadion*, E. 3.5.3, wonach die Realität und nicht theoretische Aspekte für die Beurteilung des relevanten Markts massgebend seien).

183. Entgegen dem Einwand der Beschwerdeführerin (E. 165 ff.) wird demzufolge die Feststellung einer Wettbewerbsabrede aufgrund der bestehenden Wettbewerbsverhältnisse einschliesslich eines horizontalen Wettbewerbsverhältnisses zwischen der Koch-Gruppe, der Siegenia-Gruppe, der Roto-Gruppe und der Winkhaus-Gruppe als Abredeteilige nicht ausgeschlossen. Insbesondere sind die Verweise auf die fehlende Produktion und den Vertrieb unterschiedlicher Marken von Fensterbeschlägen durch die Koch-Gruppe nicht geeig-

net, die Massgeblichkeit der Belieferung der Fensterproduzenten durch die Abredeteiligen zu entkräften.

184. Da der von der Beschwerdeführerin angeführte materielle Einwand nicht von Belang ist, sind auch alle von der Beschwerdeführerin in diesem Zusammenhang vorgebrachten Einwände, wonach die Vorinstanz den Sachverhalt nicht richtig festgestellt oder nicht ausreichend abgeklärt oder die entsprechenden inhaltlichen Hinweise und Anträge der Beschwerdeführerin nicht berücksichtigt habe, unerheblich, weshalb auch kein Verstoss gegen den Untersuchungsgrundsatz (vgl. E. 97 ff.) oder den Anspruch auf rechtliches Gehör (vgl. E. 104 ff.) vorliegt. Gleiches gilt für den Einwand, die Stellung der Koch-Gruppe sei bei der Bemessung der Sanktion nicht bzw. falsch berücksichtigt worden.

### c) Abredeform

185. Die angefochtene Verfügung nimmt keine eindeutige Qualifizierung der Form vor, mittels der die Verständigung der Abredeteiligen über die Verwirklichung einer Preiserhöhung erfolgte, sondern stellt lediglich auf ein abgestimmtes Verhalten als Minimum einer wechselseitigen Koordination der Preisgestaltung gemäss Art. 4 Abs. 1 KG ab.

#### (1) Vorbringen der Beschwerdeführerin

186. Die Beschwerdeführerin macht geltend, dass aus mehreren Gründen keine Abrede vorliege, bei der die Koch-Gruppe als Abredeteilige zu qualifizieren sei. Hierzu bringt sie eine Vielzahl von Einwänden vor.

187. Die ausländischen Beschlaghersteller hätten bereits vorgängig zum Treffen am 22. September 2006 eine Preiserhöhung als Materialteuerungszuschlag beschlossen gehabt. Denn Siegenia und Roto hätten sich ausweislich der Selbstanzeige von Roto bereits am 22. August 2006 telefonisch dahingehend verständigt, die Preise in der Schweiz um 5%-6% per 1. September zu erhöhen. Eine entsprechende Preiserhöhung von 6% sei der Koch-Gruppe von Siegenia zu diesem Zeitpunkt mitgeteilt worden. Demzufolge sei die Koordination zwischen den Beschlagherstellern bereits vor dem Treffen am 22. September 2006 erfolgt. Hiervon habe die Koch-Gruppe keine Kenntnis gehabt. Mit der Ankündigung der Preiserhöhung durch Siegenia gegenüber der Koch-Gruppe sei die Absprache der Beschlaghersteller vollzogen gewesen. Deshalb handle es sich bei der Preiserhöhung um eine Absprache der Beschlaghersteller. Denn nur deren Verhalten sei kausal für die durchzuführende Preiserhöhung gewesen.

188. Demzufolge habe es am Treffen vom 22. September 2006 gar nichts mehr abzustimmen gegeben. Das Verhalten der Koch-Gruppe stelle lediglich eine Abwehrreaktion gegen die einseitig angekündigte und zwischen mindestens zwei Beschlagherstellern beschlossene Erhöhung dar. Deshalb sei das Verhalten der Koch-Gruppe auf keinen Fall kausal für eine allfällige Abrede.

189. Die Koch-Gruppe habe das Treffen vom 22. September 2006 nur organisiert aufgrund der negativen Erfahrungen der Vorjahre und der Tatsache, dass die ausländischen Hersteller gegenüber den schweizerischen Abnehmern stets höhere Materialteuerungszu-

schläge hätten durchsetzen können als gegenüber den übrigen europäischen Konkurrenten.

190. Angesichts der horizontal koordinierten Vorgehensweise der Beschlaghersteller sei eine Reduktion des Materialteuerungszuschlags nur mit einem Vorgehen gegenüber allen Herstellern zu erreichen gewesen. Welches Resultat im Rahmen der individuellen Verhandlungen mit den jeweiligen schweizerischen Lieferanten erzielt würde, sei nämlich im Wesentlichen davon abhängig gewesen, auf welchen Widerstand die Hersteller bei ihren schweizerischen Abnehmern gestossen seien.

191. Die Koch-Gruppe habe an der Besprechung vom 22. September 2006 ausschliesslich mit dem Ziel teilgenommen, die von den Beschlagherstellern beschlossene Preiserhöhung auf ein tragbares Mass zu beschränken und damit das Diktat der ausländischen Hersteller und deren nationalen Herstellervertretungen zu brechen. Denn die Koch-Gruppe habe sich vehement gegen die von den Beschlagherstellern beschlossenen und ihren nationalen Vertriebsorganisationen auf den schweizerischen Handel überwältigten Preiserhöhungen per Materialteuerungszuschlag gewehrt.

192. Richtig interpretiert, beziehe sich die in der Einladung angeführte Abstimmung auf die gemeinsame Position gegenüber den ausländischen Herstellern («um dem internationalen Preisniveau näher zu kommen»), weil das internationale Preisniveau tiefer sei als das schweizerische, und nicht - wie von der angefochtenen Verfügung suggeriert - auf einen gemeinsam unter den Beschlagherstellern koordinierten Materialteuerungszuschlag.

193. Das Ziel der Koch-Gruppe sei erreicht worden. Zum einen sei es gelungen, die ursprünglich für die Koch-Gruppe vorgesehene Preiserhöhung durch Siegenia von 6% auf eine Erhöhung von 5,7% zu senken. Zum anderen sei der Termin für die Erhöhung hinausgeschoben worden, weil die Erhöhung statt am 1. September 2006 erst zum 1. Februar 2007 vorgenommen worden sei.

194. Die Koch-Gruppe habe damit nicht nur für sich selbst, sondern auch im Interesse aller anderen schweizerischen Abnehmern von Siegenia-Produkten gehandelt und als Zwischenhändlerin gegen Preiserhöhungen von Siegenia für deren Fensterbeschläge gekämpft. Ohne dieses Treffen hätten die Beschlaghersteller einen zeitlich früheren und höheren Materialteuerungszuschlag diktiert, was zu höheren inländischen Preisen und einer Einbusse an Wettbewerbsfähigkeit gegenüber dem Ausland geführt hätte. Die schweizerische Volkswirtschaft habe im Ergebnis von tieferen Preisen profitiert.

195. Die Kunden der Koch-Gruppe seien auf rechtzeitige Ankündigungen von Preiserhöhungen angewiesen und müssten wissen, ab welchem Zeitpunkt und in welchem Umfang die Siegenia-Gruppe ihre Preise erhöhe. Die Rolle der Koch-Gruppe im Vertrieb der Siegenia-Produkte erfordere daher ein entsprechendes Verhalten seitens der Koch-Gruppe.

196. Die Abrede bestehe zwischen den Beschlagherstellern, weshalb auch die Koch-Gruppe als Kunde von der Preiserhöhung der Beschlaghersteller betroffen gewesen sei. Als Betroffene der Preiserhöhung könne sie

nicht gleichzeitig Beteiligte der entsprechenden Preisabrede sein.

197. Die Beschlaghersteller hätten die Preiserhöhungen durchgesetzt, obwohl die Koch-Gruppe sich vehement dagegen gewehrt habe. Dass die Koch-Gruppe die Preiserhöhung der Beschlaghersteller habe übernehmen müssen, habe nichts mit Freiwilligkeit zu tun, sondern sei auf die Marktstrukturen und den damit verbundenen Druck der Hersteller zurückzuführen. Denn die Beschlaghersteller könnten den Materialteuerungszuschlag ansetzen, ohne die Argumente des Handels zu berücksichtigen.

198. Die Koch-Gruppe habe als reines Handelsunternehmen bei Preiserhöhungen der Beschlaghersteller nur zwei Möglichkeiten: (1) Entweder gebe sie die Preiserhöhungen widerstandslos an ihre Kunden weiter, oder (2) sie versuche durch Verhandlungen mit dem jeweiligen Beschlaghersteller oder dessen Vertretung in der Schweiz, die Höhe der von diesen bereits beschlossenen Zuschläge zu reduzieren. In beiden Fällen müsse die Koch-Gruppe jedoch die einseitig erfolgte Preiserhöhung angesichts der geringen Marge an ihre Kunden weitergeben.

199. Die Koch-Gruppe habe als reines Handelsunternehmen auf Preiserhöhungen der Beschlaghersteller ohnehin keinen Einfluss. Es dürfe einleuchtend sein, dass die Fragen, (i) ob die Preise für Siegenia-Produkte mittels Materialteuerungszuschlags erhöht werden, (ii) wie hoch die Erhöhungen ausfallen und (iii) wann diese umgesetzt werden, folglich von Siegenia D bzw. Siegenia und nicht von der Koch-Gruppe beantwortet und entschieden würden. Ebenso wenig könne die Koch-Gruppe Preiserhöhungen für Siegenia Produkte mit Roto oder anderen Herstellern vereinbaren.

200. Die Koch-Gruppe habe sich mit keinem Wettbewerber ausgetauscht und ihre Preispolitik gegenüber ihren Wettbewerbern sowie gegenüber ihren Kunden selbständig festgelegt. Die Koch-Gruppe habe insbesondere keine Informationen über Preiserhöhungen ausgetauscht, sondern sich ausschliesslich gegen Preiserhöhungen der Beschlaghersteller gewehrt. Entgegen der Feststellung in der angefochtenen Verfügung seien anlässlich des Treffens am 22. September 2006 weder Höhe noch Zeitpunkt der Preiserhöhungen beschlossen worden. Am Treffen hätten lediglich die schweizerischen Lieferanten von der Notwendigkeit überzeugt werden können, die bereits beschlossenen Erhöhungen zu reduzieren. Die definitive Höhe der Materialteuerungszuschläge sei erst nach dem Treffen bilateral, zwischen Lieferant und Händler, im Falle der Koch-Gruppe mit Siegenia, ausgehandelt worden. So habe die Koch-Gruppe erst im November 2006 die offizielle Preiserhöhungsankündigung von Siegenia erhalten.

201. Das Verhalten der Koch-Gruppe könne daher weder als Grundlage einer Wettbewerbsabrede wegen eines bewussten und gewollten Zusammenwirkens qualifiziert noch könne ihm eine stabilisierende Wirkung für eine Wettbewerbsabrede beigemessen werden.

202. Die Koch-Gruppe habe auch keinen Einfluss auf den Zeitpunkt der Preiserhöhung durch die Beschlaghersteller gehabt.

203. Bei dieser Ausgangslage könne die Koch-Gruppe nichts anderes tun, als die eigenen Preise zu erhöhen. Angesichts der knappen Margen der Koch-Gruppe wäre alles andere auch nicht zu verkraften gewesen. Die Wettbewerbskommission habe dies nicht verstanden.

204. Aufgrund der seit Erlass des aufgehobenen Urteils zwischenzeitlich ergangenen, aktuellen Rechtsprechung (vgl. SV K.b) ergebe sich keine andere Beurteilung. Vielmehr seien verschiedene Aspekte zusätzlich zu berücksichtigen.

205. Die Erwähnung des rechtskräftig festgestellten Herstellerkartells im Rückweisungs Urteil des Bundesgerichts verdeutliche nochmals den Umstand, dass für die Koch-Gruppe als Händlerin die einzige Möglichkeit, um sich gegen die für die Schweiz auf EU-Ebene beschlossene Preiserhöhung in der Schweiz zu wehren, darin bestanden habe, gemeinsam mit SFS als weitere reine Händlerin sämtliche Herstellervertretungen dazu zu bringen, bei ihren Mutterhäusern gegen die Preiserhöhung zu intervenieren. Denn die bilaterale Intervention bei Siegenia habe nicht zum gewünschten Resultat geführt.

### (2) Vorbringen der Vorinstanz

206. Die Vorinstanz hält die von der Beschwerdeführerin vorgebrachten Einwände aus sachlichen Gründen nicht für zutreffend und durch die Selbstanzeige von Roto sowie den anerkannten Geschehensablauf widerlegt.

### (3) Würdigung durch das Gericht

207. Art. 4 Abs. 1 KG sieht vor, dass eine Verhaltenskoordination durch die Koordinationsformen einer rechtlich erzwingbaren Vereinbarung, einer rechtlich nicht erzwingbaren Vereinbarung und einer abgestimmten Verhaltensweise erfolgen kann.

#### (a) Allgemeine Aspekte

208. Mit der weiten Umschreibung der Legaldefinition in Art. 4 Abs. 1 KG wird klargestellt, dass sämtliche Formen eines koordinierten Verhaltens von mindestens zwei Wirtschaftsteilnehmern, die zu einer nachteiligen Einwirkung auf den Wettbewerb führen, erfasst werden sollen, unabhängig davon, ob es sich um eine rechtsgeschäftlich oder eine auf andere Weise ausdrücklich abgestützte oder um eine bloss praktisch durchgeführte Koordination handelt (BGE 147 II 72, *Hors-Liste-Pfizer-II*, E. 3.4.1; BVGer, B-7920/2015, *VPVW-Repo-3*, E. 8.3.2; BVGer, B-3618/2013, *Hallenstadion*, E. 294 m.w.N.; sowie *Botschaft KG 95*, 533, zum gesetzlichen Ansatz, alle Formen einer wirtschaftlichen Tätigkeit zu erfassen). Die Begriffe der Vereinbarung und der abgestimmten Verhaltensweise stimmen dabei mit denjenigen aus Art. 101 AEUV überein, weshalb die Praxis zum EU-Wettbewerbsrecht hierbei Berücksichtigung finden kann (BGE 147 II 72, *Hors-Liste-Pfizer-II*, E. 3.1).

209. Die gesetzlich vorgesehenen Formen einer Wettbewerbsabrede bilden dabei eine Stufenfolge hinsichtlich der Intensität der formalen Ausgestaltung einer Verhaltenskoordination, die von den beteiligten Wirtschaftsteilnehmern vorgenommen wird (BGE 147 II 72, *Hors-Liste-Pfizer-II*, E. 3.4.1 mit Verweisen auf das EU-Wettbewerbsrecht). Ungeachtet dessen sind die verschiedenen Formen eines koordinierten Verhaltens auf-

grund der gesetzlichen Anordnung materiell als gleichrangig zu qualifizieren. Daher ist es für die Verwirklichung eines unzulässigen Wettbewerbsverhaltens letztlich unerheblich, ob die Unternehmen eine Vereinbarung eingehen oder ein abgestimmtes Verhalten durchführen.

210. Die subjektiven Absichten eines Unternehmens sind für die Beurteilung einer Beteiligung an einer Verhaltenskoordination unerheblich, können aber herangezogen werden, soweit sie bekannt sind.

211. Bereits aufgrund dieser allgemeinen Erwägungen ist festzustellen, dass wesentliche Einwände der Beschwerdeführerin gegen ihre Beteiligung an einer Wettbewerbsabrede unbeachtlich sind, weil sie für die rechtliche Beurteilung nicht massgeblich sein können. Denn die gesamten Darlegungen der Beschwerdeführerin im Hinblick darauf, dass der Koch-Gruppe angesichts der Marktstruktur, der vorgängigen Abstimmung der Beschlaghersteller, des Drucks der Beschlaghersteller oder ihrer geringen Margen auf den Fensterbeschlägen gezwungen gewesen sei, die abgestimmte Preiserhöhung der Beschlaghersteller an ihre Kunden weiterzugeben (vgl. E. 189 ff.), sind für die Beurteilung einer Beteiligung an einer Preisabrede nicht von Belang. Denn der Zweck von Art. 5 KG besteht nicht im Schutz des Wettbewerbs und der Wettbewerber vor einer allfälligen Notwendigkeit oder Möglichkeit zur Weitergabe von Preiserhöhungen ihres jeweiligen Vorlieferanten im Rahmen des Produktvertriebs, sondern vielmehr im Schutz des Wettbewerbs und aller Wettbewerber vor einer Koordination der Preisgestaltung durch einzelne Wettbewerber oder durch die Mitglieder einer Vertriebskette. Aufgrund des Selbständigkeitspostulats hat jeder Marktteilnehmer die von ihm angesetzten Preise ausschliesslich selbst und ohne irgendwelche Koordination mit Wettbewerbern oder Vorlieferanten bzw. Abnehmern auszugestalten. Liegt daher eine Koordination der Preisgestaltung in inhaltlicher, zeitlicher oder sonstiger Weise vor, so handelt es sich stets um eine Preisabrede, welche auch nicht mit Hinweisen auf vermeintliche oder tatsächlich bestehende wirtschaftliche Strukturen und Notwendigkeiten aus der Welt geschafft werden kann. Wenn überhaupt, wären derartige Überlegungen erst im Rahmen der Feststellung des Vorliegens einer Wettbewerbsbeschränkung sowie der allfälligen Beurteilung einer Rechtfertigung der Verhaltenskoordination gemäss Art. 5 Abs. 2 KG aufgrund von im Einzelfall vorliegenden und ausreichenden Rechtfertigungsgründen zu berücksichtigen.

212. Vorliegend ist die Koordination der Preisgestaltung schon deshalb erstellt, weil die Beschwerdeführerin den Austausch von Informationen über Preiserhöhungen mit anderen Marktteilnehmern im Hinblick auf die Preiserhöhung im Jahr 2007 (nachfolgend: Preiserhöhung 2007) selbst einräumt.

#### (b) Massgebliche Koordinationsform: Vereinbarungen

213. Als rechtlich erzwingbare Vereinbarung gemäss Art. 4 Abs. 1 KG ist eine rechtsgeschäftliche Übereinkunft von Unternehmen zu qualifizieren, die auf einer vertraglichen, gesellschaftsrechtlichen oder verbandsrechtlichen Grundlage beruht, der von den Abredeteiligen auch Rechtsverbindlichkeit beigemessen wird. Diese Form der Verhaltenskoordination zielt auf eine

durch die Rechtsordnung als grundsätzlich rechtswirksam anerkannte Handlungsform von Rechtssubjekten ab (BGE 147 II 72, *Hors-Liste-Pfizer-II*, E. 3.3; BGE 144 II 246, *Altimum*, E. 6.4.1).

214. Als rechtlich nicht erzwingbare Vereinbarung gemäss Art. 4 Abs. 1 KG ist eine quasi-rechtsgeschäftliche Übereinkunft von Unternehmen zu qualifizieren, die zwar formal ebenfalls auf einer vertraglichen, gesellschaftsrechtlichen oder verbandsrechtlichen Grundlage beruht, der nach dem Willen der Abredeteiligen aber keine Rechtsverbindlichkeit zukommen soll. Diese Form der Verhaltenskoordination zielt auf eine durch die Rechtsordnung zwar grundsätzlich anerkannte, im Einzelfall aber nicht verwirklichte Handlungsform von Rechtssubjekten ab (BGE 147 II 72, *Hors-Liste-Pfizer-II*, E. 3.3; BVGer, B-7920/2015, *VPVW-Repo-3*, E. 8.3.1).

215. Die Grundlage der rechtsgeschäftlichen und quasi-rechtsgeschäftlichen Vereinbarungen bildet ein Konsens der Abredeteiligen, der sich auf übereinstimmende, bei Beschlüssen ggf. nur auf mehrheitlich übereinstimmende Willenserklärungen in vertraglicher, gesellschaftsrechtlicher oder verbandsrechtlicher Form abstützt, die schriftlich, mündlich oder konkludent abgegeben werden (BGE 147 II 72, *Hors-Liste-Pfizer-II*, E. 3.1, 3.3; BGE 144 II 246, *Altimum*, E. 6.4.1; BVGer, B-7920/2015, *VPVW-Repo-3*, E. 8.3.1).

216. Im Übrigen wird mit der Formulierung «rechtlich erzwingbar» für rechtsgeschäftliche Vereinbarungen kein Bezug zur zivilrechtlichen Durchsetzbarkeit hergestellt (BVGer, B-506/2010, *Gaba*, E. 3.2.3; BVGer, B-3332/2012, *BMW*, E. 2.2.3; BVGer, B-5682/2012, *Altimum*, E. 4.1), weil eine wettbewerbswidrige Vereinbarung aufgrund ihres widerrechtlichen Inhalts gemäss Art. 20 OR von vornherein einen Durchsetzungsmangel aufweist (BGE, 12.6.2008, 4A\_16/2008, *Almonte SA gg. Air Mercury AG*, publ. in RPW 2008/3, 535, Ziff. 2.2).

#### (c) Sachverhalt

217. Zunächst ist der Charakter des Treffens der Untersuchungsadressaten am 22. September 2006 (nachfolgend: Koordinationstreffen) aufgrund von dessen Gegenstand festzustellen. Dabei erweist sich die Behauptung der Beschwerdeführerin (vgl. E. 189 ff.), wonach die Einberufung und Durchführung des Koordinationstreffens einschliesslich des hierbei vorgenommenen Informationsaustauschs nur dazu gedient haben soll, die Preiserhöhungen der Siegenia-Gruppe gegenüber der Koch-Gruppe im Rahmen des Absatzverhältnisses inhaltlich zu begrenzen und zeitlich hinauszuschieben, als tatsächenswidrig. Denn bereits in der Einladung zu dieser Besprechung vom 7. September 2006 (vgl. SV G.f) wird als Gegenstand der Besprechung «Umsetzung MTZ 2007» angegeben und ausgeführt, dass «[...] alle Hersteller Preisaufschläge ankündigen [werden]. Bezüglich Umsetzung und Höhe sollten wir uns in der Schweiz abstimmen [...]» Die Besprechung war somit von vornherein gar nicht auf eine Bekämpfung einer bereits erfolgten Preiserhöhung der Verkaufspreise der Siegenia-Gruppe und damit der Einstandspreise der Koch-Gruppe für Siegenia-Produkte ausgerichtet, sondern zum einen auf die Preiserhöhungen aller Beschlaghersteller und zum anderen auf die inhaltliche und zeitliche Festlegung der Wiederverkaufspreise gegenüber den Fensterprodu-

zenten und den übrigen Zwischenhändlern. Ein anderer Sinngehalt kann der Formulierung «Umsetzung von Preiserhöhungen der Beschlaghersteller» aus objektiver Sicht nicht beigemessen werden. Alle Untersuchungsadressaten haben sich demzufolge zu dem Koordinationstreffen in dem Bewusstsein und der Erwartung eingefunden, dass hierbei eine Koordination der inhaltlichen und zeitlichen Ausgestaltung der Wiederverkaufspreise gegenüber den Fensterproduzenten und anderen Zwischenhändlern erfolgen soll. Das Koordinationstreffen diene daher einem wettbewerbswidrigen Zweck.

218. Diese Feststellung wird auch durch das E-Mail der Koch-Gruppe zur Bestätigung des Koordinationstermins vom 8. September 2006 (vgl. SV G.g), mit der die Mitteilung der GU-Gruppe an die anderen Teilnehmer des Koordinationstreffens weitergeleitet wurde, bestätigt. Darüber hinaus erscheint das Bewusstsein für ein wettbewerbskonformes Verhalten kaum vorhanden gewesen zu sein, wenn ein Branchenunternehmen wie die GU-Gruppe sich dafür entschuldigt, dass es an einem Koordinationstreffen der massgeblichen Hersteller und Händler der Branche zum Austausch über Zeitpunkt und Höhe einer Preiserhöhung nicht teilnimmt und als Grund hierfür die bereits erfolgte Preiserhöhung angibt.

219. Die Roto-Gruppe hat im Rahmen ihrer Selbstanzeige angegeben, dass jedenfalls die am Koordinationstreffen teilnehmenden Unternehmen, d.h. die Koch-Gruppe, die Siegenia-Gruppe, die Roto-Gruppe und die Winkhaus-Gruppe, als Abredeteilige eine Verständigung darüber vorgenommen hätten, jeweils spätestens per 1. Februar 2007 eine Preiserhöhung in Form eines Materialteuerungszuschlags in Höhe von 5,7%, 5,8% und 6% durchzuführen und diese Preiserhöhung bis Ende Oktober 2006 gegenüber den Kunden anzukündigen (vgl. SV G.i).

220. E-Mails der Winkhaus-Gruppe an die übrigen Abredeteiligen (vgl. SV G.j) bestätigen sowohl das Vorhandensein einer Verständigung als auch deren Inhalt im Hinblick auf Höhe und Zeitpunkt der vorzunehmenden Preiserhöhung einschliesslich einer Ankündigung gegenüber den Kunden im Oktober. Denn ohne das Vorhandensein einer entsprechenden Verständigung würde eine Benachrichtigung der übrigen Abredeteiligen keinen Sinn ergeben.

221. Die Beschwerdeführerin räumt unter Hinweis auf das von ihr mit ihrer Teilnahme am Koordinationstreffen verfolgte Ziel ausdrücklich selbst ein (vgl. E. 193), dass zum einen die Abredeteiligen einen Informationsaustausch über den Zeitpunkt und die Höhe einer Preiserhöhung in Form eines Materialteuerungszuschlags einschliesslich einer entsprechenden Ankündigung gegenüber den Kunden vorgenommen haben und dass zum anderen die Koch-Gruppe und die Siegenia-Gruppe eine Verständigung darüber getroffen haben, spätestens per 1. Februar 2007 eine Preiserhöhung in Höhe von 5,7% durchzuführen und diese Preiserhöhung bis Ende Oktober 2006 gegenüber den Kunden anzukündigen. Die Beschwerdeführerin bestätigt demzufolge, dass ein Austausch sowie eine inhaltliche Festlegung über Zeitpunkt und Umfang einer Preiserhöhung in Form eines Materialteuerungszuschlags vorgenommen wurden.

222. Die Angaben der Abredebeteteiligten stimmen somit in den wesentlichen Punkten überein und das Ergebnis entspricht dem Zweck des Koordinationstreffens, wie dies in der Einladung der Koch-Gruppe angegeben worden war.

223. Diese Feststellung entspricht im Übrigen dem Inhalt des ausdrücklichen Vorbringens der Beschwerdeführerin zum Erfolg des von ihr geleisteten Widerstands gegen das Herstellerdiktat (vgl. E. 339 ff.), wonach aufgrund ihrer Tätigkeit die Preiserhöhung der Hersteller sowohl zeitlich als auch der Höhe nach habe abgewendet und durch eine später stattfindende und in der Höhe reduzierte Einführung des Materialteuerungszuschlags ersetzt werden können.

224. Die Preiserhöhungen wurden von den Abredebeteteiligten entsprechend dem Inhalt der Verständigung gegenüber den Kunden im Oktober angekündigt und Anfang 2007 termingerecht umgesetzt und angewendet. Zudem waren die jeweiligen Preiserhöhungsschreiben an die Kunden wechselseitig ausgetauscht worden (vgl. SV G.I), was von der Beschwerdeführerin nicht bestritten wird. Dadurch wird das Vorhandensein einer entsprechenden Verständigung unter den Abredebeteteiligten belegt. Denn ohne das Vorhandensein einer entsprechenden Verständigung würde ein entsprechender Austausch von Kundenschreiben keinen Sinn ergeben.

225. Daher bestehen über den Vorgang der Preiskoordination als massgeblichen rechtsrelevanten Sachverhalt keinerlei begründete Zweifel. Der massgebliche Sachverhalt der Verhaltenskoordination ist demzufolge ausreichend erstellt.

226. Dabei ist es entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin unerheblich, dass die Angaben zur Preiserhöhung durch Roto im Rahmen einer Selbstanzeige gemacht wurden und letztlich zu einer Sanktionsbefreiung der Roto-Gruppe geführt haben. Denn sowohl die von der Beschwerdeführerin und anderen Abredebeteteiligten gemachten Angaben als auch die tatsächlich vorgenommenen Handlungen der Abredebeteteiligten zu den wesentlichen Punkten der Preiserhöhung stimmen mit den Angaben von Roto in der Selbstanzeige überein. Gegenüber der Richtigkeit der von Roto eingeräumten Angaben zur Preiserhöhung bestehen daher keine Zweifel.

227. Die an dem Koordinationstreffen teilnehmenden Abredebeteteiligten haben somit bewusst und gewollt eine Verständigung darüber vorgenommen, zu welchem Zeitpunkt und in welcher Höhe von ihnen eine Preiserhöhung gegenüber ihren jeweiligen Kunden durchzuführen ist, womit offensichtlich eine Koordination der Preisgestaltung der Endkundenpreise gegenüber den Fensterproduzenten und den sonstigen Zwischenhändlern einherging.

228. Aufgrund der erstellten Umstände ist davon auszugehen, dass die Abredebeteteiligten eine rechtlich verbindliche Vereinbarung treffen wollten, weil die Beschlaghersteller im Rahmen der getroffenen Vereinbarung die rechtswirksame Verpflichtung eingehen sollten, dass die Preiserhöhung von ihnen erst zum vorgesehenen Zeitpunkt in der vorgesehenen Höhe geltend gemacht werden kann. Dies ergibt sich schon daraus, dass zum ei-

nen die von der Beschwerdeführerin behauptete Preiserhöhung von 6% zum 1. September 2006 inhaltlich reduziert und zeitlich auf Anfang 2007 hinausgeschoben wurde und zum anderen die vereinbarte Preiserhöhung vorgängig gegenüber den Kunden angekündigt werden sollte. Denn es hätte keinem ordnungsgemässen Geschäftsgebaren entsprochen und für alle Abredebeteteiligten zu nachteiligen Weiterungen geführt, wenn die Beschlaghersteller oder die Zwischenhändler nach Ankündigung dieser vereinbarten Preiserhöhung dann doch eine andere inhaltliche oder zeitliche Erhöhung der Preise vorgenommen hätten. Von der Beschwerdeführerin wird denn auch selbst eingeräumt (E. 195), dass für ihre Kunden eine frühzeitige und korrekte Ankündigung der Preiserhöhungen von Siegenia-Produkten von Bedeutung sei. Die Abredebeteteiligten haben zum Nachweis ihres vereinbarungsgemässen Verhaltens sogar die Preiserhöhungsschreiben an ihre Kunden wechselseitig ausgetauscht (vgl. SV G.I), was ebenfalls das Bestehen einer entsprechenden verbindlichen Verpflichtung zwischen den Unternehmen nahelegt. Letztlich kann aber dahingestellt bleiben, ob diese Vereinbarung rechtlich bindend und rechtlich unverbindlich sein sollte, weil beide Varianten in gleicher Weise von Art. 4 Abs. 1 KG erfasst werden.

229. Gleichermassen kann dahingestellt bleiben, ob die Preiserhöhungsvereinbarung bereits am 22. September 2006 abgeschlossen worden war oder ob sie erst aufgrund des konkludenten Verhaltens der Abredebeteteiligten zustande kam. Denn die Abredebeteteiligten haben wie vorgesehen im Oktober 2006 die vereinbarten Preiserhöhungen gegenüber den Kunden zum einen inhaltlich und zeitlich angekündigt (vgl. SV G.k) und zum anderen die entsprechenden Ankündigungsschreiben wechselseitig ausgetauscht (vgl. SV G.I). Damit haben sie die anlässlich des Treffens am 22. September 2006 wechselseitig angebotene Verständigung über eine Preiserhöhung der Endkundenpreise in jedem Fall spätestens zu diesem Zeitpunkt konkludent angenommen. Die Beschwerdeführerin bringt im Übrigen hinsichtlich des Verhaltens der Beschlaghersteller selbst vor, dass mit der Ankündigung einer Preiserhöhung die Wettbewerbsabrede vollzogen wird (vgl. E. 187).

230. Dass von den Abredebeteteiligten eine Vereinbarung abgeschlossen worden war, an die sie gebunden waren oder an die sie sich zumindest gebunden fühlten, wird durch den Umstand bestätigt, dass die Abredebeteteiligten ihre Preise im vorgesehenen Umfang zum angekündigten Zeitpunkt gegenüber den Kunden erhöht haben (vgl. SV G.m).

231. Dabei spielt es keine Rolle, ob einzelne der beteiligten Unternehmen einen nicht erklärten Vorbehalt mit dem Inhalt angebracht haben, die Preiserhöhung gegenüber den Kunden tatsächlich überhaupt nicht, nicht in der vorgesehenen Höhe oder nicht zu dem vorgesehenen Zeitpunkt anzuwenden oder durch die Anwendung anderer Massnahmen, wie eine Gewährung von besonderen Rabatten, faktisch aufzuheben. Denn eine entsprechende Mentalreservation ist bereits bei Abschluss von rechtlich anerkannten Vereinbarungen unbeachtlich (HUGUENIN CLAIRE, Obligationenrecht, 3. Aufl. 2020, Rn. 197; KOLLER ALFRED, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 4. Aufl. 2017, Rn. 3.201 f.).

Umso mehr ist eine Berücksichtigung derartiger Vorstellungen im Rahmen einer kartellrechtlichen Beurteilung von rechtlich nicht anerkannten Vereinbarungen ausgeschlossen. Deshalb sind Mentalreservierungen, selbst wenn sie stattgefunden hätten, nicht zu berücksichtigen. Dies gilt auch für eine allfällige Vorstellung der Beschwerdeführerin, dass die Verständigung der Abredeteiligen sich auf die Bruttopreise gegenüber den Endkunden bezogen habe, weshalb dadurch eine spätere Ausgestaltung der Kundenpreise aufgrund der Einräumung von individuellen Rabatten auf diese Bruttopreise nicht ausgeschlossen gewesen sei.

232. Die Beschwerdeführerin und mit ihr die Koch-Gruppe sind demzufolge als Beteiligte an einer rechtlichen Vereinbarung über die Ausgestaltung von Preisen in Gestalt einer Preiserhöhungsvereinbarung in Form eines Materialteuerungszuschlags zu qualifizieren.

233. Selbst wenn davon auszugehen wäre, dass weder eine rechtlich verbindliche noch eine rechtlich unverbindliche Vereinbarung zwischen den Abredeteiligen abgeschlossen worden war, würde zwischen den Abredeteiligen zumindest eine abgestimmte Verhaltensweise vorliegen. Denn die Fühlungnahme in Gestalt des wechselseitigen Informationsaustauschs zwischen den Abredeteiligen am Koordinationstreffen wurde durch das nachfolgende, diesem Informationsaustausch entsprechende Verhalten manifestiert und bestätigt (BGE 147 II 72, *Hors-Liste-Pfizer-II*, E. 3.4.2; BVGer, B-7920/2015, VPVW-Repo-3, E. 8.3.2).

234. Die von der Beschwerdeführerin hiergegen in vielfältigen Varianten wiederkehrend vorgebrachte Behauptung, ihr Verhalten habe ausschliesslich der Abwehr der Preiserhöhung der Siegenia-Gruppe als Lieferantin gedient, ist daher tatsachenwidrig und deshalb unzutreffend.

235. Die Behauptung der Beschwerdeführerin (vgl. E. 200), wonach sich die Koch-Gruppe mit keinen Wettbewerbern ausgetauscht und ihre Preispolitik gegenüber ihren Wettbewerbern sowie gegenüber den Kunden selbständig festgelegt habe, ist ebenfalls tatsachenwidrig. Die Koch-Gruppe hat sich jedenfalls mit ihren Wettbewerbern im horizontalen Wettbewerbsverhältnis Roto und Winkhaus (vgl. E. 181 f.) über eine Preiserhöhung verständigt und hierzu eine Preiserhöhungsvereinbarung abgeschlossen, welche sie inhaltlich und zeitlich entsprechend dem Inhalt dieser Preiserhöhungsvereinbarung spätestens durch deren Ankündigung gegenüber ihren Kunden konkludent angenommen hat. Zudem hat die Koch-Gruppe sich an der Verständigung der Beschlaghersteller Roto, Siegenia und Winkhaus beteiligt, mit der sichergestellt wurde, dass die Abredeteiligen vergleichbare Preiserhöhungen im gleichen Zeitraum vornehmen, wovon sie im Wettbewerb gegenüber den Endkunden ebenfalls profitiert hat, weil die Preiserhöhung für Siegenia-Fensterbeschläge dadurch nicht solitär gegenüber den Endkunden vorgenommen wurde. Darüber hinaus hat sie nach ihrem eigenen Vorbringen eine Vereinbarung mit Siegenia über Umfang und Termin einer Erhöhung der Preise von Siegenia-Fensterbeschlägen durch einen Materialteuerungszuschlag vereinbart, mit der unweigerlich auch eine Erhö-

hung der Endkundenpreise gegenüber den Fensterproduzenten vereinbart worden war.

236. Hierdurch wurde offensichtlich das Selbständigkeitspostulat verletzt. Denn die Koch-Gruppe als Zwischenhändlerin darf die inhaltliche, zeitliche oder sonstige Preisgestaltung für ihre Endkundenpreise gegenüber den Fensterproduzenten weder mit der Siegenia-Gruppe als ihrer Vertriebspartnerin noch mit der Roto-Gruppe und der Winkhaus-Gruppe als konkurrenzierende Wettbewerber und sonstige Vorlieferanten koordinieren (vgl. E. 211).

237. Im Übrigen würde eine Anerkennung des Verhaltens der Abredeteiligen die Anwendung von Art. 5 KG ins Leere laufen lassen. Denn damit wäre die Verständigung über eine Ausgestaltung der Endkundenpreise zwar zwischen einem Hersteller und seinem Vertriebsmittler oder zwischen zwei Wettbewerbern unzulässig. Demgegenüber wäre aber eine Verständigung von nahezu allen Branchenvertretern in Gestalt von Herstellern und Vertriebsmittlern, die einen Marktanteil von über 80% abdecken, zulässig, weil dies angeblich im Interesse der Endkunden sein soll. Es ist offensichtlich vorhersehbar, dass in der Praxis dann nur noch branchenweite Verständigungen über die Gestaltung von Endkundenpreisen zur Reduzierung der von den Herstellern verlangten Preiserhöhungen durch alle Branchenvertreter stattfinden würden und ein Preiswettbewerb überhaupt nicht mehr stattfinden könnte.

238. Die Feststellung einer Beteiligung der Koch-Gruppe an einer Preiserhöhungsvereinbarung mit der Siegenia-Gruppe, der Roto-Gruppe und der Winkhaus-Gruppe wird auch nicht dadurch relativiert, dass eine entsprechende Beteiligung von SFS rechtswirksam abgelehnt wurde. Die Feststellung einer Beteiligung an der Wettbewerbsabrede mittels eines abgestimmten Verhaltens entsprechend der angefochtenen Verfügung, die aufgrund der Teilnahme am wettbewerbswidrigen Koordinationstreffen grundsätzlich möglich gewesen wäre, war vom Bundesverwaltungsgericht mit Urteil vom 23. September 2014 aufgrund der spezifischen Umstände des Einzelfalls abgelehnt worden. Dieses Urteil wurde vom Eidgenössischen Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung im Gegensatz zum Verfahren der Koch-Gruppe und der Siegenia-Gruppe in der Folge nicht mit Beschwerde beim Bundesgericht angegriffen, weshalb es ungeachtet der zwischenzeitlich eingetretenen Klarstellung der Rechtsprechung durch das Bundesgericht mittlerweile rechtskräftig ist. Die angefochtene Verfügung wurde demzufolge in Bezug auf SFS als Verfügungsadressatin rechtswirksam aufgehoben. Die Beschwerdeführerin können aus dieser Aufhebung jedoch nichts zu ihren Gunsten ableiten.

239. Des Weiteren ist der Einwand der Beschwerdeführerin (vgl. E. 196), wonach die Koch-Gruppe nicht an einer Abrede der Beschlaghersteller teilnehmen können, weil die Koch-Gruppe von einer Erhöhung dieser Preise selbst betroffen sei, aus mehreren Gründen unzutreffend. Zum einen kann sich auch ein Zwischenhändler an der Preisabrede von Herstellern beteiligen, selbst wenn die jeweiligen Preise ihm gegenüber Anwendung finden, weil er die Abrede auf der Stufe der Hersteller durch seine Mitwirkung zumindest unterstützt,



um für alle Zwischenhändler eine Preiserhöhung herbeizuführen. Zum anderen bildet nicht allein die Beteiligung der Koch-Gruppe an einer Preiserhöhungsvereinbarung der Beschlaghersteller zur Erhöhung der Herstellerpreise, sondern darüber hinaus auch ihre Beteiligung an einer Preiserhöhungsvereinbarung der Endkundenpreise, d.h. der Wiederkaufspreise der Koch-Gruppe und der anderen Abredeteiligen gegenüber den Fensterproduzenten und den Einzelhändlern, den Koordinationsgegenstand.

240. Die verschiedenen Einwände der Beschwerdeführerin (vgl. E. 187 ff. und 196 ff.), wonach das Verhalten der Koch-Gruppe nicht kausal für den Abschluss der Preiserhöhungsvereinbarung gewesen sei, weil vorgängig bereits eine Preisabrede der Beschlaghersteller bestanden habe, auf der die Preiserhöhung gegenüber den Endkunden beruhe und von der Koch-Gruppe nur an die Endkunden weitergegeben worden sei, sind tatsächwidrig. Wie die Beschwerdeführerin selbst vorbringt (vgl. E. 193 und 344 f.), wurde eine allenfalls vorgängig bereits bestehende Preiserhöhungsabrede zwischen den Beschlagherstellern aufgrund der Intervention der Koch-Gruppe dahingehend abgeändert, dass sowohl der Umfang der Preiserhöhung von 6,0% auf 5,7% gekürzt als auch der Termin von deren Anwendung vom 1. September auf den 1. Februar zeitlich hinausgeschoben wurde. Das Verhalten von Koch war daher offensichtlich kausal für den Abschluss der letztlich durchgeführten Preiserhöhung gegenüber den Endkunden.

241. Im Übrigen würde auch ein von der Beschwerdeführerin behauptetes Preisdiktat der Beschlaghersteller (vgl. E. 191, 197 ff.) zu keiner Änderung der rechtlichen Beurteilung des tatsächlichen Verhaltens der Koch-Gruppe führen. Denn eine Vereinbarung oder ein abgestimmtes Verhalten wird durch ein Preisdiktat der Hersteller nicht ausgeschlossen, wie dies das Bundesgericht im Rückweisungsurteil ausdrücklich festgehalten und damit die Feststellungen des aufgehobenen Urteils zum Vorliegen einer Wettbewerbsabrede anders gewürdigt hat (BGer, 2 C\_2017/2014, *Baubeschläge-Koch-I*, E. 3.2).

242. Auch die subjektiven Absichten der Koch-Gruppe zur Beteiligung an der Preiserhöhungsvereinbarung sind entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin (vgl. E. 191 f.) nicht von Belang. Denn massgebend ist allein, dass die Koch-Gruppe an einer unzulässigen Koordinierung der Preisgestaltung mit Konkurrenten, Vertriebspartnern und Vorlieferanten durch die Verständigung über die Höhe und den Zeitpunkt eines Materialteuerungszuschlags teilgenommen hat. Dementsprechend ist auch der Aspekt, ob das Ergebnis dieser Koordinierung von der Koch-Gruppe als positiv oder negativ qualifiziert wird, ohne Bedeutung für die Feststellung einer Wettbewerbsabrede. Jedenfalls hat die Koch-Gruppe die Koordination ausdrücklich angestrebt und diese als Erfolg bezeichnet, worauf im Rahmen der Sanktionierung zurückzukommen sein wird.

243. Der Einwand der Beschwerdeführerin (vgl. E. 200), wonach die Höhe und der Zeitpunkt der Preiserhöhung erst nach dem Koordinationstreffen zwischen der Koch-Gruppe und den einzelnen Beschlagherstellern bilateral verhandelt worden seien, ist zum einen sachlich un-

glaubwürdig und als blosser Schutzbehauptung zu qualifizieren, weil er bereits ihrem eigenen Vorbringen widerspricht, wonach das einzige Ziel des Koordinationstreffens in der Reduktion des Materialteuerungszuschlags bestanden habe und dieses Ziel sowohl inhaltlich als auch zeitlich zumindest zum Teil erreicht worden sei. Zum anderen ist der Einwand unglaubwürdig, weil sich dabei ein Widerspruch zur Feststellung ergibt, wonach Roto die entsprechenden Daten der Preiserhöhung von Siegenia-Fensterbeschlägen bereits anlässlich des Koordinationstreffens bekannt gewesen waren. Wenn die genaue Höhe und der Zeitpunkt der Preiserhöhung erst nachträglich zum Koordinationstreffen verhandelt worden wären, hätte Roto hierüber keine Kenntnis haben können. Zudem hätte die Koch-Gruppe ihre Kunden nicht bereits im Oktober über die im Februar bevorstehende Preiserhöhung informieren können, wenn Siegenia, wie von der Beschwerdeführerin behauptet, diese erst im November gegenüber der Koch-Gruppe bekannt gegeben hätte.

244. Soweit die Beschwerdeführerin mit dem Einwand behaupten will, dass die Festlegung anlässlich des Koordinationstreffens erst unverbindlich und die verbindliche Festlegung erst im Rahmen bilateraler Verhandlungen erfolgt sei, führt dies im Ergebnis, wie vorstehend dargelegt, nicht zu einer anderen rechtlichen Beurteilung des Gesamtvorgangs.

## 2) Wettbewerbsbeschränkung

245. Die angefochtene Verfügung stellt angesichts der Preisabrede, mit der die Preise für Fensterbeschläge durch die Abredeteiligen gegenüber den Fensterproduzenten als Endkunden festgelegt wurden, auch eine Wettbewerbsbeschränkung gemäss Art. 4 Abs. 1 KG fest.

### (1) Vorbringen der Beschwerdeführerin

246. Die Beschwerdeführerin macht geltend, dass eine Wettbewerbsbeschränkung nicht vorgelegen habe. Hierzu bringen sie eine Vielzahl von verschiedenen Einwänden vor.

247. Die Verständigung über die Preiserhöhung sei ausschliesslich zur Verhinderung und Reduzierung der durch die Beschlaghersteller vereinbarten und angekündigten Preiserhöhung erfolgt und habe eine Wettbewerbsbeschränkung weder bezweckt noch bewirkt.

248. Die Qualifizierung als Preisabrede gemäss Art. 5 Abs. 3 lit. a KG würde voraussetzen, dass durch die Verständigung über die Preisgestaltung wesentliche Preiselemente oder Preiskomponenten festgesetzt würden. Die Festlegung von unbedeutenden Preiselementen würde demgegenüber nicht unter Art. 5 Abs. 3 lit. a KG fallen. Vorliegend sei die Wesentlichkeit der Preiserhöhung nicht festgestellt worden, weil die Wettbewerbskommission es versäumt habe, diesen Sachpunkt im Rahmen der angefochtenen Verfügung zu prüfen.

249. Die Qualifizierung als Preisabrede gemäss Art. 5 Abs. 3 lit. a KG würde voraussetzen, dass von der betreffenden Verständigung über die Preisgestaltung eine preisharmonisierende Wirkung ausgehen würde. Dies sei von der Wettbewerbskommission in Sachen Klimarappen (RPW 2005/2, 239) in Bezug auf eine indirekte

Preisabsprache durch Übereinkunft über ein Kostenelement sowie in Sachen Swico/Sens (RPW 2005/2, 251) in Bezug auf die Überwälzung eines verhältnismässig geringen Preiselements in Bezug auf die Preise auf dem Markt des Endprodukts festgestellt worden.

250. Die Anforderung der preisharmonisierenden Wirkung einer Abrede gemäss Art. 5 Abs. 3 lit. a KG entsprechend der Praxis der Wettbewerbskommission sei jedoch nicht gegeben. Denn die vermeintliche Abrede über eine Preiserhöhung unter Beteiligung der Koch-Gruppe habe diese Wirkung vor dem Hintergrund des Rabattwettbewerbs, der beschränkten Umsetzung der angekündigten Preiserhöhung und der unterschiedlichen Preisbasis, auf welche sich die Preiserhöhungen bezogen hätten, nicht gehabt, und zwar ungeachtet des Umstands, dass aufgrund der bisherigen Wettbewerbspraxis unklar bleibe, wann eine preisharmonisierende Wirkung überhaupt vorliege. Auch die Wettbewerbskommission gehe davon aus, dass nicht jede Abrede, die sich auf die Endpreise auswirke, vom Vermutungstatbestand erfasst werde (RPW 2011/4, 529, *Ascopa*, Ziff. 425 ff.).

251. Die vorgeworfene Preiserhöhung beziehe sich im vorliegenden Fall lediglich auf die Überwälzung eines sekundären Bruttopreisbestandteils.

252. Die von der Koch-Gruppe gegenüber ihren Kunden angekündigte Preiserhöhung von 5,7% würde nicht den tatsächlich durchgesetzten Preiserhöhungen entsprechen. Denn die tatsächliche Überwälzung der angekündigten Erhöhung habe im Rahmen von nachträglichen bilateralen Verhandlungen zwischen der Koch-Gruppe und ihren Kunden stattgefunden. Je nach Kunde, Menge und Zusammensetzung der Gesamtbestellung seien beträchtliche individuelle Rabatte auf die Bruttopreise zwischen 40% und 60% gewährt worden.

253. Da mindestens 94,3% der Bruttopreise nicht von dieser vermeintlichen Abstimmung betroffen gewesen seien, sei diese deshalb nicht geeignet, sich preisharmonisierend auszuwirken.

254. Die Bruttopreise der verschiedenen Wettbewerber würden sich voneinander unterscheiden und hätten den Charakter einer Preisempfehlung, weil auf diese Bruttopreise je nach Kunde, Menge und Zusammensetzung der Gesamtbestellung beträchtliche individuelle Rabatte gewährt würden. Die Abrede sei für eine Wettbewerbsbeschränkung nicht kausal gewesen, weil die «Bruttopreisfestlegung» sich nicht auf den Endpreis ausgewirkt und daher keine preisharmonisierende Wirkung gehabt habe. Die angeblichen Abredeteiligen hätten demzufolge weder die Endpreise noch die Berechnungsmethoden aufeinander abgestimmt.

255. Die Preisgestaltung zwischen den verschiedenen Produkten sowie deren Bruttopreise würden stark variieren. So betrage Siegenias Bruttopreis für die Komponente «DKB Eckumlenkung unten» 9,38 CHF; der Preis von Roto für die entsprechende Komponente dagegen 8,13 CHF. Zudem seien die einzelnen Produkte der Beschlaghersteller auch in rein technischer Hinsicht nicht ohne Weiteres miteinander vergleichbar. Diese technischen Differenzen würden sich auch auf den Preis auswirken. Die vermeintliche Abstimmung des Materialneue-

lungszuschlags sei somit in keiner Weise geeignet, sich preisharmonisierend auszuwirken.

256. Aufgrund der nach Erlass des aufgehobenen Urteils zwischenzeitlich ergangenen und nun aktuellen Rechtsprechung (vgl. SV K.b) müssten verschiedene Aspekte im Hinblick auf die Auslegung und Anwendung von Art. 5 Abs. 3 lit. a KG zusätzlich berücksichtigt werden.

257. So habe das Bundesgericht sich in seinem Rückweisungsurteil für eine enge Auslegung von Art. 5 Abs. 3 lit. a entschieden, in dem es ausgeführt habe, dass alleine massgebend sei, ob die Beteiligten auf der gleichen Marktstufe eine Abrede getroffen hätten, die Preise in bestimmter Höhe festzusetzen oder weiterzugeben (BGer, 2C\_1017/2014, *Baubeschläge-Koch-I*, E. 3.2).

258. Bereits das Bundesverwaltungsgericht habe im Ausgangsurteil darauf hingewiesen, (1) dass Sachverhalte nicht dem Vermutungstatbestand unterstehen, wenn lediglich unbedeutende Preisbestandteile, d.h. solche, die keine bedeutenden Auswirkungen auf den wirksamen Wettbewerb haben, festgelegt würden (BVGer, 8430/2010, *Baubeschläge-Koch-I*, E. 6.4.11), und (2) dass durch die unterschiedlichen und nicht abgesprochenen Rabatte nach wie vor Preiswettbewerb bestehen könne (BVGer, 8430/2010, *Baubeschläge-Koch-I*, E. 6.4.12). Ausserdem habe es auf Zweifel am Kausalzusammenhang zwischen dem Treffen vom 22. September 2006 und der späteren Kommunikation der Preiserhöhung hingewiesen. Daher sei es auch zum Schluss gelangt, der Nachweis könne nicht erbracht werden, dass das Verhalten der Koch-Gruppe die Vermutungsbasis von Art. 5 Abs. 3 lit. a KG erfülle (BVGer, 8430/2010, *Baubeschläge-Koch-I*, E. 6.4.14).

259. Das Bundesverwaltungsgericht habe in den Fällen Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau im Hinblick auf einen Informationsaustausch unter Anbietern über Offertabsichten, Interessen an einem Zuschlag, Kapazitätsauslastungen, Preise und Preisbestandteile im Kontext von Auftragsvergaben und einer damit verbundenen Beeinflussung des Angebotspreises der am Informationsaustausch beteiligten Unternehmen festgehalten, dass für die Unterstellung unter den Vermutungstatbestand von Art. 5 Abs. 3 lit. a KG in jedem Fall die Wirkung der Preisfestsetzung massgeblich sei (BVGer, 25.6.2018, B-807/2012, *Erne Holding AG* u.a. gg. *Weko*, zit. *Erne*, E. 10.2.3). In einer entsprechenden Preisbeeinflussung könne daher selbst bei einer weiten Auslegung des Gesetzeswortlauts weder eine direkte noch eine indirekte Preisfestsetzung im Sinne von Art. 5 Abs. 3 lit. a KG gesehen werden. Das Bundesverwaltungsgericht habe für die Auslegung von Art. 5 Abs. 3 lit. a KG damit bestätigt, dass (1) eine Abrede die Wirkung einer Preisfestsetzung haben müsse, und dass (2) ein wettbewerbsrechtlich sensitiver Informationsaustausch nicht von Art. 5 Abs. 3 lit. a KG, sondern nur von Art. 5 Abs. 1 KG erfasst werde, selbst wenn die ausgetauschten Informationen von den am Austausch beteiligten Unternehmen beim eigenen Preisverhalten berücksichtigt worden seien. Das Bundesverwaltungsgericht sei damit ebenfalls einer engen Auslegung von Art. 5 Abs. 3 lit. a KG gefolgt.

260. Daher könne der - aus Sicht der Beschwerdeführerin bloss hypothetisch horizontale - Informationsaus-

tausch über geplante Preiserhöhungen nicht unter Art. 5 Abs. 3 lit. a KG subsumiert werden.

261. Allgemein würde eine Abrede - unabhängig davon, ob in Form einer Vereinbarung oder einer abgestimmten Verhaltensweise - keine direkte oder indirekte Preisfestsetzung gemäss Art. 5 Abs. 3 lit. a KG darstellen, wenn zwar eine einzelne Preiskomponente abgesprochen werde, dies jedoch zu keiner Preisfestsetzung führe, weil aufgrund anderer Preisparameter weiterhin erheblicher Preiswettbewerb stattfände.

262. Darüber hinaus führe eine grammatikalische, historische, systematische und teleologische Auslegung von Art. 5 Abs. 3 lit. a KG zum Ergebnis, dass nur die Festsetzung des Endpreises und nicht auch die blosser Festsetzung von Preiselementen mit einer allenfalls preisharmonisierenden Wirkung vom Vermutungstatbestand erfasst werde. Andernfalls würden Sachverhalte unter Art. 5 Abs. 3 lit. a KG subsumiert, denen von vornherein das Potential für die mit Art. 5 Abs. 3 und 4 KG vermutete besondere Schädlichkeit in Form einer gänzlichen Beseitigung des Wettbewerbs fehlen würde. Diesem Umstand könne auf der Ebene von Art. 5 Abs. 1 KG keine Rechnung mehr getragen werden.

263. Letztlich entsprächen die vorstehenden Feststellungen der Beschwerdeführerin den Ausführungen des Bundesverwaltungsgerichts im Ausgangsurteil zum Kausalzusammenhang (BVGer, 8430/2010, *Baubeschläge-Koch-I*, E. 6.4.12-6.4.14). Eine Preisabrede, für die nicht nachgewiesen werden könne, dass sie die Wirkung einer Preisfestsetzung i.S.v. Art. 5 Abs. 3 lit. a KG habe, weil andere mögliche Gründe für eine Preiserhöhung vorlägen, falle nicht in den Anwendungsbereich dieser Vorschrift. Dies gelte für Abreden in Form von Vereinbarungen und erst recht für solche in Form einer abgestimmten Verhaltensweise.

#### (2) Vorbringen der Vorinstanz

264. Die Vorinstanz hält die von der Beschwerdeführerin vorgebrachten Einwände aus sachlichen Gründen für nicht zutreffend.

#### (3) Würdigung durch das Gericht

265. Für die Beurteilung von Wettbewerbsbeschränkungen einschliesslich von Preisabreden sind die folgenden Aspekte zu berücksichtigen, die auch durch die mittlerweile ergangene Rechtsprechung bestätigt werden.

##### (a) Allgemeines

266. Eine Wettbewerbsbeschränkung gemäss Art. 4 Abs. 1 KG liegt vor, wenn durch eine Abrede die Handlungsfreiheit der Wettbewerbsteilnehmer im Innen- oder Aussenverhältnis hinsichtlich eines Wettbewerbsparameters oder mehrerer Wettbewerbsparameter beschränkt wird (BGE 147 II 72, *Hors-Liste-Pfizer-II*, E. 3.5; BGE 129 II 18, *Buchpreisbindung I*, E. 5.1; BVGer, B-3618/2013, *Hallenstadion*, E. 301 m.w.N.; BVGer, B-506/2010, *Gaba*, E. 3.2.3; BVGer, B-3332/2012, *BMW*, E. 2.2.3).

267. Als Wettbewerbsparameter gelten dabei alle Faktoren, welche durch ein Unternehmen zur (Aus-)Gestaltung seiner wirtschaftlichen Beziehungen zu anderen Wirtschaftsteilnehmern eingesetzt werden können

(BVGer, B-3618/2013, *Hallenstadion*, E. 301). Im Wesentlichen handelt es sich dabei um die Faktoren Preis, Menge und Qualität der Produkte, Geschäftskonditionen, Kundendienst, Beratung, Werbung sowie Marketing, Forschung und Entwicklung (BGE 147 II 72, *Hors-Liste-Pfizer-II*, E. 3.5).

268. Massgebend für die Beurteilung, ob eine nachteilige Einwirkung auf den Wettbewerb vorliegt, sind allein objektive Aspekte, während subjektive Elemente hierfür nicht berücksichtigt werden müssen (BVGer, B-3618/2013, *Hallenstadion*, E. 302 m.w.N.; BVGer, B-506/2010, *Gaba*, E. 3.2.3; BVGer, B-3332/2012, *BMW*, E. 2.2.3; BVGer, 16.9.2016, B-581/2012, *Nikon AG gg. Weko*, zit. *Nikon*, E. 4.2). Daher bedarf es keiner bestimmten subjektiven Motive auf Seiten der an der Abrede beteiligten Unternehmen (BGE 147 II 72, *Hors-Liste-Pfizer-II*, E. 3.6). Ebenfalls unerheblich sind die subjektiven Ab- und Ansichten der betroffenen Wirtschaftsteilnehmer und allfälliger Konkurrenten.

269. Die Wettbewerbsbeschränkung kann gemäss Art. 4 Abs. 1 KG bezweckt oder bewirkt sein. Deshalb bildet das kumulative Vorliegen von Zweck und Wirkung keine Voraussetzung für eine durch eine Wettbewerbsabrede herbeigeführte Wettbewerbsbeschränkung (BGE 147 II 72, *Hors-Liste-Pfizer-II*, E. 3.6; BVGer, B-7920/2015, *VPVW-Repo-3*, E. 8.3.3; BVGer, B-3618/2013, *Hallenstadion*, E. 303).

270. Eine Abrede ist dann bezweckt (nachfolgend: Zweckabrede), wenn bereits der Gegenstand der Verhaltenskoordination in einer Einschränkung des Wettbewerbs besteht, weil die Abrede aufgrund ihres Regelungsinhalts auf die Ausschaltung oder Begrenzung eines oder mehrerer relevanter Wettbewerbsparameter ausgerichtet ist (BGE 147 II 72, *Hors-Liste-Pfizer-II*, E. 3.6; BVGer, B-7920/2015, *VPVW-Repo-3*, E. 8.3.3; BVGer, B-3618/2013, *Hallenstadion*, E. 303).

271. Mit Abschluss einer Vereinbarung wird die bezweckte Wettbewerbsabrede verwirklicht, weil die nachteilige Einwirkung auf den Wettbewerb bereits infolge der Aufhebung des Selbständigkeitspostulats eingetreten ist. Daher bedarf es keiner Feststellung von darüber hinausgehenden Auswirkungen auf den Markt (BGE 147 II 72, *Hors-Liste-Pfizer-II*, E. 3.6). Denn aufgrund der Legaldefinition in Art. 4 Abs. 1 KG wird klargestellt, dass auch der potentielle Wettbewerb geschützt wird, weshalb es bereits ausreichend ist, dass eine Verhaltenskoordination den Wettbewerb möglicherweise beeinträchtigen kann (BGE 143 II 297, *Gaba*, E. 5.4.2).

272. Eine Abrede ist dagegen bewirkt, wenn die Abrede aufgrund ihrer Anwendung in der konkreten Sachverhaltskonstellation zu einer Ausschaltung oder Begrenzung eines oder mehrerer relevanter Wettbewerbsparameter führt, obwohl ihr Regelungsinhalt darauf nicht ausgerichtet ist (BVGer, B-3618/2013, *Hallenstadion*, E. 303; im Ergebnis ebenso BGE 147 II 72, *Hors-Liste-Pfizer-II*, E. 3.6; BVGer, B-7920/2015, *VPVW-Repo-3*, E. 8.3.3).

##### (b) Horizontale Preisabrede

273. Der Preis eines Produkts stellt einen relevanten Wettbewerbsfaktor und in vielen Branchen das wesentli-

che Kriterium für eine Auswahlentscheidung der Nachfrager dar (BGE 129 II 18, Buchpreisbindung I, E. 5.1).

274. Der Gesetzgeber hat horizontale Preisabreden neben horizontalen Gebiets- und Mengenabreden sowie Kundenaufteilungen als die schwerwiegendsten Einschränkungen des Wettbewerbs mit einem erheblichen Schädigungspotential qualifiziert. Deshalb hat er mit der Beweislastregelung der Art. 5 Abs. 3 KG sowie der direkten Sanktionierbarkeit gemäss Art. 49a KG diesen, als «harte Kartelle» bezeichneten Wettbewerbsabreden (Botschaft KG 1995, 469) eine besondere Stellung zugewiesen und sie dadurch gegenüber den anderen Verhaltenskoordinationen abgegrenzt (Botschaft KG 1995, 469, 491, 517, 566; Botschaft des Bundesrats über die Änderung des Kartellgesetzes vom 7.11.2001, BBl 2001, 2022, zit. Botschaft KG 2004, 2023, 2036, 2037). Bei Einführung der direkten Sanktionen hat der Gesetzgeber diese Qualifizierung von horizontalen Preisabreden als harte Kartelle mit verheerenden Wirkungen für den Wettbewerb (Botschaft KG 2004, 2036) ohne Weiteres zu Grunde gelegt. Die in Art. 5 Abs. 3 lit. a KG bestehende Regelung zu Preisabreden sollte im Rahmen der Revision des Kartellgesetzes 2004 keine Veränderung erfahren und sie bildete auch keinen Gegenstand der parlamentarischen Beratungen.

275. Die Zulässigkeit derartiger Wettbewerbsabreden ist nur dann gegeben, wenn eine Rechtfertigung aus den in Art. 5 Abs. 2 KG aufgeführten Gründen einer wirtschaftlichen Effizienz vorliegt (Botschaft KG 1995, 557; BGE 143 II 297, *Gaba*, E. 5.4.2). Dabei sind in der Praxis allerdings nur wenige Fälle vorstellbar, in denen diese Arten von Wettbewerbsabreden aus wettbewerblicher Sicht positiv zu beurteilen seien (Botschaft KG 1995, 546).

276. Horizontale Preisabreden wurden vom Gesetzgeber dabei integral als besonders schädlich qualifiziert, ohne dass eine Differenzierung von verschiedenen sachlichen Varianten vorgenommen wurde (Botschaft KG 1995, 469, 491, 517, 566; Botschaft KG 2004, 2023, 2036, 2037). Aus diesem Grund kommt der Vorschrift ein weites und einheitliches Anwendungsspektrum zu.

277. So wurde eine Unterteilung der Preisabreden nach schweren und leichteren Varianten auf der Ebene des Tatbestands vom Gesetzgeber ausdrücklich abgelehnt, weil leichte Fälle im Rahmen der Sanktionierung Berücksichtigung finden können (Botschaft KG 2004, 2037).

278. Für die Verwirklichung einer horizontalen Preisabrede wurde vom Gesetzgeber ausdrücklich festgehalten, dass allein die Wirkung der Preisfestsetzung massgebend sei, während die Mittel, mit denen sie erreicht wird, nicht von Belang seien (Botschaft KG 1995, 567). Dementsprechend erfasst bereits der Wortlaut der Vorschrift in diesem weiten Sinne sowohl direkte als auch indirekte Preisfestlegungen. Damit wird klargestellt, dass sowohl bezweckte als auch bewirkte Wettbewerbsbeschränkungen als Preisabreden im Sinne von Art. 5 Abs. 3 lit. a KG zu qualifizieren sind.

279. Für eine entsprechende Verhaltenskoordination ist es zudem ausreichend, dass eine Verständigung über einzelne Preiselemente wie Preisbestandteile oder

Preiskomponenten vorgenommen wird (Botschaft KG 1995, 567). Dagegen bedarf es für eine horizontale Preisabrede keiner Verständigung über alle einzelnen Preisbestandteile der Ausgestaltung eines Preises oder aller Preiskomponenten zur Ermittlung eines bestimmten Preises durch die Abredebeteiligten. Denn der Gesetzgeber hat ausdrücklich erklärt, dass eine Verständigung über Rabatte oder Berechnungsmethoden eines anzuwendenden Preises für ein Produkt durch die Abredebeteiligten für die Qualifizierung als Preisabrede ausreichend sei (Botschaft KG 1995, 567). Dies wurde von der höchstrichterlichen Rechtsprechung bereits frühzeitig bestätigt (BGE 129 II 18, *Buchpreisbindung I*, E. 6.5.5).

280. Bei Einführung der direkten Sanktionen hat der Gesetzgeber zudem ausdrücklich festgehalten, dass der Begriff der Preisabreden keine Unsicherheiten biete, die einer juristischen Klärung bedürften (Botschaft KG 2004, 2037). Dies setzt eine einheitliche Beurteilung von horizontalen Preisabreden voraus, weil bei einer Differenzierung ansonsten im Rahmen von Art. 5 Abs. 3 lit. a KG Abgrenzungen vorzunehmen wären und damit notwendigerweise juristische Abwägungen einhergehen würden. Der Gesetzestext von Art. 5 Abs. 3 lit. a KG wurde dementsprechend auch beibehalten und im Rahmen der Kartellgesetzrevision 2004 nicht verändert.

281. Es ist daher weder hinsichtlich des Zustandekommens noch der inhaltlichen Ausgestaltung noch der nachteiligen Einwirkungen auf den Markt eine Differenzierung bei der Beurteilung von horizontalen Preisabreden vorzunehmen. Vielmehr ist die Vorschrift weit auszulegen (BVGer, 5.6.2023, B-4596/2019, CA Auto Finance Suisse SA gg. Weko, zit. *Auto Finance*, E. 6.2.1.4; BVGer, B-7920/2015, *VPVW-Repo-3*, E. 9.3.4; Weko, 10.5.2010, *Komponenten für Heiz-, Kühl- und Sanitäranlagen*, RPW 2012/3, 615, Ziff. 257; Weko, 15.3.2004, *Markt für Schlachtschweine - Teil B*, RPW 2004/3, 726, Ziff. 43, 44; Weko, 17.12.2001, *Submission Betonsanierung*, RPW 2002/1, 130, Ziff. 30a; ebenso BANGERTER SIMON/ZIRLICK BEAT, in: Zäch u.a. [Hrsg.], Kartellgesetz, 2018, zit. Dike-KG, Art. 5 Abs. Rn. 380; BORER JÜRIG, Wettbewerbsrecht, 3. Aufl. 2011, Art. 5 Rn. 34; DAVID LUCAS/JACOBS RETO, Schweizerisches Wettbewerbsrecht, 5. Aufl. 2012, zit. Wettbewerbsrecht, Rn. 649; HEINEMANN ANDREAS, Bruttopreisabsprachen, in: Hochreutener/Stoffel/ Amstutz [Hrsg.], Grundlegende Fragen, 8. Tagung zum Wettbewerbsrecht, 2017, 121, 133; KRAUSKOPF PATRICK/SCHALLER OLIVIER, in: Amstutz/Reinert [Hrsg.], Basler Kommentar, Kartellrecht, 2. Aufl. 2021, zit. BSK-KG, Art. 5 Rn. 375; REINERT PETER, in: Baker & McKenzie [Hrsg.], Kartellgesetz, 2007, zit. SHK-KG, Art. 5 Rn. 25; WEBER ROLF H./VOLZ STEPHANIE, Fachhandbuch Wettbewerbsrecht, 2. Aufl. 2023, zit. FHB-WBR, Rn. 2.166; ZÄCH ROGER, Schweizerisches Kartellrecht, 2. Aufl. 2005, Rn. 454; so auch bereits HOFFET FRANZ, in: Homburger u.a. [Hrsg.], Kartellgesetz, 1997, Art. 5 Rn. 117). Demzufolge ist die im vorliegenden Verfahren zur Anwendung gelangende Regelung des Art. 5 Abs. 3 lit. a KG nicht auf bestimmte, insbesondere auch nicht auf besonders schwerwiegendere Varianten einer Preisabrede beschränkt.

282. Bereits bei der Kartellgesetzrevision 1995 hat der Gesetzgeber aus Gründen der Rechtssicherheit und Praktikabilität ausdrücklich eine inhaltliche Anlehnung an

das EU-Wettbewerbsrecht vorgenommen, um durch die Übernahme bewährter Konzepte zu Gunsten der Unternehmen zu gewährleisten, dass die Beurteilung von Wettbewerbsbeschränkungen nicht zu Widersprüchen führt (*Botschaft KG 1995*, 471, 531, 632). Dabei wurde bereits damals ausdrücklich festgehalten, dass das EU-Wettbewerbsrecht einen hohen Grad an inhaltlicher Konkretisierung aufweise (*Botschaft KG 1995*, 529). Diese Anlehnung an das EU-Wettbewerbsrecht wurde durch die Kartellgesetzrevision 2004 noch verstärkt, weil gewisse strukturelle Vorbehalte im Hinblick auf den Regulierungsansatz der «Missbrauchsgesetzgebung» aufgelöst wurden (*Botschaft KG 2004*, 2034 f.), die im Rahmen der Kartellgesetzrevision 1995 im Hinblick auf die Möglichkeit einer direkten Sanktionierung noch angeführt worden waren (*Botschaft KG 1995*, 631). Im Rahmen der parlamentarischen Beratungen zur Ausgestaltung der neu eingeführten Vermutungsregelung des Art. 5 Abs. 4 KG im Vertikalverhältnis wurde überdies ausdrücklich festgehalten, dass harte Kartelle nicht strenger, aber auch nicht milder als im EU-Wettbewerbsrecht behandelt werden sollen (AB 2003 330, Votum Fritz Schiesser für die Mehrheit der Ständeratskommission). Diese inhaltliche Anlehnung des Kartellrechts an das EU-Wettbewerbsrecht wurde durch das Bundesgericht im Sinne einer Parallelität der Rechtslage (KUBLI LINDA, Zum Grundsatz der Parallelität im Kartellrecht, AJP 2018, 199) bereits für vertikale Gebietsabreden ausdrücklich festgestellt (BGE 143 II 297, *Gaba*, E. 6.2.3). Diese Parallelität der Rechtslage ist auch bei horizontalen Preisabreden gemäss Art. 5 Abs. 3 lit. a KG gegeben (BVGer, B-7920/2015, *VPVW-Repo-3*, E. 9.3.6), weil kein Grund ersichtlich ist, dass die Berücksichtigung des EU-Wettbewerbsrechts bei horizontalen harten Kartellen in anderer Weise zu erfolgen hätte als bei vertikalen harten Kartellen. Für horizontale harte Kartelle ist diese Einschätzung entsprechend der Umschreibung der Regelbeispiele von Art. 7 KG (*Botschaft KG 1995*, 531) umso mehr angebracht, weil die Umschreibung von horizontalen Preisabreden sogar der Formulierung in Art. 101 Abs. 1 lit. a AEUV entspricht. Bei der Bestimmung des Inhalts einer Preisabrede und deren wettbewerblicher Einstufung ist daher die entsprechende Qualifizierung und Einstufung von Preisabreden durch die EU-Wettbewerbspraxis zu berücksichtigen.

283. Das EU-Wettbewerbsrecht behandelt horizontale Preisabreden grundsätzlich als bezweckte Wettbewerbsbeschränkungen gemäss Art. 101 Abs. 1 lit. a AEUV, bei denen es keiner Feststellung der tatsächlichen Auswirkungen bedarf (EuGH, 30.1.1985, 123/83, *Bureau international interprofessionnel du cognac [BNIC]* gg. *Guy Clair*, EU:C:1985:33, Ziff. 22; EuGH, 13.6.2013, C-511/11P, *Versalis SpA*, EU:C:2013:386, Ziff. 83). Aufgrund ihrer schwerwiegenden Beeinträchtigung sind sie als sogenannte «Kernbeschränkungen» zu qualifizieren und damit regelmässig von einer Anwendung der einschlägigen Gruppenfreistellungsverordnungen ausgenommen. Dabei erfolgt weder im Hinblick auf die Eingehung noch die inhaltliche Ausgestaltung noch die nachteilige Einwirkung der Preiskoordination eine sachliche Differenzierung. Erfasst werden alle mittelbaren und unmittelbaren Einschränkungen der autonomen Preisfestsetzung unter konkurrierenden Unternehmen (EuGH, 17.10.1972, 8/72, *Vereeniging van Cementhan-*

*delaren* gg. EU-Kom, EU:C:1972:84, Ziff. 18/22; EuGH, 16.12.1975, 114/73, *Coöperatieve Vereniging Suiker Unie UA*, EU:C:1975:174, Ziff. 173/174; EuGH, 8.6.1999, EU:C:1999:356, EU-Kom gg. *Anic Partecipazioni SpA*, Ziff. 116, 117; EuGH, 26.1.2017, C-609/13, *Duravit AG u.a.* gg. EU-Kom, EU:C:2017:46, zit. *Badezimmer-Duravit*, Ziff. 72). Dementsprechend wird als Preisabrede sowohl der Austausch von Informationen über Preiselemente als auch deren Festlegung zwischen konkurrierenden Unternehmen erfasst (HENGST DANIELA, in: Bunte, [Hrsg.], *Kartellrecht*, Bd. 2, *Europ. Kartellrecht*, 14. Aufl. 2022, Art. 101 Rn. 289 m.w.N.; LÜBBIG HANS-DIETER, in: Wiedemann, [Hrsg.], *Handbuch des Kartellrechts*, 4. Aufl. 2020, § 8 Rn. 22 m.w.N.; WAGNER-VON PAPP FLORIAN, in: Säcker u.a. [Hrsg.], *Münchener Kommentar*, Bd. 1, *Europ. Wettbewerbsrecht*, 3. Aufl. 2020, Art. 101 Rn. 315 m.w.N.; ZIMMER DANIEL, in: Immennga/Mestmäcker [Hrsg.], *Wettbewerbsrecht*, Bd. 1, *EU-Kartellrecht*, 6. Aufl. 2019, zit. *IM-EUWBR*, Art. 101 Rn. 213 ff. m.w.N.). Dabei ist insbesondere auch eine Koordination über den Zeitpunkt und das Ausmass von Preiserhöhungen als Preisabrede zu qualifizieren (EuGH, 14.7.1972, 48/69, *Imperial Chemical Industries Ltd.* gg. EU-Kom, EU:C:1972:70, Ziff. 115/119; EuGH, 16.11.2000, C-297/98, *SCA Holding Ltd.* gg. EU-Kom, EU:C:2000:633, Ziff. 6, in Bestätigung von EuG, 14.5.1998, T-327/94, EU:T:1998:96, und EU-Kom ABI 1994 L 243/1, *Karton*, Ziff. 130; EuG, 5.12.2006, T-303/02, *Westfalen Gassen Nederland BV* gg. EU-Kom, EU:T:2006:374, Ziff. 115, in Bestätigung von EU-Kom ABI 2003 L 84/1, *Industrielle und medizinische Gase*; EuGH, EU:C:2017:46, *Badezimmer-Duravit*, Ziff. 85, in Bestätigung von EU-Kom ABI 2011 C 348/11, *Badezimmerausstattung*). So wurde die Firma *Ciba-Geigy* aus Basel bereits 1972 für die Koordination von Preiserhöhungen mit anderen Unternehmen innerhalb der Europäischen Union, die u.a. in Basel herbeigeführt wurden, sanktioniert (EuGH, 14.7.1972, 52/69, *Ciba-Geigy AG* gg. EU-Kom, EU:C:1972:73, Ziff. 30-37). Auch die Koordination von Preiserhöhungen bei Fensterbeschlägen innerhalb des EU-Binnenmarkts wurden durch die Europäische Kommission mit einem Betrag in Höhe von 86 Mio. rechtskräftig sanktioniert (vgl. SV G.a; EU-Kom, 28.3.2012, COMP/39.452, ABI 2012 C-292/6, *Fensterbeschläge*, Ziff. 1; die verschiedenen beim EuG eingereichten Klagen wurden von den Unternehmen später jeweils zurückgenommen: *Siegenia-Aubi KG*, 10.11.2014, T-257/12, EU:T:2014:970; *Gretsch Unitas GmbH*, 4.2.2015, T-252/12, EU:T:2015:104; *Carl Fuhr GmbH & Co KG*, 6.2.2015, T-248/12, EU:T:2015:105; *Hautau GmbH*, 15.3.2015, T-256/12, EU:T:2015:180). Auch der blosser Austausch von relevanten Preisinformationen, die eine Einschränkung der Preissetzungsfreiheit herbeiführen, wird unabhängig von der Häufigkeit des Austauschs als Preisabrede qualifiziert (EuG, 27.10.1994, T-35/92, *John Deere Ltd.* gg. EU-Kom, EU:T:1994:249, Ziff. 51, bestätigt durch EuGH, 28.5.1998, C-7/95, *John Deere Ltd.* gg. EU-Kom, EU:C:1998:256, Ziff. 90, 91; EuGH, 2.10.2003, C-194/99, *Thyssen Stahl* gg. EU-Kom, EU:C:2003:57, Ziff. 81-89; EuGH, 19.3.2015, C-286/13P, *Dole Food Company Inc.* u.a. gg. EU-Kom, EU:C:2015:184, Ziff. 119-134; EuGH, 26.9.2018, C-99/17P, *Infineon Technologies AG* gg. EU-Kom, EU:C:2018:773,

Ziff. 157-160). Dabei sind horizontale Preisabreden selbst bei einer unerheblichen Wettbewerbsbeschränkung generell unzulässig, weil sie als bezweckte Wettbewerbsabreden von einer Qualifizierung als Bagatellfall ausgeschlossen sind (EuGH, 13.12.2012, C-226/11, Expedia Inc. gg. Autorité de la Concurrence, EU:C:2012:795, Ziff. 35 f.; EU-KOM, Bekanntmachung über Vereinbarungen von geringer Bedeutung [De-Minimis-Bekanntmachung], ABI 2014 C 291/1, Ziff. 2). Die Zulässigkeit einer horizontalen Preisabrede ergibt sich im Einzelfall daher nur aber immerhin bei Vorliegen der Voraussetzungen einer Freistellung gemäss Art. 101 Abs. 2 AEUV (EuG, 15.7.1994, T-17/93, Matra Hachette SA gg. EU-Kom, EU:T:1994:89, Ziff. 85). Horizontale Preisabreden werden die Voraussetzungen für eine Freistellung aber kaum erfüllen (ZIMMER, *IM-EUWBR*, Art. 101 Rn. 211).

284. Angesichts dieser eindeutigen und umfassenden gesetzgeberischen Vorgaben sind als horizontale Preisabreden demzufolge alle Verhaltenskoordinationen zu qualifizieren, die in die eigenständige Preisbildung eines Unternehmens eingreifen und damit dessen Preissetzungsfreiheit einschränken, weil dadurch das Selbständigkeitspostulat verletzt wird (BGE 129 II 18, *Buchpreisbindung I*, E. 5.1; BGE 144 II 246, *Altimum*, E. 6.4.2; BGE 147 II 72, *Hors-Liste-Pfizer-II*, E. 3.5; BVGer, B-7920/2015, *VPVW-Repo-3*, E. 9.3.6 a.E.).

285. Entgegen den Einwänden der Beschwerdeführerin (vgl. E. 257-260, 250) und entsprechenden verschiedenlichen Bestrebungen in der Literatur, wonach sich eine «enge Auslegung» von Art. 5 Abs. 3 lit. a KG aus verschiedenen Aspekten ableiten lasse und anzuwenden sei (TUCHSCHMID FELIX, Die horizontale Preisabrede, AJP 2018, 848; ZÄCH ROGER, Restriktive Auslegung von Preisabreden im Sinne von Art. 5 Abs. 3 KG, AJP 2023, 686; ZÄCH ROGER/HEIZMANN RETO, Schweizerisches Kartellrecht, 3. Aufl. 2023, Rn. 556 ff.; ZÄCH ROGER/KÜNZLER ADRIAN, Die Sanktionierung von wettbewerbsbeschränkenden Tatbeständen und die EMRK, in: Bechtold/Jickeli/Rohe [Hrsg.], Recht, Ordnung und Wettbewerb, Festschrift für Wernhard Möschel, 2011, 737), ist angesichts der vorstehend aufgeführten gesetzgeberischen Vorgaben eine weite Auslegung des Art. 5 Abs. 3 lit. a KG vorzunehmen, weil die Vorschrift auf die einheitliche Erfassung aller Verhaltenskoordinationen, die zu einer Einschränkung der Preissetzungsfreiheit eines Unternehmens führen, ausgerichtet ist. Insbesondere ist die Bestimmtheit der Vorschrift angesichts ihres einheitlichen und umfassenden Charakters auch unter Berücksichtigung des strafrechtsähnlichen Charakters von Art. 49 Abs. 1 KG gegeben, weil alle Varianten von horizontalen Preisabreden erfasst werden und gar keine Abgrenzung zwischen verschiedenen Tatbeständen von entsprechenden Verhaltenskollisionen vorgenommen werden muss, aus denen sich eine Unbestimmtheit ergeben könnte.

286. Entgegen dem Einwand der Beschwerdeführerin (vgl. E. 257) ergibt sich etwas anderes auch nicht aus dem Rückweisungsurteil, weil das Bundesgericht in diesem Urteil keine entsprechende sachliche Einschränkung vorgenommen hat. Gleiches gilt auch für das von der Beschwerdeführerin angerufene Urteil des Bundesverwaltungsgerichts in Sachen *Erne* (vgl. E. 259; BVGer,

B-807/2012, *Erne*, E. 10.2.3). Ungeachtet von dessen konkreten Feststellungen hinsichtlich des zu entscheidenden Einzelfalls ist eine Verhaltenskoordination, die mittels eines blossen Informationsaustauschs zwischen den Abredeteiligen über ihre Preise zu einer Beschränkung von deren Preissetzungsfreiheit führt, auch als Preisabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 3 lit. a KG zu qualifizieren (so bereits BVGer, B-4596/2019, *Auto Finance*, E. 6.2.3.14; im Ergebnis ebenso BGE 147 II 72, *Hors-Liste-Pfizer-II*, E. 3.4.2.2). Dies entspricht ebenfalls der Rechtslage im EU-Wettbewerbsrecht. Im Übrigen liegt im vorliegenden Sachverhalt nicht nur ein blosser Informationsaustausch, sondern die Festlegung einer bestimmten Preiserhöhung nach Höhe und Zeit vor (vgl. E. 307), weswegen ein Verweis auf das Urteil in Sachen *Erne* von vornherein unbeachtlich ist.

287. Ein formaler Eingriff in die Preisgestaltung durch die Festlegung bestimmter Preiselemente, wie die Durchführung einer Preiserhöhung nach Zeit und Höhe, ist bereits nach seinem Inhalt auf eine nachteilige Einwirkung auf den Wettbewerb ausgerichtet. Ein solcher Eingriff stellt daher eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung dar. Besondere Aspekte, die zu einer anderweitigen Beurteilung führen würden, sind bei der vorliegenden Sachverhaltskonstellation nicht erkennbar. Dies entspricht im Ergebnis auch der Rechtslage im EU-Wettbewerbsrecht.

288. Mit dem Abschluss einer bezweckten Preisabrede wird die Wettbewerbsabrede verwirklicht, weil die nachteilige Einwirkung auf den Wettbewerb bereits infolge der Aufhebung der Preissetzungsfreiheit der Abredeteiligen eingetreten ist. Denn bereits damit und nicht erst mit einer Praktizierung wird ein Klima der Wettbewerbsfeindlichkeit geschaffen, das volkswirtschaftlich oder sozial schädlich für das Funktionieren des normalen Wettbewerbs ist (BGE 143 II 297, *Gaba*, E. 5.4.2). Daher bedarf es keiner Feststellung von darüberhinausgehenden Auswirkungen einer bezweckten Preisabrede im relevanten Markt. Dies entspricht ebenfalls der Rechtslage im EU-Wettbewerbsrecht.

289. Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin (vgl. E. 249, 250) stellt eine Preisharmonisierung im Sinne einer Angleichung von Preisen keine Voraussetzung einer Preisabrede dar (BVGer, B-7920/2015, *VPVW-Repo-3*, E. 9.3.6). Dies gilt ungeachtet dessen, dass die Beschwerdeführerin geltend macht, dass aus der bisherigen Wettbewerbspraxis nicht hervorgehe, wann überhaupt eine preisharmonisierende Wirkung vorliege (vgl. E. 250). Eine Preisabrede liegt nämlich insbesondere auch dann vor, wenn der Inhalt der Koordination zum Beispiel auf den Erhalt oder die Herstellung einer inhaltlichen Differenz der jeweiligen Preise oder Preiselemente ausgerichtet ist. Denn auch mit einer derartigen Verhaltenskoordination wird auf die Preissetzungsfreiheit der beteiligten Unternehmen eingewirkt und der Preiswettbewerb eingeschränkt.

290. Dies wird durch den vorliegenden Sachverhalt gerade bestätigt. Wenn sich die technischen Differenzen funktional vergleichbarer Produkte der Beschlaghersteller im Preis niederschlagen, wie dies von der Beschwerdeführerin selbst vorgebracht wird (vgl. E. 255), ist eine inhaltliche Gleichschaltung dieser Preise von vornherein

weder sinnvoll noch durchführbar, weil die jeweilige Preisdifferenz auf sachlichen Aspekten beruht. Ungeachtet dessen wird mit der Ein- oder Fortführung einer bestimmten Preisdifferenz auf den Preiswettbewerb nachteilig eingewirkt.

291. Entgegen dem Einwand der Beschwerdeführerin (vgl. E. 248), wonach mit einer Preisabrede ein wesentliches Preiselement erfasst werden müsse, bilden die Aspekte der Wesentlichkeit oder Unwesentlichkeit eines Preiselements keine Kriterien für die Abgrenzung oder Differenzierung von horizontalen Preisabreden gemäss Art. 5 Abs. 3 lit. a KG (so bereits BVGer, B-7920/2015, *VPVW-Repo-3*, E. 9.3.6, entgegen der bisherigen Wettbewerbspraxis und den Ansichten in der Literatur).

292. Die Vorschrift weist kein derartiges Tatbestandsmerkmal auf, weshalb nicht darauf zurückgegriffen werden kann. Der Herleitung eines entsprechenden stillschweigenden Tatbestandsmerkmals steht der Umstand entgegen, dass eine Abgrenzung von wesentlichen und unwesentlichen Preisabreden der vom Gesetzgeber vorgesehenen einheitlichen Beurteilung von horizontalen Preisabreden widersprechen würde. Insbesondere hat der Gesetzgeber eine Differenzierung zwischen leichten und schweren Fällen einer Preisabrede ausdrücklich abgelehnt. Des Weiteren sieht Art. 5 Abs. 1 KG mit dem Tatbestandsmerkmal der Erheblichkeit von Wettbewerbsbeeinträchtigungen bereits ein entsprechendes Kriterium vor, mit dem unerhebliche Sachverhalte von einer Erfassung durch Art. 5 Abs. 1 KG ausgedeutet werden. Deshalb besteht keine Notwendigkeit für eine zusätzliche Abgrenzung von wesentlichen gegenüber unwesentlichen Preisabreden. Auch das EU-Wettbewerbsrecht sieht kein Wesentlichkeitskriterium für die Feststellung einer horizontalen Preisabrede vor. Vielmehr ist eine Koordination von Preiselementen unabhängig von ihrer jeweiligen Bedeutung für den Preis eines Produkts unzulässig.

293. Entgegen dem Einwand der Beschwerdeführerin (vgl. E. 248) ist es daher auch nicht von Bedeutung, ob die Wettbewerbskommission diesen Aspekt einer Prüfung unterzogen hat oder nicht.

294. Im Übrigen wäre die Vereinbarung einer einheitlichen Preiserhöhung im Rahmen des üblichen Geschäftsverlaufs ungeachtet von deren Höhe auch nicht als unwesentliche Preisabrede zu qualifizieren, weil die Entscheidung über die Durchführung von Preiserhöhungen infolge von Kostensteigerungen gerade eine zentrale Aufgabe eines jeden Unternehmens darstellt, die es im Rahmen seiner ihm zukommenden Preissetzungsfreiheit eigenständig wahrzunehmen hat.

### (c) Sachverhalt

295. Vorliegend haben als Abredebeteiligte die Beschlaghersteller Roto-Gruppe, Siegenia-Gruppe und Winkhaus sowie die Koch-Gruppe als Grosshändler den Zeitpunkt sowie die Höhe einer Preiserhöhung für Fensterbeschläge in Form eines Materialteuerungszuschlags gegenüber den Fensterproduzenten und Einzelhändlern als Endkunden festgelegt.

296. Mit dieser Übereinkunft wurde offensichtlich in die Preisgestaltung der Abredebeteiligten beim Absatz der Fensterbeschläge gegenüber den Endkunden eingegrif-

fen, um sowohl der Höhe als auch dem Zeitpunkt nach eine einheitliche Preiserhöhung vorzunehmen. Es liegt daher unzweifelhaft eine bezweckte Preisabrede vor, weil infolge der formalen Festlegung von Höhe und Zeitpunkt einer Preiserhöhung die Preisautonomie der einzelnen Abredebeteiligten eingeschränkt und dadurch eine nachteilige Einwirkung auf den Wettbewerb vorgenommen wurde.

297. Den von der Beschwerdeführerin hiergegen vorgebrachten Einwänden kommt keine relevante Bedeutung zu.

298. Zunächst ist der Aspekt, aus welchem Grund die Wettbewerbsbeschränkung vorgenommen wurde, nicht relevant, weil subjektive Motive der Abredebeteiligten für die Feststellung einer Verhaltenskoordination keine Voraussetzung bilden. Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin kommt daher den in unterschiedlichen Varianten dargestellten Vorbringen (vgl. E. 247), wonach der Materialteuerungszuschlag ausschliesslich zur Verhinderung der durch die Preishersteller angekündigten Preiserhöhungen und zur Abwehr von deren Preisdiktat erfolgt sei, keinerlei Bedeutung für die Feststellung einer für den Wettbewerb nachteiligen Einwirkung auf den Wettbewerb vor. Wenn überhaupt, wären diese Aspekte lediglich mit ihrem objektiven Bedeutungsgehalt im Rahmen einer allfälligen Rechtfertigung gemäss Art. 5 Abs. 2 KG zu beachten (vgl. E. 349 ff.).

299. Die vorliegende Preiserhöhungsvereinbarung betrifft die Erhöhung des Verkaufspreises gegenüber den Fensterproduzenten und Einzelhändlern als Endkunden. Für die Beurteilung der Preisabrede ist es dabei ohne Bedeutung, mit welchem Begriff die Preisabrede bezeichnet wird. Dass die Preiserhöhung von den Abredebeteiligten als Materialteuerungszuschlag und als blosser Preisbestandteil bezeichnet wird, ist daher unerheblich.

300. Der in verschiedener Form geltend gemachte Einwand der Beschwerdeführerin (vgl. E. 251), wonach die Preiserhöhungsvereinbarung keinen wesentlichen Einfluss auf die tatsächlich bezahlten Preise gehabt habe, weil es sich beim Materialteuerungszuschlag nur um einen untergeordneten Preisbestandteil und damit um einen sekundären Bruttopreisbestandteil gehandelt habe, ist unzutreffend. Denn jegliche Koordination eines Preiselements ist als Preisabrede zu qualifizieren, unabhängig von der Bedeutung des jeweiligen Elements für die gesamte Preisbildung. Zudem wäre die Vereinbarung einer einheitlichen Preiserhöhung im vorliegenden Umfang von mehr als 5% auch nicht als unwesentliche Preisabrede zu qualifizieren, weil die Entscheidung über die Durchführung von Preiserhöhungen infolge von Kostensteigerungen gerade eine zentrale Aufgabe eines jeden Unternehmens darstellt, die es im Rahmen der Preissetzungsfreiheit eigenständig wahrzunehmen hat.

301. Im Übrigen verdeutlicht dieser Einwand die Widersprüchlichkeit in der Argumentation der Beschwerdeführerin. Denn wenn die Festlegung des Materialteuerungszuschlags nach Höhe und Zeitpunkt derart unbedeutend gewesen wäre, wie von ihr nachträglich geltend gemacht wird, lässt sich nicht erklären, warum die Abredebeteiligten überhaupt einen derartigen Aufwand betrieben ha-

ben, um eine einheitliche Umsetzung dieses Preisaufschlags sicherstellen zu können.

302. Auch der Einwand der Beschwerdeführerin (vgl. E. 254), wonach eine Verständigung über Bruttopreise keine Preisfestsetzung gemäss Art. 5 Abs. 3 lit. a KG darstellen würde, weil die einzelnen Kunden jeweils unterschiedliche Preisnachlässe ausgehandelt und erhalten hätten und daher aufgrund anderer Preisparameter weiterhin erheblicher Preiswettbewerb herrschen würde, ist nicht von Belang. Gleiches gilt für den Einwand der Beschwerdeführerin (vgl. E. 254), dass die Festlegung der Bruttopreise aus dem gleichen Grund nicht kausal für die Festlegung der Nettopreise gewesen seien. Denn für eine Preisabrede ist die Koordinierung von einzelnen Preiselementen ausreichend, wie dies vom Gesetzgeber ausdrücklich vorgesehen wurde und auch im EU-Wettbewerbsrecht anerkannt ist.

303. Wenn von Seiten des Gesetzgebers bereits eine Verständigung der Abredeteiligen über die Gewährung eines im Einzelfall gegenüber den Kunden zu gewährenden Rabatts ausdrücklich als Preisabrede qualifiziert wird, obwohl der Nettopreis dadurch nicht festgelegt wird, dann hat diese Qualifizierung offensichtlich umso mehr für die Verständigung der Abredeteiligen über die Anwendung und Ausgestaltung eines Bruttopreises zu gelten, mit dem das Ausgangsniveau für Preisverhandlungen vereinheitlicht und angehoben wird, auch wenn dadurch der sich jeweils ergebende Nettopreis ebenfalls nicht festgelegt wird.

304. Auch der Einwand der Beschwerdeführerin (vgl. E. 251), wonach mit den Bruttopreisen keine Endpreise durch die Abredeteiligen festgelegt worden seien, ist nicht von Belang. Dabei kann dahingestellt bleiben, dass die Beschwerdeführerin in keiner Weise darlegt, welcher der unterschiedlichen Preise im Rahmen der Preisbildung als Endpreis zu qualifizieren wäre. Denn wenn von Seiten des Gesetzgebers bereits die Verständigung über die Gewährung eines Rabatts gegenüber den Kunden als Preisabrede qualifiziert wird, dann ist eine Beschränkung von Art. 5 Abs. 3 lit. a KG auf «Endpreise» sachlogisch ausgeschlossen, weil durch die blosser Festlegung eines Rabatts in keinem Fall ein bestimmter Endpreis festgelegt werden kann. Daher kann entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin (vgl. E. 262) auch eine grammatikalische, historische, systematische und teleologische Interpretation von Art. 5 Abs. 3 lit. a KG nicht zu einem anderen Ergebnis führen.

305. Der Einwand der Beschwerdeführerin (vgl. E. 254), wonach die Bruttopreise der verschiedenen Wettbewerber nur den Charakter von blossen Preisempfehlungen hätten, geht von vornherein ins Leere, weil auch die Koordination von Preisempfehlungen aus den gleichen Gründen als Preisabrede zu qualifizieren ist (BGE 147 II 72, *Hors-Liste-Pfizer-II*, E. 4.5).

306. Den Einwänden der Beschwerdeführerin (vgl. E. 252, 253), wonach die Verhaltenskoordination nicht zu einer Einschränkung des Wettbewerbs geführt habe, weil die angekündigte Preiserhöhung nicht in dieser Höhe durchgesetzt werden können und ein Grossteil der Bruttopreise nicht von dieser Verhaltenskoordination erfasst worden sei, kommt ebenfalls keine Bedeutung zu. Denn bei Vorliegen einer Zweckabrede bedarf

es keiner zusätzlichen Feststellung der tatsächlichen Auswirkungen der Verhaltenskoordination.

307. Auch der Einwand der Beschwerdeführerin (vgl. E. 259), wonach es sich nur um einen Informationsaustausch hinsichtlich von Preisen gehandelt habe, welcher wiederum nicht sanktionierbar sei, ist nicht von Belang. Denn ein Informationsaustausch über Preise oder Preiselemente stellt ebenfalls eine Preisabrede gemäss Art. 5 Abs. 3 lit. a KG dar (BGE 147 II 72, *Hors-Liste-Pfizer-II*, E. 3.4.2.2). Daher würde selbst dann eine Preisabrede vorliegen, wenn der tatsächliche Geschehensablauf entgegen den vorliegenden Erwägungen zur Verhaltenskoordination (vgl. E. 213 f., 217 ff.) nicht als Vereinbarung der Abredeteiligen, sondern nur als abgestimmte Verhaltensweise in Gestalt eines koordinierten Informationsaustauschs (vgl. E. 233 f.) zu qualifizieren wäre.

308. Schliesslich kommt auch den verschiedenen Verweisen der Beschwerdeführerin auf Ausführungen des Ausgangsurteils in der vorliegenden Angelegenheit (vgl. E. 258, 263) keine Bedeutung zu. Denn aufgrund der vollständigen Aufhebung dieses Urteils sind dessen Erwägungen für die Beurteilung der vorliegenden Rechtssache nicht mehr von Bedeutung.

### 3) Wettbewerbsbeseitigung

309. Vorliegend kann dahingestellt bleiben, ob eine Wettbewerbsbeseitigung und damit nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts (BGE 129 II 18, Buchpreisbindung I, E. 8.3.2) eine vollständige Beseitigung des Wettbewerbs vorgelegen hat oder nicht. Denn dieser Aspekt ist für das Ergebnis der rechtlichen Beurteilung nicht von Bedeutung. Im Übrigen unterstellt die angefochtene Verfügung keine Wettbewerbsbeseitigung und die Beschwerdeführerin bestreitet, dass eine solche vorgelegen habe.

### 4) Wettbewerbsbeeinträchtigung

310. Dem Tatbestandsmerkmal der Wettbewerbsbeeinträchtigung gemäss Art. 5 Abs. 1 KG kommt - wie auch dem Tatbestandsmerkmal der Wettbewerbsbeseitigung gegenüber dem Tatbestandsmerkmal der Wettbewerbsbeschränkung in Art. 4 Abs. 1 KG grundsätzlich keine eigenständige Bedeutung in Bezug auf den Inhalt der nachteiligen Einwirkung auf den Wettbewerb zu.

311. Wettbewerbsbeeinträchtigung und Wettbewerbsbeseitigung bilden vielmehr die in Art. 5 KG statuierten Varianten einer Wettbewerbsbeschränkung mit einem je unterschiedlichen quantitativen Ausmass der nachteiligen Einwirkung auf den Wettbewerb (Botschaft KG 1995, 533). Dadurch ergibt sich eine Differenzierung zwischen einer vollständigen Aufhebung und einer erheblichen teilweisen Aufhebung sowie implizit einer geringfügigen teilweisen Aufhebung des Wettbewerbs. An diese Differenzierung werden wiederum einerseits die Möglichkeit der Geltendmachung einer Rechtfertigung gemäss Art. 5 Abs. 2 KG bei einer Wettbewerbsbeeinträchtigung und andererseits der Ausschluss einer Rechtfertigung bei einer Wettbewerbsbeseitigung angeknüpft. Mit dem Begriffspaar «Wettbewerbsbeeinträchtigung» und «Wettbewerbsbeseitigung» wird demzufolge im Rahmen von Art. 5 Abs. 1 KG die notwendige sprachliche Unterscheidung für diese Differenzierung vorge-



nommen. Ansonsten entspricht sowohl der Inhalt einer Wettbewerbsbeeinträchtigung als auch der Inhalt einer Wettbewerbsbeseitigung dem Tatbestandsmerkmal der Wettbewerbsbeschränkung gemäss Art. 4 Abs. 1 KG. Dies wurde durch das Bundesverwaltungsgericht bereits ausdrücklich festgestellt (BVGer, B-3618/2013, *Hallenstadion*, E. 328) und durch das Bundesgericht bestätigt (BGer, 2C\_113/2017, *Hallenstadion*, E. 7.3.4, [«auch eine Beeinträchtigung des Wettbewerbs ist - wie die Vorinstanz zutreffend ausgeführt hat - gegeben»]; implizit bereits BGE 143 II 297, *Gaba*, E. 5.4.2).

## 5) Erheblichkeit

312. Die angefochtene Verfügung stellt die Erheblichkeit der Preisabrede aufgrund der konkreten Beeinträchtigung des Wettbewerbs fest.

### (1) Vorbringen der Beschwerdeführerin

313. Die Beschwerdeführerin macht geltend, dass die Erheblichkeit der vermeintlichen Preisabrede nicht gegeben sei. Hierzu führt sie verschiedene Einwände an.

314. Aufgrund der in der Schweiz geltenden Missbrauchsgesetzgebung könne eine Abrede gemäss Kartellgesetz nur dann als unzulässig betrachtet werden, wenn im Rahmen der Prüfung von deren Auswirkungen auf dem Markt bewiesen werden könne, dass diese den Wettbewerb mindestens erheblich beschränke. Eine *per se*-Erheblichkeit kenne das Kartellgesetz nicht. Ebenso wenig werde eine solche von der Praxis anerkannt.

315. Eine Abrede könne deshalb nicht schon deshalb als unzulässig qualifiziert werden, weil sie den Wettbewerb vermutungsweise beeinträchtige. Die Unzulässigkeit der Abrede sei vielmehr an die zwingende Feststellung gebunden, dass diese den Wettbewerb tatsächlich erheblich beeinträchtige.

316. Die Wettbewerbskommission habe keine Untersuchung der tatsächlichen Auswirkungen vorgenommen. Vielmehr habe sie ohne nähere Abklärung der tatsächlichen Auswirkungen angenommen, dass im Fall von harten Kartellen die qualitativen Kriterien für eine erhebliche Beeinträchtigung gegeben seien, weil derartige Preisabreden schädlich seien. Eine solche Analyse sei gesetzeswidrig und zudem sei der Sachverhalt unvollständig festgestellt worden.

317. Die qualitativen Auswirkungen einer Abrede müssten immer aufgrund einer Einzelfallbetrachtung ermittelt werden. Denn auch die in Art. 5 Abs. 3 KG beschriebenen Abreden würden im Einzelfall unterschiedliche Beeinträchtigungen nach sich ziehen.

318. Eine vermeintliche Abrede, welche auf einen einmaligen pauschalen Austausch von Informationen für einen sekundären Teil der Bruttoverkaufspreise zurückzuführen sei, müsse in qualitativer Hinsicht anders beurteilt werden als eine Abrede, aufgrund der die Endverkaufspreise abgesprochen würden.

319. Selbst wenn der Informationsaustausch anlässlich des Treffens vom 22. September 2006 zu Unrecht als Preisabrede betrachtet würde, wäre er in qualitativer Hinsicht mit Sicherheit nicht als erheblich zu betrachten. Denn die Preiserhöhungen würden auf exogenen Faktoren beruhen, welche durch die ausländischen Hersteller

festgesetzt worden seien und nur einen sekundären Bestandteil der Bruttoverkaufspreise darstellen würden. Ein einmaliger Austausch solcher Informationen sei auf keinen Fall geeignet, sich preisharmonisierend auszuwirken. Einem derartigen Austausch sei jegliche besondere schädliche Qualität abzusprechen.

320. Die quantitative Erheblichkeit sei ebenfalls im Rahmen einer Einzelfallprüfung abzuklären, weil die Beeinträchtigung eine gewisse Intensität aufweisen müsse. Daher könne nicht einfach darauf verwiesen werden, dass horizontalen Abreden ein hohes Schädigungspotential zukomme, weshalb keine hohen Anforderungen zu stellen seien. Eine entsprechende Abklärung habe die Wettbewerbskommission nicht vorgenommen.

321. Im Hinblick auf die für die Koch-Gruppe massgeblichen Auswirkungen auf die Fensterproduzenten habe die Wettbewerbskommission lediglich 55 der 200 von der Koch-Gruppe belieferten Fensterproduzenten befragt und lediglich 33 verwertbare Antworten erhalten. Bereits daraus sei ersichtlich, dass die Befragung keinesfalls repräsentativ und damit auch nicht verlässlich sei. Zudem könne nur in zwei Fällen eine Durchsetzung der Preiserhöhungen gemäss Ankündigungsschreiben tatsächlich abgeleitet werden und nur in weiteren drei Fällen hätten die Fensterproduzenten angegeben, dass die Preiserhöhungen zumindest zum Teil oder zeitverzögert überwältigt worden seien. Alle weiteren Antworten seien unspezifisch und einige Fensterproduzenten hätten sogar darauf hingewiesen, dass die Preiserhöhungen durch die Einholung von Offerten in Deutschland vollständig oder durch Verhandlungen mit der Koch-Gruppe weitgehend verhindert worden seien.

322. Die Wettbewerbskommission könne sich nicht mit der allgemeinen Feststellung begnügen, wonach gegenüber 33 Befragten die Preiserhöhungen hätten durchgesetzt werden können, ohne zu wissen, (i) welcher Abredeteilnehmer (ii) gegenüber wem und (iii) in welchem Umfang die Preiserhöhungen habe durchsetzen können.

323. Die Befragung sei daher nicht geeignet gewesen, unter Berücksichtigung der bestehenden Beweisführungspflicht eine erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs nachzuweisen.

324. Aufgrund der seit Erlass des aufgehobenen Urteils zwischenzeitlich ergangenen aktuellen Rechtsprechung (vgl. SV K.b) müssten folgende Aspekte im Hinblick auf das Tatbestandsmerkmal der Erheblichkeit berücksichtigt werden.

325. Angesichts der bundesgerichtlichen Rechtsprechung in Sachen *Gaba*, bestätigt vom Bundesgericht im Rückweisungsurteil (E. 3.2) und im Urteil in Sachen *Altimum* (BGE 144 II 246 E. 10), bleibe bei einer nachgewiesenen Preisabrede gemäss Art. 5 Abs. 3 lit. a KG kaum Raum für die Verneinung des Tatbestandselements einer erheblichen Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG. Den vorstehend bezeichneten Umständen sei daher im Rahmen von Art. 4 Abs. 1 (Wettbewerbsabrede) und Art. 5 Abs. 3 lit. a KG (Vermutungstatbestand) Rechnung zu tragen. Bei Art. 5 Abs. 1 KG sei im Hinblick auf die Frage des Vorliegens eines Bagatellfalls zu berücksichtigen, dass die angekündigten

Preiserhöhungen nicht umgesetzt, sondern mittels Rabatten kompensiert worden seien.

326. Soweit das Gericht von einem Austausch sensitiver Informationen ausgehen würde, müsse allerdings eine detaillierte Prüfung von Art. 5 Abs. 1 KG vorgenommen werden. Dasselbe gelte für eine Rechtfertigung des Informationsaustauschs aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz, wobei hierbei dessen Zweck, sich gegen die Preiserhöhung der Hersteller zu wehren, Rechnung zu tragen sei.

### (2) Vorbringen der Vorinstanz

327. Die Vorinstanz hält die von der Beschwerdeführerin vorgebrachten Einwände angesichts der neueren bundesgerichtlichen Rechtsprechung aus den im Rahmen der gerichtlichen Würdigung dargelegten Gründen als unzutreffend.

### (3) Würdigung durch das Gericht

328. Eine Wettbewerbsbeschränkung ist gemäss Art. 5 Abs. 1 KG bei Fehlen einer Wettbewerbsbeseitigung nur dann wettbewerbswidrig, wenn sie erheblich ist. Das Gesetz selbst weist keine Umschreibung oder inhaltliche Bestimmung des Merkmals der Erheblichkeit auf. In Praxis und Literatur bestanden daher recht divergierende Ansichten zu dessen Inhalt. Das Bundesgericht hat mit dem zwischenzeitlich ergangenen Urteil in Sachen Gaba (BGE 143 II 297, *Gaba*, E. 5) eine wesentliche Klärung hierzu herbeigeführt.

329. Danach nimmt das Merkmal der Erheblichkeit als Bagatellklausel ausschliesslich eine Aussonderung der unbedeutenden Fälle vor, die aus Gründen der administrativen und wirtschaftlichen Praktikabilität keiner Verfolgung zuzuführen sind. Dabei bedarf es für die Aussonderung weder einer Prüfung der volkswirtschaftlichen Auswirkungen noch einer umfassenden und differenzierten Abklärung des jeweiligen Sachverhalts. Vielmehr ist die Prüfung der Erheblichkeit anhand einfacher Beurteilungskriterien von qualitativen und quantitativen Aspekten durchzuführen. Massgebend für die Beurteilung ist hierbei, dass die Gesamtheit von qualitativer und quantitativer Begutachtung zur Feststellung der Erheblichkeit für einen Sachverhalt führt.

330. Für diese Beurteilung der Erheblichkeit ist zu berücksichtigen, dass qualitativen Aspekten, die sich aus dem Gesetzestext ableiten lassen, eine vorrangige Bedeutung zukommt. Die in Art. 5 Abs. 3 und 4 KG aufgeführten Wettbewerbsabreden einschliesslich von Preisabreden sind daher angesichts ihrer vom Gesetzgeber anerkannten besonderen Schädlichkeit grundsätzlich bereits aufgrund ihres Gegenstands als erheblich zu qualifizieren. Denn diese Wettbewerbsabreden sind auch bei Fehlen einer Wettbewerbsbeseitigung als besonders schädlich zu qualifizieren. Deshalb ist bei ihrem Vorliegen die Erheblichkeit der Wettbewerbsbeeinträchtigung unabhängig von ihrem quantitativen Ausmass regelmässig gegeben (BGE 143 II 297, *Gaba*, E. 5.2.5). Bei den Vermutungstatbeständen gemäss Art. 5 Abs. 3 und 4 KG kann somit nur im Falle von besonderen Ausnahmekonstellationen eine fehlende Erheblichkeit der Wettbewerbsbeeinträchtigung festgestellt werden.

331. Dies gilt prinzipiell in noch strengerer Weise im EU-Wettbewerbsrecht, welches für Preis-, Mengen-, Gebiets- und Kundenabreden gar keine Ausnahmeregelungen aufgrund der Geringfügigkeit kennt (vgl. E. 283).

332. Die qualitative Massgeblichkeit ist im vorliegenden Fall ohne Weiteres gegeben. Denn Gründe dafür, dass die vorliegende Festlegung des Materialteuerungszuschlags als besonderer Ausnahmefall eine völlig bedeutungslose Preisabrede darstellen würde, sind nicht ersichtlich und werden von der Beschwerdeführerin auch nicht vorgetragen. Allein die Behauptung, dass die Verhaltenskoordination in Bezug auf die Höhe und den Termin des Materialteuerungszuschlags zur Abwehr eines Herstellerdiktats und der von den massgeblichen Herstellern beschlossenen Preiserhöhungen erforderlich gewesen sei, stellt keinen Grund dafür dar, dass es sich hierbei um eine unbedeutende Preisabrede gehandelt hätte.

333. Allein der Vollständigkeit halber ist zudem darauf hinzuweisen, dass im vorliegenden Fall auch die quantitative Massgeblichkeit gegeben ist, weil die Abredeteiligen einen Marktanteil von über 80% des relevanten Markts aufweisen (vgl. SV F.a). Bei einem derartig grossen Marktanteil der Abredeteiligen wäre sogar bei anderen als bei den in Art. 5 Abs. 3 und 4 KG statuierten Verhaltenskoordinationen von einer Erheblichkeit der Wettbewerbsbeeinträchtigung auszugehen.

334. Die Erheblichkeit der Wettbewerbsbeeinträchtigung gemäss Art. 5 Abs. 1 KG liegt daher unzweifelhaft vor.

335. Die Einwände der Beschwerdeführerin gegen die Erheblichkeit der Preisabrede sind angesichts der neueren Rechtsprechung des Bundesgerichts nicht mehr von Belang.

336. Dem Einwand der Beschwerdeführerin, wonach die zur Erheblichkeit einer Wettbewerbsbeeinträchtigung geltend gemachten Aspekte nunmehr im Rahmen der Prüfung von Art. 4 Abs. 1 KG zu berücksichtigen seien, kommt keine Bedeutung zu. Denn wenn die entsprechenden Aspekte nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts schon nicht im Hinblick auf die Geringfügigkeit einer Wettbewerbsbeschränkung zu beachten sind, dann bedürfen sie auch keiner Berücksichtigung bei der Beurteilung, ob die jeweilige Wettbewerbsbeschränkung überhaupt gegeben ist.

337. Schliesslich ist auch der Einwand der Beschwerdeführerin (vgl. E. 326), wonach die Erheblichkeit zu prüfen sei, weil allenfalls nur ein Informationsaustausch vorgelegen habe, nicht von Belang. Selbst wenn das Verhalten der Abredeteiligen entgegen den Erwägungen zur Verhaltenskoordination nicht als Vereinbarung, sondern nur als abgestimmte Verhaltensweise in Gestalt eines Informationsaustauschs über Preise oder Preiselemente zu qualifizieren wäre, stellt dies eine Preisabrede gemäss Art. 5 Abs. 3 lit. a KG dar (BGE 147 II 72, *Hors-Liste-Pfizer-II*, E. 3.4.2.2), deren Erheblichkeit aufgrund ihrer besonderen Schädlichkeit gegeben ist.

## 6) Rechtfertigungsgründe

338. Die angefochtene Verfügung hat das Vorliegen von Rechtfertigungsgründen verneint.

*(1) Vorbringen der Beschwerdeführerin*

339. Die Beschwerdeführerin macht geltend, dass der Informationsaustausch gemäss Art. 5 Abs. 2 KG gerechtfertigt gewesen sei, weil das Verhalten der Koch-Gruppe zu einer Senkung der Vertriebskosten geführt und dadurch zur wirtschaftlichen Effizienz beigetragen habe. Hierzu führen sie verschiedene Einwände an.

340. Die Koch-Gruppe habe sich an überhaupt keiner Abrede - geschweige denn an einer unzulässigen Abrede - beteiligt. Die wettbewerbsrechtliche Analyse des Verhaltens der Koch-Gruppe habe im Gegenteil ergeben, dass dank des Einsatzes der Koch-Gruppe die Preiserhöhungen in der Schweiz von den Herstellern und deren Vertriebsgesellschaften gegenüber dem Handel tiefer ausgefallen seien als ursprünglich geplant. Dies sei aktenkundig und unbestritten.

341. Alle Unterlagen einschliesslich der Selbstanzeige sowie die Aussagen von sämtlichen Befragten würden eindeutig belegen, dass die Koch-Gruppe sich stets gegen Preiserhöhungen gewehrt habe.

342. Selbst wenn das Verhalten der Koch-Gruppe zu Unrecht als horizontale Abstimmung mit ihren Lieferanten betrachtet würde, sei anzuerkennen, dass dank der Koch-Gruppe der schweizerische Handel von tieferen Preisen profitiert habe.

343. Siegenia Deutschland bzw. Siegenia hätten gegenüber der Koch-Gruppe eine Preiserhöhung zwischen 8-9% angekündigt, welche aufgrund des Widerstands der Koch-Gruppe in einer ersten Phase auf 6% per 1. September 2006 und dank des Treffens vom 22. September 2006 auf 5,7% per 1. Februar 2007 gesenkt worden sei.

344. Die vermeintlich wettbewerbsrechtlich relevante Verhaltensweise der Koch-Gruppe bestehe lediglich in einer Senkung und Verzögerung der von den Herstellern und ihren Vertriebsgesellschaften vorgenommenen Preiserhöhungen. Dies habe dazu geführt, dass die Koch-Gruppe, ihre Kunden und letztlich alle schweizerischen Vertreiber von Drehkippschlägen von tieferen Preisen sowie einer Verzögerung der Preiserhöhungen profitiert hätten und sie ihre Produkte dementsprechend ihren jeweiligen Kunden zu besseren Konditionen hätten anbieten können. Dies stelle eine Senkung der Vertriebskosten dar.

345. Um diesen Erfolg zu erreichen, sei das Treffen vom 22. September 2009 notwendig gewesen. Nur wenn alle Hersteller seitens ihrer Abnehmer Druck spüren würden, hätten reine Händler wie die Koch-Gruppe eine Chance gehabt, in ihren bilateralen Verhandlungen mit Siegenia etwas zu erreichen.

346. Ohne die Gegenreaktion der Koch-Gruppe hätte im schweizerischen Markt Siegenia eine Preiserhöhung von 6% ab 1. September 2006 durchgesetzt. Dank des erzeugten Widerstands sei die Erhöhung auf 5,7% per 1. Februar 2007 reduziert worden. Dadurch sei dem Wettbewerb auf dem schweizerischen Markt ein Dienst erwiesen worden, ohne den beteiligten Unternehmen die Möglichkeit eröffnet zu haben, den Wettbewerb zu beseitigen.

347. Die Wettbewerbskommission anerkenne denn auch in ihrer Praxis (RPW 2008/4, 564, Ziff. 120; RPW

2003/4, 871, Ziff. 9), dass die Erzeugung eines Gegenpols eine bessere Verhandlungsposition zur Folge habe, und auch in der Literatur werde anerkannt, dass dies effizient im Sinne von Art. 5 Abs. 2 KG sein könne.

*(2) Vorbringen der Vorinstanz*

348. Die Vorinstanz qualifiziert die von der Beschwerdeführerin geltend gemachten Aspekte nicht als Rechtfertigungsgründe.

*(3) Würdigung durch das Gericht*

349. Eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung stellt gemäss Art. 5 Abs. 2 KG dann kein wettbewerbswidriges Verhalten dar, wenn ausreichende Gründe der wirtschaftlichen Effizienz das Vorgehen der an der Abrede beteiligten Unternehmen rechtfertigen.

350. Für eine Rechtfertigung wegen wirtschaftlicher Effizienz bedarf es eines gesamtwirtschaftlich positiven Zwecks (Botschaft KG 1995, 516; BGE 143 II 297, *Gaba*, E. 7.1; BGE 147 II 72, *Hors-Liste-Pfizer-II*, E. 7.2) wobei ausschliesslich die gesetzlich aufgeführten Aspekte einer Senkung der Herstellungs- und Vertriebskosten, einer Verbesserung der Produkte, einer Förderung von Forschung oder der Verbreitung von technischem oder beruflichem Wissen sowie einer rationelleren Nutzung von Ressourcen geltend gemacht werden können (Botschaft KG 1995, 558; BGE 129 II 18, *Buchpreisbindung I*, E. 10.3; BGE 143 II 297, *Gaba*, E. 7.1; BGE 147 II 72, *Hors-Liste-Pfizer-II*, E. 7.2). Hierbei ist es ausreichend, dass im Einzelfall einer dieser Gründe vorliegt (BGE 129 II 18, *Buchpreisbindung I*, E. 10.3; BGE 143 II 297, *Gaba*, E. 7.1; BGE 147 II 72, *Hors-Liste-Pfizer-II*, E. 7.2).

351. Eine Wettbewerbsabrede muss gemäss Art. 5 Abs. 2 lit. a KG notwendig sein, um den jeweils geltend gemachten Rechtfertigungsgrund zu erreichen. Die Notwendigkeit einer Abrede muss in zeitlicher, örtlicher, sachlicher und personaler Hinsicht gegeben sein (BGE 144 II 246, *Altimum*, E. 13.5.1; BVGer, B-7920/2015, *VPVW-Repo-3*, E. 10.3). Dies setzt im Sinne einer Verhältnismässigkeitsprüfung (Botschaft KG 1995, 560; BGE 129 II 18, *Buchpreisbindung I*, E. 10.4; BGE 143 II 297, *Gaba*, E. 7.1; BGE 147 II 72, *Hors-Liste-Pfizer-II*, E. 7.2; BVGer, B-7920/2015, *VPVW-Repo-3*, E. 10.3) folgende Anforderungen voraus: (i) die Wettbewerbsabrede ist überhaupt geeignet, das geltend gemachte Effizienzziel herbeizuführen; (ii) die Wettbewerbsabrede ist erforderlich, weil keine mildere, d.h. den Wettbewerb weniger beeinträchtigende wirtschaftliche Massnahme möglich ist; (iii) die durch die Wettbewerbsabrede herbeigeführte Beeinträchtigung des Wettbewerbs ist im Verhältnis zum angestrebten Effizienzziel angemessen, d.h. nicht überproportional, mit der Folge, dass die Effizienzgewinne umso höher ausfallen müssen, je schwerwiegender die Beeinträchtigung des Wettbewerbs zu qualifizieren ist.

352. Preisabreden erfüllen das Kriterium der Notwendigkeit in der Regel nicht (BGE 129 II 18, *Buchpreisbindung I*, E. 10.4; BVGer, B-7920/2015, *VPVW-Repo-3*, E. 10.3).

353. Gemäss Art. 5 Abs. 2 lit. b KG darf die Wettbewerbsabrede überdies in keinem Fall die Möglichkeit zu einer Beseitigung von wirksamem Wettbewerb eröffnen.

354. Im Lichte des gesamtwirtschaftlichen Effizienzbegriffs reichen rein individuelle betriebswirtschaftliche Zugewinne an Leistungsfähigkeit - wie betriebsinterne Kostenverlagerungen - oder rein pekuniäre Vorteile - wie blosser Kartellrenten, eine sog. Marktberuhigung oder die Verhinderung von ruinösem Wettbewerb - der Abredebeitragenden für eine Rechtfertigung nicht aus (BVGer, BVGer, B-7920/2015, *VPVW-Repo-3*, E. 10.3 m.w.N.).

355. Auch die Notwendigkeit von Preiserhöhungen aufgrund von gestiegenen Rohstoffpreisen stellt keinen Rechtfertigungsgrund für eine Verständigung von Wettbewerbern über die Höhe und den Zeitpunkt der umzusetzenden Preissteigerungen dar.

356. Die von den Beschwerdegegnerinnen geltend gemachte Abwehr eines Preisdiktats der ausländischen Beschlaghersteller und der Begrenzung der inländischen Produktpreise gegenüber dem Ausland bilden von vornherein keine Rechtfertigung für den Abschluss einer Preisabrede.

357. Die Beschwerdeführerin macht mit ihren Einwänden letztlich geltend, dass der Abschluss und die Beteiligung an einer Preisabrede zwischen Herstellern und Händlern eine sachliche Notwendigkeit zur Abwehr einer Preiserhöhung der Hersteller seien und damit als Rechtfertigungsgrund wegen einer dadurch erreichten Senkung der Vertriebskosten zu gelten hätten.

358. Es ist jedoch ohne Weiteres ersichtlich, dass der Abschluss einer Wettbewerbsabrede nicht einen tauglichen Rechtfertigungsgrund für gerade diese Wettbewerbsabrede darstellen kann. Gleichfalls kann der Abschluss einer Wettbewerbsabrede nicht einen tauglichen Rechtfertigungsgrund für die Abwehr einer anderen Wettbewerbsabrede darstellen.

359. Denn würde man der Argumentation der Beschwerdeführerin folgen, könnten in allen Märkten alle Preise ohne Schwierigkeiten zwischen Herstellern und Händlern einvernehmlich festgelegt werden, indem eine angekündigte Preiserhöhung der Hersteller zum angeblichen Nutzen für alle Wirtschaftsteilnehmer durch eine Abrede von Herstellern und Händlern in einem gewissen Umfang reduziert werden würde.

360. Es ist daher ohne Weiteres ersichtlich, dass der Einwand der Beschwerdeführerin zur Rechtfertigung der Preiserhöhungsabrede nicht von Bedeutung ist.

361. Der Vollständigkeit halber sei zudem darauf hingewiesen, dass eine Festlegung von Preisen gegenüber den Abnehmern weder eine Senkung von Vertriebskosten im Sinne von Art. 5 Abs. 2 KG bewirkt noch ein verhältnismässiges Mittel darstellt. Im Hinblick auf die notwendige Verhältnismässigkeit ist jedenfalls zu beachten, dass die Meldung von wettbewerbswidrigen Vorgängen an die Wettbewerbsbehörden stets ein milderer Mittel als die eigene Vornahme von wettbewerbswidrigen Massnahmen darstellt. Die Voraussetzungen des Art. 5 Abs. 2 KG wären daher vorliegend ohnehin nicht gegeben.

362. Aufgrund des erstellten Sachverhalts sind auch keine sonstigen Anhaltspunkte ersichtlich, dass ein Effizienzgrund für den Abschluss einer Preisabrede über die Höhe und den Termin eines Materialteuerungszuschlags

zwischen den Abredebeitragenden zu Lasten der Fensterproduzenten vorhanden sein könnte.

363. Vorliegend sind die Voraussetzungen für die Anerkennung eines Rechtfertigungsgrunds demzufolge nicht gegeben.

## 7) Fazit Wettbewerbsabrede

364. Zusammenfassend ist festzustellen, dass die Verständigung über den Zeitpunkt und die Höhe einer Preiserhöhung in Form eines Materialteuerungszuschlags für Fensterbeschläge im Jahr 2007 als Preisabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 3 lit. a KG eine wettbewerbswidrige Preisabrede gemäss Art. 5 Abs. 1 KG darstellt, weil mit dem Abschluss dieser Wettbewerbsabrede der Wettbewerb auf dem relevanten Markt der Fensterbeschläge mit Dreh-Kipp-Mechanismus erheblich beeinträchtigt wurde.

## VII. Sanktionen

365. Die Vorinstanz hat wegen des wettbewerbswidrigen Verhaltens gegen die Beschwerdeführerin gemäss Art. 49a Abs. 1 KG einen Betrag als Sanktion ausgesprochen.

### 1) Massgebende Sanktionsvorschriften

366. Art. 49a KG sieht vor, dass ein Unternehmen, das sich aufgrund seiner Beteiligung an einer in Art. 5 Abs. 3 und 4 KG aufgeführten Wettbewerbsabrede unzulässig verhält, mit einer Sanktion belastet wird. Das Sanktionsobjekt entspricht dabei dem Kartellrechtssubjekt gemäss Art. 2 Abs. 1<sup>bis</sup> KG. Aufgrund des vorliegenden Sachverhalts liegt eine Preisabrede gemäss Art. 5 Abs. 3 lit. a KG vor, an dem die Beschwerdeführerin als Repräsentantin der Koch-Gruppe sbeteiligt ist.

367. Die Beschwerdeführerin sieht durch die Sanktionierung die rechtmässige Anwendung von Art. 49a Abs. 1 KG verletzt, weil deren tatbestandsmässigen Voraussetzungen nicht beachtet worden seien.

#### (1) Vorbringen der Beschwerdeführerin

368. Die Beschwerdeführerin macht geltend, dass die vorgeworfene Preiserhöhung nicht nach Art. 49a Abs. 1 KG sanktioniert werden dürfe, weil sie den wirksamen Wettbewerb nicht beseitige. Hierzu erhebt sie verschiedene Einwände.

369. Im vorliegenden Fall sei die gesetzliche Vermutung der Beseitigung des Wettbewerbs widerlegt worden. Die der Koch-Gruppe vorgeworfene Preiserhöhung habe den wirksamen Wettbewerb daher nicht beseitigt.

370. Gemäss einer Ansicht in der Literatur, der zu folgen sei, müsse die Anwendung von direkten Sanktionen auf Wettbewerbsabreden beschränkt werden, die den Wettbewerb effektiv beseitigten.

371. Dies ergebe sich schon daraus, dass Art. 49a Abs. 1 KG explizit nur auf Art. 5 Abs. 3 und 4 KG, nicht aber auf Art. 5 Abs. 1 KG verweise.

372. Das erklärte Anliegen des Gesetzgebers sei es gewesen, besonders schädliche Wettbewerbsabreden direkt sanktionieren zu können. Dagegen leuchte es aus teleologischer Sicht und Gleichbehandlungsaspekten nicht ein, weshalb bei den Abreden, die den wirksamen

Wettbewerb nicht beseitigen, sondern nur erheblich beeinträchtigen würden, eine Zweiklassengesellschaft zur Anwendung gelangen solle mit Abreden, die direkt Strafen in Millionenhöhe nach sich ziehen, und anderen, für die dies nicht gelten würde. Hätte der Gesetzgeber eine andere Absicht verfolgt, wäre Art. 49a Abs. 1 KG anders formuliert worden.

373. Die von Art. 49a Abs. 1 KG beabsichtigte Abschreckungswirkung werde keineswegs vereitelt, wenn direkte Sanktionen auf Abreden beschränkt würden, die den Wettbewerb beseitigen. Denn ein Teilnehmer einer Abrede gemäss Art. 5 Abs. 3 und 4 KG riskiere, in eine lange und kostspielige Untersuchung verwickelt zu werden sowie eine empfindliche Strafe zu erhalten, wenn sich die gesetzliche Vermutung bestätige. Dies sei für ein Unternehmen Grund genug, sich strikt an das Kartellgesetz zu halten.

### *(2) Vorbringen der Vorinstanz*

374. Die Vorinstanz hält die von der Beschwerdeführerin vorgebrachten Einwände gegen ihre Sanktionierung angesichts der neueren bundesgerichtlichen Rechtsprechung sachlich für unzutreffend.

### *(3) Würdigung durch das Gericht*

375. Die neuere Rechtsprechung des Bundesgerichts hat klargestellt, dass eine Sanktionierung gemäss Art. 49a KG eine Beseitigung des Wettbewerbs gemäss dem Vermutungstatbestand von Art. 5 Abs. 3 und 4 KG nicht voraussetzt. Vielmehr findet Art. 49a KG auch auf eine bloss erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs durch Wettbewerbsabreden gemäss Art. 5 Abs. 3 und 4 KG Anwendung (BGE 143 II 297, *Gaba*, E. 9.4; BGer, 24.10.2017, 2C\_63/2016, Bayerische Motorenwerke AG gg. Weko, publ. E. 144 II 194, zit. *BMW*, E. 5.4; BGE 147 II 72, *Hors-Liste-Pfizer-II*, E. 8.3.1). Die entsprechenden, von der Beschwerdeführerin geltend gemachten Einwände sind demzufolge nicht von Belang.

376. Die Voraussetzungen für die Anwendung von Art. 49a KG sowie die sich daraus ergebende Sanktionierbarkeit der von der Beschwerdeführerin vereinbarten und durchgeführten Wettbewerbsbeschränkung sind daher gegeben.

## **2) Vorwerfbarkeit**

### *(1) Vorbringen der Beschwerdeführerin*

377. Die Beschwerdeführerin macht geltend, dass der vermeintliche Wettbewerbsverstoss nicht schuldhaft begangen worden sei. Hierzu bringt sie verschiedene Einwände vor.

378. Aufgrund des strafrechtlichen Charakters von kartellrechtlichen Sanktionen seien in Zusammenhang mit deren Verhängung auch die Verfahrensgarantien von Art. 6 EMRK und Art. 32 BV anwendbar. Aus der Unschuldsvermutung ergäbe sich, dass jede strafrechtliche Sanktion im Sinne von Art. 6 EMRK ein Verschulden voraussetze.

379. Ein Unternehmen könne nicht anhand eines bloss vorwerfbaren Verhaltens sanktioniert werden. Eine Sanktionierung sei nur möglich, wenn dem betreffenden Unternehmen ein strafrechtlich schuldhaftes Verhalten nachgewiesen werden könne. Im Einzelfall müsse dem-

nach dem Betroffenen in subjektiver Hinsicht ein Schuldvorwurf gemacht werden können. Dies sei von der REKO/WEF (RPW 2002/2 S. 533 Ziff. 48 ff.) und dem Bundesverwaltungsgericht (27.4.2010, B-2877/2007, E. 8.2.2.1) anerkannt worden.

380. Aufgrund des Schuldprinzips sei es unzulässig, aus dem Bestehen eines Wettbewerbsverstosses ohne Weiteres auf ein Verschulden des Unternehmens zu schliessen. Gemäss Art. 12 StGB gelte jede Unvorsichtigkeit, welche der Betroffene nach den persönlichen Umständen und den individuellen Verhältnissen zu beachten verpflichtet sei, als vorwerfbar. Daraus folge, dass die sanktionierende Behörde die Sorgfaltswidrigkeit zu spezifizieren und zu präzisieren habe, inwieweit der Wettbewerbsverstoss hätte verhindert werden können.

381. Die Wettbewerbskommission habe auf die individuelle Prüfung von schuldhaften Elementen für jedes einzelne Unternehmen verzichtet. Die angefochtene Verfügung beschränke sich auf eine pauschale Prüfung der Vorwerfbarkeit für alle Beteiligten. Im Rahmen dieser Begründung sei lediglich ausgeführt worden, die Untersuchungsadressaten hätten am Koordinationstreffen mit dem Ziel teilgenommen, sich über die Preise abzustimmen. Dies sei dadurch verdeutlicht worden, dass die Teilnehmer sich nicht mehr gegen die von den ausländischen Herstellern beschlossenen Preiserhöhungen hätten wehren können. Die involvierten Unternehmen hätten deshalb keine Vorkehrungen treffen können, um die Einhaltung des Kartellgesetzes sicherzustellen.

382. Die Begründung der Vorwerfbarkeit ihres Verhaltens würde den Anforderungen an das Schuldprinzip unter Berücksichtigung der Rolle der Koch-Gruppe anhand der gesamten Umstände des dokumentierten Informationsstands nicht genügen.

383. Die Koch-Gruppe sei an keiner horizontalen Abrede beteiligt gewesen. Die Preiserhöhungen 2006/2007 seien vielmehr auf das Verhalten der Hersteller sowie der schweizerischen Vertriebsgesellschaften zurückzuführen. Die Koch-Gruppe habe am vorgeworfenen Treffen nur teilgenommen, um sich gegen die von den Herstellern und deren Vertriebsgesellschaften angekündigten Preiserhöhungen zur Wehr zu setzen.

384. Die Tatsache, dass die Koch-Gruppe sich stets gegen Preiserhöhungen gewehrt habe, sei aktenkundig und durch Aussagen mehrerer Untersuchungsadressaten belegt.

385. Wie der Einladung des fraglichen Treffens zu entnehmen sei, habe die Absicht der Koch-Gruppe darin bestanden, Druck gegenüber den Herstellern aufzubauen, um den europäischen Preisen näher zu kommen. Die Interpretation der Wettbewerbskommission, wonach die Abstimmung die Erhöhung der Preise zum Gegenstand gehabt habe, sei falsch und unbelegt. Entgegen den Ausführungen der Wettbewerbskommission habe sich die Koch-Gruppe nicht mit den anderen Teilnehmern über Ausmass und Zeitpunkt der Preiserhöhungen abgesprochen. Auf diese Umstände habe die Koch-Gruppe als reiner Händler gar keinen Einfluss gehabt. Die Koch-Gruppe habe lediglich versucht, die horizontal zwischen den Herstellern beziehungsweise ihren Ver-

triebsgesellschaften zuvor besprochenen Preiserhöhungen zu reduzieren.

386. Die Koch-Gruppe sei davon überzeugt gewesen, dass ihr Verhalten im Interesse der schweizerischen Abnehmer zwingend notwendig gewesen sei. Sie habe weder wissen können noch wissen müssen, dass ihr Verhalten angeblich kartellrechtlich relevant und sanktionsbedroht sei.

387. Die gegenteiligen Ausführungen der Wettbewerbskommission würden belegen, dass diese das Verhalten und die Marktsituation der Koch-Gruppe falsch gewürdigt habe.

### (2) Vorbringen der Vorinstanz

388. Die Vorinstanz macht unter Verweis auf die bisherige Wettbewerbspraxis im Wesentlichen geltend, dass für den Nachweis eines Verschuldens dem Unternehmen zumindest eine objektive Sorgfaltspflichtverletzung im Sinne der Vorwerfbarkeit angelastet werden können müsse, was im Ergebnis vorliegend der Fall sei.

### (3) Würdigung durch das Gericht

#### (a) Ausgangslage

389. Aufgrund der gefestigten Rechtsprechung ist die Vorwerfbarkeit eines wettbewerbswidrigen Verhaltens gemäss Art. 49a Abs. 1 KG bei einem pflichtwidrigen Fehlverhalten von Mitgliedern der Führungsgremien und von Mitarbeitern des Unternehmens gegeben, das sowohl eine Sorgfaltspflichtverletzung durch ein aktives Handeln oder eine Unterlassung als auch einen Sorgfaltsmangel im Sinne eines Organisationsverschuldens umfasst (ausführlich BVGer, B-7633/2009, *ADSL II*, E. 674 f., und BVGer, B-831/2011, *DCC*, E. 1488 ff.; grundsätzlich BGE 147 II 72, *Hors-Liste-Pfizer-II*, E. 8.4.2; BGE 146 II 217, *ADSL II*, E. 8.5.2; BGE 143 II 297, *Gaba*, E. 9.6.2; BGE 139 I 72, *Publigroupe*, E. 12.2.2 [nicht publ.]; BVGer, B-771/2012, *Cellere*, E. 9.3.3; BVGer, B-807/2012, *Erne*, E. 11.2.1; BVGer, B-581/2012, *Nikon*, E. 8.2.2; BVGer, B-506/2010, *Gaba*, E. 14.3.5; BVGer, B-2977/2007, *Publigroupe*, E. 8.2.2.1; BVGer, B-2157/2006, *Valet Parking*, E. 4.2.6).

390. Die Feststellung der Vorwerfbarkeit einschliesslich der Zurechnung des Verhaltens von Mitarbeitern gegenüber dem massgeblichen Kartellrechtssubjekt oder der Bejahung eines Organisationsverschuldens auf Seiten des Unternehmens führt entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin (vgl. E. 377) nicht zu einer unzulässigen verschuldensunabhängigen Bestrafung (BVGer, B-7633/2009, *ADSL II*, E. 677 m.w.N.; BVGer, B-831/2011, *DCC*, E. 1490 m.w.N.). Denn hinsichtlich der Sorgfaltspflichten, denen ein Unternehmen bei seinem wirtschaftlichen Verhalten im Rahmen seiner Teilnahme am Wettbewerb zu genügen hat, sind verschiedene Aspekte zu beachten.

391. Zunächst kommt den gesetzlich oder gesellschaftsintern vorgesehenen Mitgliedern der Führungsgremien von Gesellschaften als juristischen Personen einschliesslich von Gruppengesellschaften eines Konzerns mit Bezug auf die gesamte Geschäftstätigkeit des Unternehmens aufgrund von gesellschaftsrechtlichen Vorschriften wie etwa Art. 717 Abs. 1 und Art. 812 Abs. 1 OR die Verpflichtung zu, die Geschäftstätigkeit sorg-

faltsgemäss auszugestalten und im laufenden Geschäftsbetrieb umzusetzen, was zum Beispiel gemäss Art. 716a Abs. 1 Ziff. 5 und Art. 810 Abs. 2 Ziff. 4 OR die Beachtung aller einschlägigen gesetzlichen Bestimmungen einschliesst. Den Verantwortlichen eines Unternehmens kommt somit die Verpflichtung zu, einen rechtmässigen Geschäftsbetrieb sicherzustellen. Diese Verpflichtung umfasst auch die Beachtung der Wettbewerbsvorschriften durch die Umsetzung eines dauerhaft wettbewerbskonformen Verhaltens (BGE 147 II 72, *Hors-Liste-Pfizer-II*, E. 8.4.2; BGE 143 II 297, *Gaba*, E. 9.6.2; BVGer, B-831/2011, *DCC*, E. 1491; BVGer, B-807/2012, *Erne*, E. 11.2.4, 11.2.5 a.E.; BVGer, B-7633/2009, *ADSL II*, E. 677).

392. Grundsätzlich kann davon ausgegangen werden, dass ein Unternehmen zur Verfolgung seiner geschäftlichen Aktivitäten auf den jeweiligen Positionen innerhalb seines Geschäftsbetriebs nur Mitarbeitende einsetzt, welche aufgrund ihrer individuellen Persönlichkeit, Ausbildung und Erfahrung in der Lage sind, bei Ausübung der entsprechenden Tätigkeiten jedenfalls diejenige Sorgfalt anzuwenden, die aus objektiver Sicht für eine ordnungsgemässe Bearbeitung und Behandlung der hierbei regelmässig anfallenden Sachverhalte sachlich erforderlich ist und angesichts der Umstände des Einzelfalls üblicherweise erwartet werden kann. Dabei hat das Unternehmen durch eine entsprechende Auswahl und Schulung der Mitarbeitenden sowie deren Kontrolle sicherzustellen, dass die jeweiligen Anforderungen erfüllt werden. Wenn dies nicht gewährleistet wäre, müsste andernfalls davon ausgegangen werden, dass bereits ein Organisationsmangel auf Seiten des Unternehmens vorliege, weil es Mitarbeitende für Tätigkeiten einsetzt, welche den sich daraus ergebenden Anforderungen an ein rechtmässiges Verhalten nicht gewachsen sind (BVGer, B-7633/2009, *ADSL II*, E. 677; BVGer, B-771/2012, *Cellere*, E. 9.3.3; BVGer, B-807/2012, *Erne*, E. 11.2.5 a.E.; BVGer, B-831/2011, *DCC*, E. 1492). Soweit einzelne Mitarbeitende die jeweilige Sorgfaltspflicht durch ein aktives Handeln oder ein Unterlassen vorsätzlich oder fahrlässig verletzen, ist zumindest davon auszugehen, dass im Rahmen des Geschäftsbetriebs eine ausreichende Kontrolle dieser Mitarbeitenden nicht stattgefunden hat und damit ein Organisationsmangel vorliegt. Darüber hinaus würde die Verpflichtung zu einem gesetzesmässigen Verhalten in diesen Fällen auch unmittelbar verletzt, weil grundsätzlich unterstellt werden kann, dass ordnungsgemäss eingesetzte und geschulte Mitarbeitende zur Einhaltung der gesetzlichen Anforderungen in der Lage sind. Gleiches gilt ohne Weiteres auch für die Mitglieder der Führungsgremien eines Unternehmens. Die Verpflichtung zur Einhaltung von gesetzlichen Anforderungen einschliesslich der kartellrechtlichen Vorschriften bildet demzufolge den grundlegenden Bezugspunkt der kartellrechtlichen Vorwerfbarkeit eines wettbewerbswidrigen Verhaltens durch ein Unternehmen.

393. Diese Sorgfaltspflichten zur Einhaltung der kartellrechtlichen Vorschriften wird bei der Verwirklichung eines wettbewerbswidrigen Verhaltens regelmässig unmittelbar oder mittelbar verletzt worden sein (BGE 143 II 297, *Gaba*, E. 9.6.2; BVGer, B-7633/2009, *ADSL II*, E. 677; BVGer, B-807/2012, *Erne*, E. 11.2.5 a.E.;

BVGer, B-831/2011, *DCC*, E. 1493). Soweit keine gegenteiligen Umstände, wie z.B. auf eigene Rechnung arbeitende Mitarbeitende, für die Wettbewerbsbehörden im Rahmen der Untersuchung ersichtlich sind oder durch das Unternehmen belegt werden, hat das Unternehmen für diese Sorgfaltspflichtverletzung einzustehen, weil das Kartellgesetz keine Zurechenbarkeit gegenüber bestimmten einzelnen natürlichen Personen verlangt, sondern eine solche gegenüber dem Unternehmen als gesetzlich vorgesehene Kartellrechtssubjekt ausreichen lässt (BGE 139 I 72, *Publigroupe*, E. 3.2). Diese Zuweisung von Verantwortlichkeit im Rahmen einer Sanktionierung gemäss Art. 49a Abs. 1 KG entspricht auch den Anforderungen des Schuldprinzips, weil entsprechende Beweislastverschiebungen zulässig sind (BVGer, B-7633/2009, *ADSL II*, E. 677; BVGer, B-831/2011, *DCC*, E. 1478).

394. Da ein Konzern als Unternehmen im Sinne von Art. 2 Abs. 1bis KG zu qualifizieren ist (vgl. E. 8), sind Handlungen und Sorgfaltspflichtverletzungen, die innerhalb des Konzern eintreten, ohne Weiteres auch diesem als gesetzlich vorgesehene massgeblichem Kartellrechtssubjekt zuzurechnen (BVGer, B-7633/2009, *ADSL II*, E. 678; im Ergebnis so bereits BGE 139 I 72, *Publigroupe*, E. 3.4 [nicht publ.]; siehe auch BVGer, B-831/2011, *DCC*, E. 1494; BVGer, B-807/2012, *Erne*, E. 11.2.4). Da die Mitarbeiter der Beschwerdeführerin gehandelt haben, ist ihr die Durchführung der unzulässigen Wettbewerbsabrede selbst und als Repräsentantin der Koch-Gruppe zuzurechnen.

395. An der vorstehenden Einschätzung vermögen auch die wiederholten Verweise der Beschwerdeführerin auf das Schuldprinzip keine Änderung zu bewirken. Denn auch das Schuldprinzip findet als strafrechtliches Rechtsprinzip in einem Kartellsanktionsverfahren als Verwaltungsverfahren nur beschränkt und unter dem Vorbehalt sachgerechter Anpassungen Anwendung (vgl. E. 86; BVGer, B-7633/2009, *ADSL II*, E. 674 ff. m.w.N.; BVGer, B-831/2011, *DCC*, E. 1477).

#### (b) Sachverhalt

396. Für die Beurteilung der Vorwerfbarkeit sind im vorliegenden Fall verschiedene Aspekte von massgeblicher Bedeutung.

397. Nach den eigenen ausdrücklichen Angaben der Beschwerdeführerin (vgl. E. 344 f.) ist die einheitliche Einführung des Materialteuerungszuschlags auf Anfang 2007 im Wesentlichen auf das Engagement der Koch-Gruppe zurückzuführen. Dank ihres Tätigwerdens hätte eine Preiserhöhung durch die Hersteller zeitlich hinausgeschoben und in der Höhe reduziert werden können, wodurch zumindest eine gewisse Angleichung an das internationale Preisniveau habe herbeigeführt werden können.

398. Sowohl die Einberufung und Durchführung des Koordinationstermins als auch der anschliessende wechselseitige Austausch der Kündigungsschreiben sowie Zeitpunkt und Umfang der tatsächlich angewendeten Preiserhöhung wurden demzufolge von der Koch-Gruppe wissentlich und willentlich vorgenommen.

399. Die Koch-Gruppe hat daher vorsätzlich an der Koordination einer Preiserhöhung von Fensterbeschlägen durch verschiedene Hersteller und Händler mitgewirkt.

400. An dieser Einschätzung vermögen die verschiedenen Einwände der Beschwerdeführerin (vgl. E. 340 ff.), wonach ihre Mitwirkung zum einen letztlich nur auf einer Abwehr des angeblichen Preisdiktats der Hersteller und zum anderen nur auf dem Bestreben zur Reduzierung des Preisniveaus in der Schweiz und der Angleichung an das internationale Preisniveau beruhen würde, keine Änderung herbeizuführen. Wie bereits dargelegt (vgl. E. 358 f.), stellt die Eingehung einer Preiskoordination zur allfälligen Abwehr eines wettbewerbswidrigen Verhaltens anderer Unternehmen keinen tauglichen Rechtfertigungsgrund für eine Wettbewerbsabrede dar. Daher können die entsprechenden Motive der Koch-Gruppe auch keine Feststellung der Vorwerfbarkeit verhindern. Vielmehr bestätigen diese Aussagen gerade die Durchführung einer Verhaltenskoordination und die Beteiligung der Koch-Gruppe.

401. Auch der Einwand der Beschwerdeführerin (vgl. E. 386), wonach die Koch-Gruppe nicht hätte wissen können und nicht hätte wissen müssen, dass ihr Verhalten kartellrechtlich relevant und sanktionsbedroht gewesen sei, ist offensichtlich unbegründet. Denn die Unzulässigkeit von horizontalen Preisabreden wurde im Kartellgesetz bereits im Jahr 1995 ausdrücklich statuiert. Und mit der Einführung direkter Sanktionen für horizontale und vertikale Preisabreden als besonders schwerwiegende Wettbewerbsbeschränkungen im Jahr 2004 wurde diese Unzulässigkeit nochmals besonders hervorgehoben (*Botschaft KG 2004*, 2023). Dies gilt insbesondere unter Berücksichtigung des Umstands, dass der Gesetzgeber in diesem Zusammenhang ausdrücklich auf die Unzulässigkeit von horizontalen Preisabreden im EU-Wettbewerbsrecht hingewiesen hat (*Botschaft KG 2004*, 2041). Dabei wurde ausdrücklich festgehalten, dass die Tragweite der Beteiligung an einer derartigen Wettbewerbsabrede für ein Unternehmen ohne Weiteres erkennbar sei, weil der Begriff der Preisabreden keine Unsicherheiten aufweise, die einer juristischen Klärung bedürften (*Botschaft KG 2004*, 2041). Spätestens seit dieser Zeit ist für alle Wirtschaftsteilnehmer ohne Weiteres erkennbar, dass eine Preiskoordination als besonders schädliche Wettbewerbsbeschränkung zu qualifizieren ist.

402. Auch wenn auf Seiten der Koch-Gruppe darüber eine gewisse Unklarheit bestanden haben sollte, so hätte sie ihm Rahmen ihrer Sorgfaltspflicht zur Einhaltung der gesetzlichen Vorschriften entsprechende Rechtsauskünfte einholen müssen. Bei Anwendung der erforderlichen Sorgfalt eines gesetzestreuem Unternehmens wäre durch eine solche Prüfung ohne Weiteres die Wettbewerbswidrigkeit festzustellen gewesen. Die Koch-Gruppe hätte daher nicht im Unklaren über die Wettbewerbswidrigkeit ihres Verhaltens sein können. Von der Beschwerdeführerin wurden denn auch keine besonderen Umstände dargelegt, aufgrund deren es den Verantwortlichen nicht möglich gewesen wäre, entsprechend der notwendigen Sorgfalt, die sich angesichts des Sachverhalts aufgrund der möglichen Einsicht ergab, zu handeln.

403. Im Übrigen sind die Einwände der Beschwerdeführerin angesichts des tatsächlichen Geschehensablaufs tatsachenwidrig und unglaubwürdig.

404. Denn bereits die Einberufung eines Koordinationstreffens mit Konkurrenten zu einem Austausch über die Preisgestaltung stellt eine unzulässige wettbewerbswidrige Handlung dar.

405. Darüber hinaus hat die Koch-Gruppe die Mitteilung der Gretschi-Unitas über eine von dieser auf den 1. September durchgeführte Preiserhöhung an die anderen Abredebeteiligten weitergeleitet. Dabei handelt es sich um eine preisrelevante Information, die in keinem Zusammenhang mit einer allfälligen Preiserhöhung von Produkten der Siegenia-Gruppe stand. Sie diene daher ebenfalls der Absicherung der eigenen Preisgestaltung durch die Abredebeteiligten.

406. Die koordinierte Preisgestaltung war von den Verantwortlichen der Koch-Gruppe über einen Zeitraum von mindestens sechs Monaten aufrechterhalten worden. Sie wurde nach Angaben der Vorinstanz erst dann und nur deshalb aufgegeben, als bzw. weil die Wettbewerbskommission ein formelles Kartellverfahren eröffnet hat.

407. Mithin wurde das wettbewerbswidrige Verhalten bewusst und willentlich verwirklicht.

408. Im Übrigen läge in jedem Fall eine fahrlässige Sorgfaltspflichtverletzung von Seiten der Verantwortlichen vor, weil die tatsächliche oder pflichtwidrig nicht erlangte Kenntnis nicht zu einem Verzicht auf den Abschluss der Wettbewerbsabrede geführt hat. Auch eine fahrlässige Sorgfaltspflichtverletzung begründet aber im Rahmen von Art. 49a Abs. 1 KG die Vorwerfbarkeit eines wettbewerbswidrigen Verhaltens (vgl. E. 389 f.; BVGer, B-7633/2009, *ADSL II*, E. 677; BVGer, B-832/2011, *DCC*, E. 1488).

409. Die Vorwerfbarkeit des Verhaltens ist im vorliegenden Fall somit gegeben.

### 3) Sanktionsbemessung

410. Grundlage der Sanktionierung durch die Vorinstanz mit einem Betrag in Höhe von 2'957'817 CHF bildete der Umsatz in der Schweiz in den letzten drei Geschäftsjahren vor Erlass der angefochtenen Verfügung in Höhe von {xx'xxx'xxx} Mio. CHF, den die Beschwerdeführerin im Bereich des relevanten Markts durch den Absatz der entsprechenden Produkte erzielt hatte. Das wettbewerbswidrige Verhalten wurde nach Art und Schwere mit einem Betragskoeffizienten von 7% belegt, woraus ein konkreter Basisbetrag in Höhe von {x'xxx'xxx} Mio. CHF resultierte. Aufgrund der kurzen zeitlichen Dauer der Wettbewerbsbeschränkung von sechs Monaten wurde der Basisbetrag nicht erhöht. Erschwerende oder mildernde Umstände für eine weitere Anpassung des Basisbetrags wurden von der Vorinstanz nicht identifiziert. Der festgelegte Sanktionsbetrag lag damit immer noch unterhalb des von der Beschwerdeführerin in der Schweiz getätigten Gesamtumsatzes. Aufgrund der Anerkennung einer Mitwirkung der Beschwerdeführerin als 3. Bonusmeldung erfolgte eine Reduktion des Sanktionsbetrags um 20%.

411. Die Beschwerdeführerin beanstandet diese Sanktionsbemessung aus verschiedenen Gründen, die nach-

folgend zu den einzelnen Sanktionskomponenten dargestellt werden.

#### a) Allgemeines

##### (1) Vorbringen der Beschwerdeführerin

412. Die Beschwerdeführerin bestreitet sowohl die Rechtmässigkeit als auch die Höhe der Sanktionsbemessung in der angefochtenen Verfügung.

413. Zunächst verlangen sie, dass die Sanktion gestützt auf Art. 25 StGB zwingend zu reduzieren sei, weil Art. 25 StGB als allgemeine Bestimmung gemäss Art. 333 StGB für alle Taten, die in anderen Bundesgesetzen mit Strafe bedroht seien, zur Anwendung gelange.

414. Darüber hinaus führe die Sanktionierung der Beschwerdeführerin und der Siegenia zu einer Doppelbestrafung des Vertriebskanals von Siegenia-Produkten. Denn im Gegensatz zu anderen Fabrikaten, bei denen jeweils nur ein Unternehmen sanktioniert worden sei, habe bei Siegenia-Produkten eine Sanktionierung sowohl der Beschwerdeführerin als unabhängige Händlerin als auch von Siegenia als nationale Vertriebsvertretung des Herstellers stattgefunden.

415. Demgegenüber hätte vielmehr berücksichtigt werden müssen, dass das Verhalten der Beschwerdeführerin in Zusammenhang mit Preiserhöhungen zwangsläufig demjenigen von Siegenia entspreche. Die Beschwerdeführerin und Siegenia hätten daher nicht nach den gleichen Massstäben wie die anderen Untersuchungsadressaten sanktioniert werden dürfen. Die gegen die Beschwerdeführerin verhängte Sanktion müsse daher reduziert werden.

##### (2) Vorbringen der Vorinstanz

416. Die Vorinstanz macht im Wesentlichen diejenigen Aspekte geltend, die auch nachfolgend im Rahmen der Würdigung des Gerichts abgehandelt werden.

##### (3) Würdigung durch das Gericht

417. Die Bemessung der Sanktion für ein wettbewerbswidriges Verhalten gemäss Art. 49a KG ist unter Berücksichtigung der Regelungen der Sanktionsverordnung (Verordnung über die Sanktion bei unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen, SVKG, SR 251.5) vorzunehmen. Diese wurde vom Bundesrat als Ausführungsbestimmung gemäss Art. 60 KG erlassen.

418. Die Sanktionsbemessung hat dabei den gesetzgeberischen Zweck der Sanktionsvorschriften zu gewährleisten, wonach sich wettbewerbswidrige Verhaltensweisen nicht lohnen dürfen, sondern der Nettonutzen aus einem Kartellverstoss negativ ausfallen muss (Botschaft KG 2004, 2033; BGE 143 II 297, *Gaba*, E. 9.7.2; BVGer, B-831/2011, *DCC*, E. 1605; BVGer, B-807/2012, *Erne*, E. 11.5.8.7; BVGer, B-7633/2009, *ADSL II*, E. 680 f.). Hierfür ist die Androhung von wirtschaftlich einschneidenden Sanktionen notwendig (Botschaft KG 2004, 2037). Damit soll insbesondere auch die Präventivwirkung des Kartellgesetzes gestärkt werden (Botschaft KG 2004, 2023, 2024). Zur Sicherstellung der Präventivwirkung haben die Wettbewerbsinstanzen auch entsprechende Sanktionen zu verhängen.



419. Art. 49a KG gewährt den Wettbewerbsinstanzen für die Ausfällung von Sanktionen kein Entschliessungsermessens (BGE 137 II 199, *Terminierung Mobilfunk*, E. 6.2; BGE 139 I 72, *Publigroupe*, E. 7.4.5.4; BGE 143 II 297, *Gaba*, E. 9.7.1; BVGer, B-7633/2009, *ADSL II*, E. 709; BVGer, B-807/2012, *Erne*, E. 11.5.4.1; BVGer, B-831/2011, *DCC*, E. 1556). Die Wettbewerbsinstanzen haben vielmehr stets Sanktionen auszusprechen, wenn die entsprechenden materiellen Kartellrechtstatbestände verwirklicht werden. Dies gilt auch für die Berücksichtigung der Dauer des Wettbewerbsverstosses und der Berücksichtigung von Erhöhungs- oder Milderungsgründen sowie den Erlass oder die Reduktion des Sanktionsbetrags wegen der Selbstanzeige eines Unternehmens. Liegen die entsprechenden Voraussetzungen vor, dann haben die Wettbewerbsinstanzen jeweils eine Erhöhung oder eine Herabsetzung der Sanktion vorzunehmen. Den Wettbewerbsinstanzen kommt aber ein Ermessenspielraum in Bezug auf die konkrete Festlegung der einzelnen Sanktionskomponenten des Basisbetrags und des Dauerbetrags sowie der Bestimmung der jeweiligen Erhöhungs-, Milderungs- und Reduktionsbeträge zu (BGE 139 I 72, *Publigroupe*, E. 7.4.5.4; BGE 143 II 297, *Gaba*, E. 9.7.2; BVGer, B-7633/2009, *ADSL II*, E. 709; BVGer, B-831/2011, *DCC*, E. 1556).

420. Dieser Ermessensspielraum wird wiederum durch die verfassungsmässigen Grundsätze der Verhältnismässigkeit und der Rechtsgleichheit eingeschränkt (BGE 139 I 72, *Publigroupe*, E. 12.3.2; BGE 143 II 297, *Gaba*, E. 9.7.2; BVGer, B-7633/2009, *ADSL II*, E. 709; BVGer, B-831/2011, *DCC*, E. 1556). Die Art. 2 bis 6 SVKG stellen dabei bereits eine Ausprägung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes dar, indem die Art und Schwere sowie die Dauer des wettbewerbswidrigen Verhaltens wie auch erschwerende und mildernde Umstände in eine konkrete Struktur der Ermittlung der massgeblichen Sanktion gefasst werden. Ungeachtet dessen hat die sanktionierende Instanz im Einzelfall auch bei der konkreten Festlegung der Sanktionselemente im Rahmen der ihr zustehenden Wertungsspielräume den Gleichheits- und den Verhältnismässigkeitsgrundsatz zu beachten. Dieser ist allerdings nicht bereits dann verletzt, wenn ein Entscheid keine weiterführenden Erläuterungen zur Festlegung des Basisbetrags aufweist (BVGer, B-7633/2009, *ADSL II*, E. 710; BVGer, B-831/2011, *DCC*, E. 1557).

421. Da es sich bei Art. 49a KG zwar um eine strafrechtsähnliche, nicht aber um eine strafrechtliche Vorschrift handelt (vgl. E. 86), finden entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin (vgl. E. 412, 413) jedenfalls die Bestimmungen von Art. 25 und 333 StGB keine Anwendung; gleiches gilt auch für Art. 47 StGB (BVGer, B-7633/2009, *ADSL II*, E. 742; BVGer, B-831/2011, *DCC*, E. 1479, 1591).

422. Der Einwand der Beschwerdeführerin (vgl. E. 414), wonach die Sanktionierung von Koch und von Siegenia zu einer Doppelbestrafung des Vertriebskanals der Siegenia-Produkte führen würde, ist unbegründet. Denn zum einen macht die Beschwerdeführerin nicht geltend, dass eine Doppelbestrafung von Koch oder von Siegenia vorliege. Zum anderen bildet ein «Vertriebskanal von Siegenia-Produkten» kein taugliches Rechtssubjekt, auf den der strafrechtliche Grundsatz des Verbots einer

Doppelbestrafung Anwendung finden würde. Darüber hinaus finden nach nunmehr gefestigter Rechtsprechung strafrechtliche Grundsätze nur in einem eingeschränkten Ausmass im Kartellverwaltungsverfahren Anwendung. Eine Sanktionierung von verschiedenen Unternehmen eines Absatzsystems bei gemeinsamen Wettbewerbsverstössen ist nachgerade sachgerecht und notwendig, weshalb der strafrechtliche Grundsatz des Verbots einer Doppelbestrafung auf Unternehmen im Rahmen eines vertikalen Vertriebsverhältnisses auch nicht uneingeschränkt zur Anwendung gelangen könnte.

#### **b) Basisumsatz**

423. Der Basisbetrag ist gemäss Art. 3 SVKG anhand des Umsatzes, den das Unternehmen auf den relevanten Märkten in den letzten drei Geschäftsjahren erzielt hat, festzulegen. Diese Bezugsgrösse für die Ermittlung des massgeblichen Umsatzes (nachfolgend: Basisumsatz) als Grundlage der Sanktionsbemessung wird bereits durch Art. 49a Abs. 1 KG statuiert.

424. Die angefochtene Verfügung hat für den Zeitraum von 2007 bis 2009 einen bestimmten massgeblichen Umsatz festgestellt (vgl. E. 410). Diese Feststellung wurde von der Beschwerdeführerin nicht bestritten. Als massgeblicher Basisumsatz ist daher dieser Betrag anzusetzen.

#### **c) Basisbetrag**

425. Die angefochtene Verfügung hat für die Ermittlung des festgelegten Basisbetrags einen Basiskoeffizienten von 7% auf den Basisumsatz festgelegt (vgl. E. 410).

##### *(1) Vorbringen der Beschwerdeführerin*

426. Gegen die Festlegung des Basisbetrags erhebt die Beschwerdeführerin mehrere Einwände wegen einer Verletzung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes.

427. Zunächst macht sie geltend, dass die Höhe der verfügten Sanktion in jedem Falle unangemessen sei, weil die Art und Schwere des vorgeworfenen Verstosses nur leicht gewesen seien. Die Festlegung des Koeffizienten mit 7% stünde in einem krassen Widerspruch zu dem konkret vorgeworfenen Verhalten und sei nicht nachvollziehbar, weshalb der festgesetzte Basisbetrag ebenfalls zu hoch sei.

428. Hierzu führt sie aus, dass Art. 49a Abs. 1 KG nur auf Abreden anwendbar sei, die den Wettbewerb tatsächlich beseitigen würden. Die Tatsache, dass eine Abrede den Wettbewerb beseitige, begründe somit die Sanktionierbarkeit und fände im Rahmen der Festlegung des Basisbetrags daher keine Berücksichtigung mehr. Daher wäre die Feststellung der angefochtenen Verfügung, dass die den Wettbewerb beseitigenden Abreden gemäss Art. 5 Abs. 3 und 4 KG im oberen Drittel des möglichen Sanktionsrahmens zu berücksichtigen seien, nicht nachvollziehbar.

429. Zudem würden Preisabreden nicht per se das jeweils gleiche Schädigungspotential aufweisen. Eine weniger schädliche Wettbewerbsabrede als die vorliegende sei nicht vorstellbar, weil die vermeintliche Abrede zu keiner Beseitigung wirksamen Wettbewerbs geführt habe. Und weil ihr Verhalten nicht zu einer Beseitigung des Wettbewerbs geführt habe, müsse der Sanktions-

rahmen zwingend reduziert werden, selbst wenn zu Unrecht davon auszugehen wäre, dass Art. 49a Abs. 1 KG auch nach erfolgter Widerlegung der Vermutung Anwendung fände. Denn die Vorinstanz habe selbst anerkannt, dass das Verhalten der Beschwerdeführerin aufgrund der konkreten Umstände nicht als besonders schwer zu qualifizieren sei.

430. Darüber hinaus erhebt die Beschwerdeführerin den Einwand, dass die vermeintliche einmalige Abstimmung eines sekundären Bruttopreisbestandteils als untergeordneter Wettbewerbsparameter ohne preisharmonisierende Wirkung selbst dann, wenn sie als Preisabrede gemäss Art. 5 Abs. 3 lit. a KG zu qualifizieren wäre, höchstwahrscheinlich die am wenigsten schwere Art von Preisabreden darstellen würde, weil eine weniger schädliche Preisabrede kaum vorstellbar sei. Überdies sei die relevante Preiserhöhung für sie lediglich ein «Nullsummenspiel» gewesen. Denn der Materialteuerungszuschlag sei durch beträchtliche Rabatte weitgehend kompensiert worden. Die Art und Weise der vermeintlichen kartellrechtswidrigen Verhaltensweise wäre beispielsweise schwerwiegender einzustufen, wenn sie mit ihren Wettbewerbern Abreden über die Endkundenpreise getroffen hätte und dadurch eine Kartellrente beabsichtigt oder erzielt hätte oder Sanktionsmechanismen vorgesehen gewesen wären. Auch gemäss der Gaba-Rechtsprechung des Bundesgerichts (BGE 143 II 297, *Gaba*, E. 9.7) seien geringe Auswirkungen einer Abrede, die unter den Vermutungstatbestand fällt, zwar nicht im Rahmen der Erheblichkeit, dafür aber bei der Sanktionsbemessung Rechnung zu tragen. Daher müssten die beschränkte Möglichkeit einer Umsetzung der angekündigten Preiserhöhung sowie der weiterhin bestehende Rabattwettbewerb mitberücksichtigt werden.

431. Überdies widerspreche die Festsetzung des Basisbetrags mit 7% durch die Wettbewerbskommission auch der Ansetzung des Basisbetrags mit 1- 3% durch das Sekretariat im Rahmen der Verhandlungen über eine einvernehmliche Regelung. Für eine derartige Abweichung bestünden keine Gründe, weil der von den Wettbewerbsbehörden festgestellte Sachverhalt zum Zeitpunkt der Verhandlungen bereits festgestanden habe und die Ansetzung ausschliesslich auf der Art und Schwere des vermeintlichen Verstosses habe beruhen können, weil eine einvernehmliche Regelung keine materielle Beurteilung der Rechtslage aufweise.

432. Des Weiteren erheben die Beschwerdeführerin den Einwand, der festgesetzte Basisbetrag von 7% verletze den Gleichbehandlungsgrundsatz gemäss Art. 8 Abs. 1 und 29 Abs. 1 BV in krasser Weise, weil zum einen vergleichbare Abreden unter Berücksichtigung der Gegebenheiten des Einzelfalls in derselben Grössenordnung zu ahnden seien, und zum anderen die beteiligten Untersuchungsadressaten nach Massgabe von deren Gleichheit sowie einer vergleichbaren Markt- und Interessenlage gleich zu behandeln seien.

433. Hierzu verweisen sie zunächst auf die Verfügung in Sachen Elektroinstallationsbetriebe der Stadt Bern (RPW 2009/3, 215, Ziff. 126), wobei in über 100 meist grösseren Projekten die Angebote abgestimmt sowie die Endkundenpreise abgesprochen worden seien und dadurch der wirksame Wettbewerb beseitigt worden sei.

Eine vermeintliche einmalige Abstimmung über einen unwesentlichen Bruttopreisbestandteil ohne unmittelbare Auswirkung auf den Wettbewerb gegenüber den Endkunden, welche keine Beseitigung des Wettbewerbs zur Folge habe, könne keinesfalls mit jahrelangen, planmässig durchgeführten, den Wettbewerb beseitigenden Submissionsabsprachen in zahlreichen Fällen gleichgesetzt werden. Aus objektiver Sicht könne nicht behauptet werden, dass das ihr vorgeworfene Verhalten gleich schwer zu gewichten sei wie regelmässige, den Wettbewerb beseitigende Absprachen über die Endkundenpreise.

434. Entgegen der Behauptung der Vorinstanz seien zudem wiederholte gleichartige Verstösse gegen das Kartellgesetz, wie dies bei dem vergleichbaren Sachverhalt der Fall gewesen sei, auch in Zusammenhang mit der Festlegung des Basisbetrags zu berücksichtigen. Anzahl und Häufigkeit der begangenen Verstösse liessen Rückschlüsse auf Inhalt und Qualität derselben zu und seien dementsprechend sehr wohl geeignet, über die Qualität der Abrede Auskunft zu geben. Eine bloss einmalige Abstimmung müsse daher zwingend zu einer tieferen Festlegung des relevanten Prozentsatzes des Basisbetrags führen.

435. Darüber hinaus verstosse auch die Behandlung der Beschwerdeführerin als Hersteller oder als Vertriebsgesellschaft eines Herstellers gegen den Gleichheitsgrundsatz.

436. Dabei werde bereits der Umstand, dass die Bemessung der Strafe eine prozentmässige Bezugsgrösse am Umsatz darstelle und damit weder dem Tatvorwurf und dem Handlungserfolg noch der unterschiedlichen Wertschöpfung und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit des Unternehmens gerecht werde, in der Lehre kritisiert. Im EU-Wettbewerbsrecht müssten sich deshalb die unterschiedliche Grösse der beteiligten Unternehmen sowie ein unterschiedlicher Beteiligungsgrad zwingend in den festgesetzten Geldbussen widerspiegeln. Insbesondere sei dort die Geldbusse gegenüber einem Unternehmen in Relation zu denjenigen von anderen beteiligten Unternehmen zu setzen (EuGH, 6.4.1995, Slg. 1995 II 867, zit. *Boel*, Ziff. 131 ff.; EuGH, 6.4.1995, Slg. 1995 II 917, zit. *Ferriere Nord*, Ziff. 51 ff.). Daher habe die Behörde nach EU-Recht sowohl die Rolle des beteiligten Unternehmens als auch dessen Grösse und dessen finanzielle Leistungsfähigkeit im Rahmen der Sanktionierung zu berücksichtigen.

437. Die Beschwerdeführerin weise eine andere Rolle als die Hersteller und deren Vertriebsgesellschaften auf. Diese hätten bewusst und gewollt agiert und hätten selbst entscheiden können, ob sie Preiserhöhungen durchführen wollten, wie hoch das Ausmass sein sollte und wann diese umgesetzt werden sollten. Die vorgeworfenen Preiserhöhungen seien dementsprechend von den ausländischen Herstellern initiiert und von den schweizerischen Vertriebsgesellschaften umgesetzt worden. Diese Möglichkeiten hätten der Beschwerdeführerin nicht zugestanden.

438. Die Beschwerdeführerin weise eine unterschiedliche Markt- und Unternehmenslage auf. Denn sie sei lediglich ein reiner Händler und weder ein Hersteller noch deren Vertriebsgesellschaft. Daher generiere die

Koch-Gruppe als Zwischenhändler zwar einen hohen Umsatz, die tatsächlich erzielten Gewinne seien aber aufgrund der tiefen Margen verhältnismässig klein. Bezeichnend sei in diesem Zusammenhang ein Vergleich des Umsatzes pro Mitarbeiter zwischen der Beschwerdeführerin mit rund 750'000 CHF und von Siegenia mit rund 250'000 CHF. Eine Sanktionsbemessung auf der Basis des Umsatzes führe deshalb bei einem Handelsunternehmen zu einer unverhältnismässig hohen Busse.

439. Der Beschwerdeführerin müsse daher eine differenziertere Behandlung als den Herstellern und deren Vertriebsgesellschaften zukommen. Da die Hersteller mit geringerem Umsatz verhältnismässig höhere Margen generierten als die Zwischenhändler mit höherem Umsatz, müssten sie auch ungleich härter sanktioniert werden. Eine undifferenzierte Gleichbehandlung sei nicht akzeptabel.

440. Die Beschwerdeführerin sei weder an der Planung oder Entschliessung, noch an der Ausführung der Preiserhöhungen vorsätzlich und in massgebender Weise beteiligt gewesen. Die Preiserhöhungen seien vielmehr von den Herstellern bestimmt, aufdiktirt und umgesetzt worden. Die Beschwerdeführerin habe sich stets dagegen gewehrt. Sie sei wirtschaftlich verpflichtet gewesen, die Preiserhöhungen weiter zu geben. Da die Beschwerdeführerin demnach nicht in relevanter Weise an einer abgestimmten Verhaltensweise unter den Herstellern bzw. deren Vertriebsgesellschaften beteiligt gewesen sei, sei sie demzufolge höchstens als Gehilfin zu qualifizieren.

### (2) Vorbringen der Vorinstanz

441. Die Vorinstanz macht geltend, dass bei nur teilweise umgesetzten Preisabreden aufgrund deren Art und Schwere regelmässig ein Basisprozentsatz von 7% zur Ansetzung gelange und im vorliegenden Fall auch unter Berücksichtigung der durch die Beschwerdeführerin vorgebrachten Argumente keine Gründe für eine Abweichung nach unten bestehe.

### (3) Würdigung durch das Gericht

442. Gemäss Art. 3 SVKG ist der Basisbetrag durch einen Koeffizienten des massgeblichen Basisumsatzes aufgrund der Art und Schwere des Verstosses festzulegen, wobei die Obergrenze des Basisbetrags 10% des massgeblichen Basisumsatzes beträgt.

443. Vorliegend ist zu berücksichtigen, dass das wettbewerbswidrige Verhalten von Seiten der Beschwerdeführerin vorsätzlich begangen (vgl. E. 399) und durch die vorherige Ankündigung gegenüber den jeweiligen Kunden zudem zwischen den Abredeteiligen wechselseitig abgesichert wurde (vgl. E. 229). Bei den Bruttopreisen als Gegenstand der Wettbewerbsabrede handelt es sich um eine wesentliche Preiskomponente im Rahmen der Preisbildung. Das Verhalten richtete sich dabei gegen einen Grossteil aller anderen Marktteilnehmer. Denn die Abredeteiligen wiesen zusammen einen Marktanteil von über 80% auf (vgl. SV F.a). Dabei ist zusätzlich erschwerend zu berücksichtigen, dass die Abredeteiligen auf verschiedenen Absatzstufen tätig sind und dadurch die Wirkung der Abrede verstärkt wurde (vgl. SV 178). Die Abrede wurde schliesslich gegenüber einer Vielzahl von Kunden der Abredeteiligen verwendet.

Es handelt sich somit entgegen dem Einwand der Beschwerdeführerin (vgl. E. 426) um eine schwerwiegende und keinesfalls um eine geringfügige oder leichte Einwirkung auf den Wettbewerb. Die Beschwerdeführerin war aktiv in die Vereinbarung und Abwicklung der Wettbewerbsabrede involviert, weshalb sie entgegen der Behauptung der Beschwerdeführerin (E. 440) auch nicht mit einem Gehilfen zu vergleichen ist. Angesichts dieser Sachlage hält sich die vorinstanzliche Festlegung des Koeffizienten mit 7% eher im unteren Bereich einer sachlich gerechtfertigten Festsetzung des Basisbetrags. Daher liegt jedenfalls keine Verletzung des der Vorinstanz zustehenden Ermessensspielraums bei der Festlegung einer Sanktion zu.

444. Die hiergegen gerichteten Einwände der Beschwerdeführerin sind entweder irrelevant oder erweisen sich zumindest als unbegründet.

445. Die vielgestaltigen Behauptungen der Beschwerdeführerin (E. 499, 440), wonach sie gar nicht an einer Preisabrede beteiligt gewesen sei, weil sie sich gegen die Preiserhöhungen gewehrt habe und die Preiserhöhungen von den Herstellern diktiert und umgesetzt worden seien, erweisen sich aufgrund des festgestellten Tatbestands als tatsachenwidrig und sind deshalb für die Sanktionsbemessung nicht von Belang.

446. Der Einwand der Beschwerdeführerin (vgl. E. 428), wonach Art. 49a Abs. 1 KG nur auf Abreden Anwendung finden würde, die den Wettbewerb beseitigen, weshalb die Einstufung durch die angefochtene Verfügung im oberen Drittel nicht nachvollziehbar sei, ist unzutreffend, weil Art. 49a KG für jegliche Preisabreden im Sinne von Art. 5 Abs. 3 und 4 KG Anwendung findet, selbst wenn durch sie keine Wettbewerbsbeseitigung erfolgt (BGE 147 II 72, *Hors-Liste-Pfizer-II*, E. 8.3.1; BGE 144 II 194, E. 5.3 f.; BGE 143 II 297, *Gaba*, E. 9.4.6).

447. Der Einwand der Beschwerdeführerin (vgl. E. 429), wonach der Sanktionsrahmen zwingend reduziert werden müsse, weil ihr Verhalten nicht zu einer Beseitigung des Wettbewerbs geführt habe, ist unbegründet. Denn wenn die Abrede zu einer vollständigen Eliminierung des Wettbewerbs als Voraussetzung der Wettbewerbsbeseitigung geführt hätte, wäre dies vielmehr als Erschwerungsgrund gemäss Art. 5 KG zu bewerten gewesen, weil eine vollständige Elimination des Wettbewerbs zweifellos nicht zu den grundlegenden Umständen einer Wettbewerbsabrede zu zählen und daher im Rahmen des Basisbetrags auch nicht zu berücksichtigen ist. Ungeachtet dessen entspricht die Ansetzung mit 7% dem üblichen Ansatz für eine den Wettbewerb nur teilweise beseitigende Preisabrede, weshalb eine entsprechende Anpassung bei einer Festlegung des Basisbetragskoeffizienten mit 7% bereits enthalten wäre.

448. Der Einwand der Beschwerdeführerin (vgl. E. 428 ff.), wonach es sich bei der Festsetzung des Basisbetragskoeffizienten mit 7% um eine unverhältnismässige Massnahme handle, weil sie in einem krassen Widerspruch zu dem konkret vorgeworfenen Verhalten stehe, erweist sich angesichts der tatsächlich vorliegenden und vorstehend dargelegten Umstände als unbegründet.

449. Die verschiedenen Einwände der Beschwerdeführerin (vgl. E. 430), wonach der Sanktionsrahmen zu re-

duzieren sei, weil es sich im Verhältnis zu anderen denkbaren Preisabreden um einen sekundären Bruttopreisbestandteil als untergeordneten Wettbewerbsparameter ohne preisharmonisierende Wirkung gehandelt habe, sind ebenfalls unbegründet. Selbst wenn das Ausmass einer Koordination hinsichtlich einer Wettbewerbsabrede bei der Festlegung des Basisbetrags Berücksichtigung fände, so wäre dabei im Einzelfall ebenfalls zu berücksichtigen, in welchem Ausmass die jeweils vorgenommene Preiskoordination unter den konkreten Umständen überhaupt hätte vorgenommen werden können. Im vorliegenden Fall trägt die Beschwerdeführerin selbst vor, dass die verschiedenen Fensterbeschläge aufgrund ihrer unterschiedlichen technischen Funktionsweise aus sachlichen Gründen keine einheitlichen Preise zugelassen hätten (vgl. E. 255). Demzufolge konnte die Herbeiführung einheitlicher Preise für die Abredeteiligen aber von vornherein keine praktische Handlungsalternative darstellen. Daher ist vorliegend eine Reduktion wegen des Fehlens einer umfassenden Koordination nicht vorzunehmen. Zudem wäre mit der Festsetzung des Koeffizienten in Höhe von 7% durch die angefochtene Verfügung eine entsprechende Anpassung bereits enthalten.

450. Der Einwand der Beschwerdeführerin (vgl. E. 431), wonach die Festlegung des Basisbetrags mit 7% der Ansetzung von 1% bis 3% durch das Sekretariat im Rahmen der Verhandlungen über eine einvernehmliche Regelung widersprechen würde, ist nicht von Belang. Denn den Ansichten des Sekretariats über die Höhe eines Sanktionsbetrags im Rahmen einer einvernehmlichen Regelung kommt keine rechtserhebliche Bedeutung für das weitere Verwaltungs- oder Rechtsmittelverfahren zu, weil weder die Wettbewerbskommission - sowohl im Hinblick auf die notwendige Genehmigung einer einvernehmlichen Regelung als auch im Falle einer Verfügung zum Abschluss des Kartellverfahrens - noch ein Rechtsmittelgericht inhaltlich an einen entsprechenden Vorschlag des Sekretariats gebunden sind (BVGer, B-831/2011, DCC, E. 753). Im Übrigen wäre eine Ansetzung von 1% bis 3% durch das Sekretariat angesichts der vorstehend dargelegten Einstufung als rechtsfehlerhaft zu qualifizieren, weshalb ihr auch keine Bedeutung im Rahmen einer sachgerechten Beurteilung zukommen könnte.

451. Der Einwand der Beschwerdeführerin (vgl. E. 434), wonach ein tieferer Basiskoeffizient anzusetzen sei, weil vorliegend lediglich eine einmalige Abstimmung und keine wiederholten gleichartigen Verstösse wie bei anderen Sachverhalten vorgelegen hätten, ist aufgrund verschiedener Aspekte unbegründet. Denn die Wiederholung von Kartellrechtsverstössen ist nicht im Rahmen des Basisbetrags, sondern gemäss Art. 5 KG als Erschwerungsgrund zu berücksichtigen, weil sie keinen grundlegenden objektiven Umstand darstellt, die mit jedem Wettbewerbsverstoss einhergeht. Auch wenn vorliegend keine wiederholten gleichartigen Verstösse vorliegen, führt dies demzufolge nicht zu einer Reduzierung des Basiskoeffizienten, sondern nur zum Verzicht auf eine Erhöhung des Sanktionsbetrags. Zudem wurde der Abredeinhalt von den Abredeteiligen ungeachtet des einmaligen Abschlusses der Preisabrede gegenüber einer Vielzahl von Kunden angewendet. Die Preisabrede

war daher nicht auf eine einmalige Verwendung des Abredeinhalts ausgerichtet. Auch dieser Aspekt spricht gegen eine tiefere als die von der angefochtenen Verfügung vorgenommene Festlegung des massgeblichen Koeffizienten.

452. Angesichts dieser Sach- und Rechtslage liegt entgegen dem Einwand der Beschwerdeführerin (vgl. E. 432 ff.) auch kein Verstoss gegen den Gleichheitsgrundsatz vor, weil der vorliegende Sachverhalt entsprechend den gesetzlich vorgesehenen Vorgaben zur Sanktionsbemessung korrekt beurteilt wurde und allein der Verweis auf den anderen Inhalt eines einzigen weiteren Entscheids noch keine gleichheitswidrige Behandlung durch die Wettbewerbspraxis belegt. Allein der Verweis auf den anderen Inhalt eines einzigen weiteren Entscheids belegt noch keine gleichheitswidrige Behandlung durch die Wettbewerbspraxis, weil es sich umgekehrt gerade bei diesem Vergleichsfall um eine rechtsfehlerhafte Ausnahme handeln kann. Die Beschwerdeführerin macht aber nicht geltend, dass eine Ansetzung von 7% für nur teilweise umgesetzte Preisabreden nicht der üblichen Ansetzung für derartige Wettbewerbsverstösse entsprechen würde.

453. Im Hinblick auf den Verweis der Beschwerdeführerin auf das EU-Wettbewerbsrecht (vgl. E. 436) ist zu beachten, dass dieser insoweit von der Beschwerdeführerin irreführend vorgetragen wird, als die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs den Gleichbehandlungsgrundsatz jeweils nur auf das konkrete Kartellverfahren anwendet und eine verfahrenübergreifende Geltung dieses Grundsatzes ablehnt (EuGH, 7.6.2007, C-76/06, *Britannia Alleys*, Ziff. 60; EuGH, 24.9.2009, C-125/07, *Erste Group Bank*; BIERMANN JÖRG, in: Immenga/Mestmäcker [Hrsg.], *Wettbewerbsrecht*, Bd. 1, *Europäisches Kartellrecht*, 6. Aufl. 2019, Art. 23 VO1/2003 Rn. 137 m.w.N.).

454. Der unter Verweis auf verschiedene Aspekte geltend gemachte Einwand der Beschwerdeführerin (vgl. E. 436 ff.), wonach ihr aufgrund ihrer Marktstellung als blosser Händler eine geringere Sanktionierung aufzuerlegen sei als denjenigen Abredeteiligen, die auf der Marktstufe der Hersteller tätig sind, ist unbegründet, weil sich allein aus der Marktstellung eines Unternehmens keine zwingende Ableitung für die Notwendigkeit einer höheren oder tieferen Sanktionierung ableiten lässt.

455. Vorliegend kann auch dahingestellt bleiben, ob und unter welchen Voraussetzungen die finanzielle oder sonstige wirtschaftliche Leistungsfähigkeit eines Unternehmens zu berücksichtigen wäre.

456. Der diesbezügliche Verweis der Beschwerdeführerin auf das EU-Wettbewerbsrecht (vgl. E. 436) ist jedenfalls nicht ohne Weiteres relevant. Denn das EU-Wettbewerbsrecht sieht eine andere Bemessungsgrundlage vor, indem es als Grundlage der Sanktionierung den gesamten weltweiten Umsatz eines Unternehmens als Grundlage der Sanktionierung heranzieht. Demgegenüber stellt das schweizerische Kartellrecht sowohl für den Umsatz auf den relevanten Märkten als auch für den Gesamtaufsatz jeweils nur auf den in der Schweiz angefallenen Umsatz ab. Die Sanktionierung ist demzufolge erkennbar auf den in der Schweiz erzielten Umsatz aus-

gerichtet, der auch die jeweilige Grenzlinie einer Sanktionierung markiert.

457. Aus der Beschränkung der Sanktionsbemessung auf den Umsatz in der Schweiz folgt für die Sanktionsbemessung, dass ein schweizerischer Grosshändler durchaus einen grösseren massgeblichen Umsatz aufweisen kann als ein ausländischer Hersteller, der seine Produkte über eine nationale Vertriebsgesellschaft in der Schweiz vertreibt. Demzufolge lässt sich aus der Stellung als Hersteller oder Händler und aus dem Tätigwerden auf der entsprechenden Marktstufe keine sachgerechte Ableitung auf einen bestimmten Umsatz und eine sich daraus ergebende zwingende Folge für die Sanktionsbemessung ableiten, die im Rahmen der Ermittlung des Basisbetrags zu berücksichtigen wäre.

458. Gleiches gilt im Ergebnis auch bei Zugrundelegung eines rein nationalen Absatz- und Wettbewerbsverhältnisses. Denn entgegen der Behauptung der Beschwerdeführerin (vgl. E. 438) ist eine generelle Aussage, wonach ein Hersteller mit geringerem Umsatz immer eine höhere Marge generiere als ein Zwischenhändler mit einem höheren Umsatz, weil dessen Marge geringer sei, ökonomisch nicht zutreffend.

459. Die finanzielle oder sonstige Leistungsfähigkeit eines Unternehmens wäre demzufolge allenfalls als Erschwerungsgrund gemäss Art. 5 KG zu bewerten. Entsprechende Feststellungen hierzu wurden durch die Vorinstanz weder im Hinblick auf die Beschwerdeführerin noch in Bezug auf die verschiedenen Herstellergruppen getroffen. Auch die Beschwerdeführerin bringt hierzu keine detaillierten Hinweise vor. Das Fehlen entsprechender Feststellungen und Hinweise wirkt sich bei der Sanktionsbemessung demnach allerdings ausschliesslich zu Gunsten der einzelnen Abredebeteiligten aus.

460. Des Weiteren ist zu berücksichtigen, dass der Gewinn kein Kriterium darstellt, anhand dessen eine verhältnismässige Bemessung des Sanktionsbetrags auszurichten ist (vgl. E. 490 ff.). Daher ist es entgegen dem Vorbringen der Beschwerdeführerin (vgl. E. 438) von vornherein unerheblich, in welchem Verhältnis die Margen der anderen Abredebeteiligten als Hersteller einerseits und die Marge der Beschwerdeführerin als Zwischenhändler andererseits stehen. Denn in jedem Fall wäre ein festgestellter oder abgeschätzter mutmasslicher Gewinn im Rahmen der Sanktionierung unabhängig von der jeweils erzielten Marge abzuschöpfen. Demzufolge kann sich entgegen dem Einwand der Beschwerdeführerin (vgl. E. 439) auch bei allfällig unterschiedlichen Margen der einzelnen Abredebeteiligten kein Verstoss gegen den Gleichheitsgrundsatz aus einer Sanktionsbemessung ergeben.

461. Im Übrigen hat die Beschwerdeführerin zum Beleg ihrer Behauptung, dass sie eine geringere Gewinnmarge aufweise als die Siegenia-Gruppe, welche die von ihr vertriebenen Produkte herstellt, auch keinen vollständigen und umfassenden Nachweis über die bei ihr angefallene Gewinnmarge vorgelegt.

462. Der Basisbetrag ist demzufolge entsprechend der Festlegung in der angefochtenen Verfügung durch die Vorinstanz (vgl. E. 410) zu veranschlagen.

d) Dauer des wettbewerbswidrigen Verhaltens

463. Die angefochtene Verfügung sieht keine Erhöhung der Sanktion wegen der Dauer des Wettbewerbsverstosses vor.

*(1) Vorbringen der Beschwerdeführerin*

464. Die Beschwerdeführerin nimmt zur Anwendung von Art. 4 SVKG keine Stellung.

*(2) Vorbringen der Vorinstanz*

465. Die Vorinstanz hält in der angefochtenen Verfügung ausdrücklich fest, dass die Preisabreden von 2004 und von 2007 jeweils rund ein Jahr Bestand gehabt hätten. Sie sollen jeweils bis zu dem Zeitpunkt, als über die Umsetzung einer neuerlichen Preiserhöhung zwischen den Konkurrenten diskutiert worden sei, beibehalten worden sein.

466. Sie hält überdies fest, es entspreche ihrer Praxis, für die Dauer eines Wettbewerbsverstosses einen Prozentsatz von 10% pro berücksichtigtem Jahr als Zuschlag festzusetzen.

467. Die Vorinstanz hat allerdings darauf verzichtet, im vorliegenden Fall einen Zuschlag für die Dauer der Wettbewerbsverstösse gemäss Art. 4 SVKG anzubringen.

468. Zur Abrede über die Preiserhöhung 2007 stellt die angefochtene Verfügung fest, dass die Abrede lediglich in einer einmaligen Einführung eines Materialteuerungszuschlags zum 1. Januar 2007 bzw. zum 1. Februar 2007 bestanden habe. Daher sei im vorliegenden Fall von einem Zuschlag für die Dauer gemäss Art. 4 SVKG abzusehen.

*(3) Würdigung durch das Gericht*

469. Gemäss Art. 49a Abs. 1 KG bemisst sich die Sanktion auch nach der Dauer des unzulässigen Verhaltens. Art. 4 SVKG konkretisiert dieses Kriterium dahingehend, dass der Basisbetrag bei einer Dauer zwischen einem und fünf Jahren um bis zu 50% und bei einer Dauer von mehr als fünf Jahren für jedes zusätzliche Jahr um bis zu 10% zu erhöhen ist. Eine Aussage zur unterjährigen Dauer eines Wettbewerbsverstosses findet sich in dieser Bestimmung nicht.

470. Ein Wettbewerbsverstoss weist eine bestimmte Zeitdauer auf, wenn das wettbewerbswidrige Verhalten nicht nur auf ein einmaliges Ereignis ausgerichtet ist, sondern während einer begrenzten oder unbegrenzten Zeitspanne für mehrere oder eine Vielzahl von Ereignissen andauernd Anwendung finden soll.

471. Bei der Preisabrede von 2007 ist davon auszugehen, dass die Beschwerdeführerin den mit den anderen Abredebeteiligten vereinbarten Materialteuerungszuschlag zumindest für den Zeitraum ab 1. Februar 2007 bis zur Aufdeckung der Wettbewerbsabrede und der Durchführung von Hausdurchsuchungen im Juli 2007 und der sich daran anschliessenden Kooperation der Abredebeteiligten mit den Wettbewerbsbehörden angewendet hat. Soweit diese Preiserhöhung im Rahmen der Zusammenarbeit mit den Wettbewerbsbehörden tatsächlich nicht rückgängig gemacht und bis zum Abschluss der einvernehmlichen Regelung im August 2010

oder bis zum Abschluss der Untersuchung im Oktober 2010 aufrechterhalten wurde oder zwischenzeitlich nicht in einer neuerlichen, selbständig durchgeführten Preisänderung der Beschwerdeführerin aufging, wäre sogar ein längerer Zeitraum als Dauer des Wettbewerbsverstosses zu veranschlagen. Mangels genauer Angaben und Beweise ist jedoch in Bestätigung der angefochtenen Verfügung zu Gunsten der Beschwerdeführerin daher ebenfalls von einer unterjährigen Dauer des Wettbewerbsverstosses auszugehen.

472. In der Wettbewerbspraxis erfolgt die Berücksichtigung der Dauer eines Wettbewerbsverstosses aufgrund des nicht eindeutigen Wortlauts von Art. 4 SVKG bislang in unterschiedlicher Weise. Teilweise wurde bei einem unterjährigen Zeitraum eines Wettbewerbsverstosses kein Zuschlag für die Dauer angesetzt (Weko, RPW 2009/2, 157, *Sécateurs et cisailles*, Ziff. 100; Weko, RPW 2016/2, 521, *Nikon*, Ziff. 568, wonach sogar für einen Zeitraum von rund einem halben Jahr kein Zuschlag erfolgte; ausdrücklich bemängelt durch BVGer, 16.9.2016, B-581/2012, *Nikon AG gg. Weko*, zit. *Nikon*, E. 9.2.4). Begründet wird diese Vorgehensweise damit, dass eine unterjährige Dauer bereits im Basisbetrag gemäss Art. 3 SVKG enthalten sei. Demgegenüber wird bei einer Durchführung des Wettbewerbsverstosses von mehr als einem Jahr regelmässig für den gesamten Zeitraum ohne Abzug des unterjährigen Anteils in vollem Umfang ein Zuschlag für die Dauer angesetzt (Weko, 19.12.2016, *Kommerzialisierung von elektronischen Medikamenteninformationen*, Galenica AG und HCI Solutions AG, RPW 2020/3a, 1144, zit. *Medikamenteninformationen*, Ziff. 521, bestätigt durch BVGer, 19.1.2022, B-2597/2017, *Vifor Pharma AG und HCI Solutions AG gg. Weko*, zit. *Medikamenteninformationen*, E. 15.2.5.6; BVGer, 31.10.2023, B-5819/2020, *Sunrise GmbH gg. Swisscom (Schweiz) AG u.a.*, zit. *Eishockey im Pay-TV*, E. 12.2.6, wobei eine Nicht-Berücksichtigung der ersten 12 Monate ausdrücklich verworfen wurde; BVGer, 5.6.2023, B-4696/2019, *CA Autofinance Suisse SA gg. Weko*, zit. *Kfz-Leasing-Autofinance*, E. 9.4.6; BVGer, 24.6.2021, B-8386/2015, *Swisscom AG u.a. gg. Weko*, zit. *Swisscom-WAN-Anbindung*, E. 10.4.5; BVGer, 16.2.2021, B-2798/2018, *Naxoo SA gg. Weko u.a.*, zit. *Supermedia*, E. 12.3.3; BVGer, B-7633/2009, *ADSL II*, E. 755; BVGer, B-831/2011, *DCC*, E. 1600; Weko, 19.10.2019, *Bauleistungen Graubünden*, RPW 2020/4a, 1721, Ziff. 8.2.4.2). Hierbei wird demzufolge implizit oder ausdrücklich die Vorstellung abgelehnt, dass der unterjährige Anteil im Basisbetrag enthalten sei.

473. Eine allgemeine Differenzierung bei der Berechnung der massgeblichen Dauer eines Wettbewerbsverstosses je nach Vorhandensein einer Über- oder Unterjährigkeit des jeweiligen Zeitraums, in dem das wettbewerbswidrige Verhalten durchgeführt wurde, erscheint nicht sachgerecht zu sein. Denn es ist kein Grund für eine Unterscheidung ersichtlich, nach der zwar bei unterjährigen Wettbewerbsverstössen die Dauer für diesen Zeitraum mit dem Basisbetrag stets abgegolten sein soll, bei mehrjährigen Wettbewerbsverstössen hingegen nicht, weshalb in diesen Fällen dann jeweils der volle Zeitraum einschliesslich der ersten zwölf Monate zur Anrechnung gelangt.

474. Demzufolge bedarf es zwecks Vermeidung einer inkonsistenten Wettbewerbspraxis bei der Anwendung des Dauerzuschlags gemäss Art. 4 SVKG einer widerspruchsfreien Konkretisierung der bestehenden Anwendungspraxis auf den vorliegenden Einzelfall.

475. Der Gesetzgeber statuiert in Art. 49a Abs. 1 KG für die Bemessung einer Sanktion drei Kriterien. Dabei wird die Dauer des Wettbewerbsverstosses ausdrücklich neben dessen Schwere und der angemessenen Berücksichtigung des mutmasslichen Gewinns aufgeführt. Demzufolge ist die Dauer eines Wettbewerbsverstosses als notwendiger Bemessungsfaktor im Rahmen der Sanktionsbemessung zu qualifizieren, sofern nicht ein einmaliger Wettbewerbsverstoss vorliegt. Aus diesem Grund führt die Dauer eines Wettbewerbsverstosses zu einer Erhöhung des Basisbetrags.

476. Dieser pragmatische Ansatz wird durch die Ausgestaltung der Sanktionsverordnung bestätigt. Danach tritt die Dauer des Wettbewerbsverstosses gemäss Art. 4 SVKG als gesonderter Bemessungsfaktor neben die vorgängige Ermittlung des Basisbetrags hinzu. Aufgrund dieser Sanktionsstruktur wird die Sanktionsbemessung gemäss Art. 4 SVKG für die Dauer des Wettbewerbsverstosses nicht bereits durch eine Sanktionsbemessung für die Art und Schwere des Wettbewerbsverstosses gemäss Art. 3 SVKG abgegolten.

477. Es ist denn auch kein Grund ersichtlich, warum die mehr- bis vielfache beabsichtigte oder tatsächliche Anwendung und Fortführung einer Verhaltenskoordination während eines gewissen Zeitraums in gleicher Weise zu ahnden sein sollte wie die Anwendung einer Verhaltenskoordination lediglich für ein einmaliges Ereignis (BVGer, B-8386/2015, *Swisscom-WAN-Anbindung*, E. 10.4.5, für das Verhältnis von Submissions- und Dauerverstössen). Vielmehr würde eine sachlich nicht gerechtfertigte Gleichbehandlung von unterschiedlich zu bewertenden Sachverhaltskonstellationen zu einer Verletzung des Gleichheitsgrundsatzes im Rahmen der Sanktionsbemessung führen.

478. Angesichts dieser Ausgangslage ist die Formulierung von Art. 4 SVKG «zwischen ein und fünf Jahren» nicht in dem Sinne zu verstehen, dass eine Erhöhung wegen der Dauer ausschliesslich für einen Wettbewerbsverstoss erfolgen könnte, der mindestens jeweils ein ganzes Jahr andauert hat. Vielmehr ist aufgrund einer ziel- und zweckorientierten Betrachtung davon auszugehen, dass auch Wettbewerbsverstösse mit einer Dauer von bis zu einem Jahr eine Sanktionserhöhung nach sich ziehen, sofern es sich dabei um einen anhaltenden, nicht lediglich auf einen singulären Akt beschränkten Wettbewerbsverstoss handelt. Massgebend ist dabei der jeweilige Anbruch eines Jahres und nicht erst die Vollendung eines Jahres (Weko, RPW 2020/3a, 1144, *Medikamenteninformationen*, Ziff. 521, wobei ausdrücklich darauf verwiesen wird, dass bei einer Dauer von 44 Monaten ein Dauerkoeffizient von 40% angesetzt werden könne, weil «das vierte Jahr des Verstosses angebrochen» sei; bestätigt durch BVGer, B-2597/2017, *Medikamenteninformationen*, E. 15.2.5.6).

479. Dies wird auch durch eine systematische Auslegung von Art. 4 SVKG bestätigt. Denn für die Dauer von fünf bis zehn Jahren ist ausdrücklich für jedes Jahr je-

weils eine Sanktionserhöhung von 10% anzusetzen, während in den ersten fünf Jahren sogar eine flexible Sanktionserhöhung von bis zu 50% vorgenommen werden könnte. Angesichts dieser Regelungen kann dem Gesetzgeber nicht unterstellt werden, dass er zwar einerseits die Möglichkeit zu einer Sanktionserhöhung von 50% für eine Dauer des Wettbewerbsverstosses von 13 Monaten vorsehen, andererseits aber eine Sanktionserhöhung für eine Dauer von bis zu 11 Monaten ausnahmslos ausschliessen wollte. Vielmehr ist eine Sanktionserhöhung von 50% aufgrund von Wortlaut und Zweck der Vorschrift sogar bei einem Wettbewerbsverstoss von unterjähriger Dauer möglich und erforderlich, wenn sich die nachteiligen Folgen für den Wettbewerb aufgrund der jeweiligen Umstände des Einzelfalls gerade in einem unterjährigen Zeitraum verwirklichen, und die Abredeteiligen hierdurch auch ohne weiteres Zutun einen spezifischen Vorteil über die nächsten Jahre erlangen können.

480. Demnach ist davon auszugehen, dass die Ansetzung eines Dauerkoeffizienten von 10% (BGE 139 II 72, *Publigroupe*, E. 12.3.4 [nicht publ.]) oder alternativ die Ansetzung eines Teilkoeffizienten von 0,8333% pro angefangenen Monat bei einer linearen Entwicklung das massgebliche Bemessungskriterium für den Dauerzuschlag eines unterjährigen Wettbewerbsverstosses bildet.

481. Dies schliesst nicht aus, dass in einem Einzelfall aufgrund besonderer Umstände oder fehlender Dauerwirkung bei einer minimalen Dauer einer Umsetzung des Wettbewerbsverstosses von einem Zuschlag abgesehen werden kann.

482. Ungeachtet der vorstehend vorgenommenen Auslegung hält das Gericht im vorliegenden Fall eine Anpassung des Sanktionsbetrags durch die Anwendung eines Dauerzuschlags angesichts der bisherigen Inkonsistenz der Wettbewerbspraxis und des bisherigen Verfahrensverlaufs allerdings nicht für angemessen.

### **e) Berücksichtigung des mutmasslichen Gewinns**

#### *(1) Vorbringen der Beschwerdeführerin*

483. Die Beschwerdeführerin erhebt den Einwand, dass die ihr auferlegte Sanktion in keinem Verhältnis zum effektiv erlangten Gewinn aus dem begangenen Verstoss stehe. Sie sei wirtschaftlich gezwungen gewesen, die Überwälzung des Materialteuerungszuschlags auf die Abnehmer zu versuchen. Dabei habe sie keinen Gewinn erzielt. Im Gegenteil: Weil die Überwälzung des Materialteuerungszuschlags bei weitem nicht in allen Fällen möglich gewesen sei, habe sie Einbussen verkraften müssen. Zudem würde die Sanktion ungefähr ihren Nettogewinnen der letzten drei Jahre auf dem relevanten Markt entsprechen.

#### *(2) Vorbringen der Vorinstanz*

484. Die Vorinstanz macht im Wesentlichen diejenigen Aspekte geltend, die auch nachfolgend im Rahmen der Würdigung des Gerichts abgehandelt werden.

#### *(3) Würdigung durch das Gericht*

485. Gemäss Art. 49a Abs. 1 Satz 4 KG und Art. 2 Abs. 1 SVKG, der die gesetzliche Bestimmung wieder-

holt, ist im Rahmen einer Sanktionierung der mutmassliche Gewinn, den das Unternehmen erzielt hat, angemessen zu berücksichtigen. Gegebenenfalls ist der Basisbetrag gemäss Art. 5 Abs. 1 lit. b SVKG entsprechend zu erhöhen.

486. Die Sanktionsbemessung knüpft an den Umsatz und nicht an den Gewinn eines Unternehmens an. Die Massgeblichkeit des Umsatzes wird auch durch die Gesetzesmaterialien bestätigt, weil ein entsprechender Änderungsantrag mit der Fokussierung auf den Gewinn im Rahmen der parlamentarischen Beratungen ausdrücklich abgelehnt worden war (Antrag SR SLONGO MARIANNE, AB 2003 S 333, 334, 336). Dies wurde damit begründet, dass einerseits der wettbewerbswidrige Gewinn in den meisten Fällen nicht eindeutig bestimmt werden könne, die Präventionswirkung der direkten Sanktionen aber andererseits nicht durch Beweisschwierigkeiten in Frage gestellt werden dürfe (*Botschaft KG 2004, 2037*).

487. Ungeachtet dessen bezwecken die Sanktionsvorschriften die vollständige Abschöpfung des Gewinns aus einem wettbewerbswidrigen Verhalten (*Botschaft KG 2004, 2033*; BGE 143 II 297, *Gaba*, E. 9.7.2; BVGer, B-831/2011, *DCC*, E. 1605; BVGer, B-807/2012, *Erne*, E. 11.5.8.7; BVGer, B-7633/2009, *ADSL II*, E. 680 f.), weil sich ein wettbewerbswidriges Verhalten nicht lohnen soll (vgl. E. 418). Soweit deshalb der festgestellte oder abschätzbare wettbewerbswidrige Gewinn nicht bereits durch den Basisbetrag abgegolten wird, ist der Sanktionsbetrag zu erhöhen. Dabei ist es entgegen dem Wortlaut der Vorschrift unerheblich, ob es sich beim wettbewerbswidrigen Gewinn in absoluten Zahlen, im Verhältnis zum Umsatz oder in Bezug auf sonstige Kriterien um einen besonders hohen, normalen oder niedrigen Betrag handelt (BVGer, B-7633/2009, *ADSL II*, E. 770; BVGer, B-831/2011, *DCC*, E. 1607).

488. Die Beschwerdeführerin macht geltend (vgl. E. 483), dass vorliegend kein Gewinn durch die Preiserhöhung angefallen sei, weil die Überwälzung des Materialteuerungszuschlags auf die Fensterproduzenten bei weitem nicht in allen Fällen möglich gewesen sei. Die Vorinstanz hat demgegenüber nicht dargelegt, dass der mutmassliche Gewinn durch die vorgesehene Sanktion auf der Grundlage des festgelegten Basisbetrags nicht abgeschöpft werde. Entsprechend konkrete Anhaltspunkte für eine objektive Abschätzung lassen sich auch durch das Gericht nicht identifizieren. Daher ist davon auszugehen, dass ein allfälliger mutmasslicher Gewinn durch den vorgesehenen Basisbetrag abgeschöpft wird. Der Basisbetrag ist daher wegen des durch das wettbewerbswidrige Verhalten erzielten mutmasslichen Gewinns nicht zu erhöhen.

489. Entgegen den Einwänden der Beschwerdeführerin (vgl. E. 483) ergibt sich allerdings umgekehrt auch kein Grund für eine Reduzierung des Sanktionsbetrags aufgrund eines nicht angefallenen Gewinns.

490. Denn im Rahmen der Sanktionsbemessung bestehen für die Wettbewerbskommission und das Bundesverwaltungsgericht aus mehreren Gründen weder eine Verpflichtung zu einer zwingenden Berücksichtigung noch eine Verpflichtung zu einer verhältnismässigen Ausrichtung des Sanktionsbetrags am jeweiligen Ge-

winn, der durch das wettbewerbswidrige Verhalten erzielt oder mutmasslich erzielt wurde (BVGer, B-831/2011, *DCC*, E. 1611 ff.; ebenso im Ergebnis BVGer, B-807/2012, *Erne*, E. 11.5.6.5).

491. Zunächst ist eine verhältnismässige Berücksichtigung des wettbewerbswidrigen Gewinns nicht sachgerecht, weil er zum einen in vielen Fällen gar nicht festgestellt werden kann oder er in gewissen Sachverhaltskonstellationen noch nicht einmal anfallen würde und er zum anderen im Einzelfall von weiteren Aspekten abhängig ist, die nicht in Zusammenhang mit der Art und Schwere des wettbewerbswidrigen Verhaltens stehen. Zudem könnten bei einer Zugrundelegung einer direkten linearen Korrelation zwischen Sanktionierung und Gewinn Unternehmen Strategien zur Durchführung von wettbewerbswidrigen Verhaltensweisen bei gleichzeitiger Beschränkung der Sanktionsmöglichkeiten entwickeln. Eine entsprechende Anforderung würde dem Regelungszweck zuwiderlaufen, weil dadurch sogar zusätzliche Anreize zur Umsetzung eines wettbewerbswidrigen Verhaltens geschaffen und ein Unternehmen das Ausmass seiner Sanktionierung für ein wettbewerbswidriges Verhalten faktisch selbst bestimmen könnte. Zudem würde die tatsächliche Durchsetzung des wettbewerbswidrigen Verhaltens am Markt gegenüber den jeweiligen Marktteilnehmern und damit dessen Erfolg zum entscheidenden Kriterium für eine Sanktionierung aufgewertet werden. Dem steht aber bereits der Umstand entgegen, dass jedenfalls bei einer Preisabrede als bezweckte Wettbewerbsabrede gemäss Art. 4 Abs. 1 KG bereits eine potenziell nachteilige Einwirkung auf den Wettbewerb für die Verwirklichung eines tatbestandlichen wettbewerbswidrigen Verhaltens ausreichend ist, weshalb der tatsächlich eingetretene Erfolg hierfür keine Bedeutung erlangt.

492. Diese Einschätzung wird auch durch den Wortlaut und den Regelungszweck von Art. 49a Abs. 1 KG bestätigt. Diese Regelung stellt auf den mutmasslichen Gewinn ab und berücksichtigt den tatsächlich eingetretenen Gewinn gerade nicht. Damit wird die Intention des Gesetzgebers zum Ausdruck gebracht, dass nach Möglichkeit ein allfällig erzielter Gewinn durch den Sanktionsbetrag in möglichst grossem Umfang abgeschöpft werden sollte (BVGer, B-7633/2009, *ADSL II*, E. 632). Die Regelung ist hingegen nicht umgekehrt auch auf eine verhältnismässige Berücksichtigung von geringen tatsächlichen oder mutmasslichen Gewinnen ausgerichtet.

493. Die vorstehenden Prämissen schliessen allerdings nicht aus, dass ein tatsächlich oder mutmasslich angefallener geringer Gewinn als zusätzlicher Beleg für eine lediglich geringfügige nachteilige Einwirkung auf den Wettbewerb im Einzelfall dienen kann (im Ergebnis ebenso BVGer, B-807/2012, *Erne*, E. 11.5.9). Massgebend für eine geringere Ansetzung des Sanktionsbetrags bildet dabei aber die gesamthaft zu beurteilende, geringe nachteilige Einwirkung auf den Wettbewerb und nicht allein das völlige Fehlen eines Gewinns oder dessen geringer Umfang.

494. Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin (vgl. E. 483) stellt allein die fehlende Berücksichtigung eines allfällig niedrigen tatsächlich angefallenen Gewinns jedenfalls keine unverhältnismässige und damit keine

gesetzes- oder verfassungswidrige Anwendung von Art. 49a Abs. 1 KG durch die Vorinstanz im Rahmen der angefochtenen Verfügung dar.

495. Ohnehin hat die Beschwerdeführerin den Nachweis für einen tatsächlich vorliegenden geringen Gewinn nicht in ausreichender Weise substantiiert vorgetragen. Hierzu wäre die Vorlage einer detaillierten Margen- und Gewinnberechnung des Unternehmens erforderlich, aus der sich schlüssig und zweifelsfrei der angefallene Gesamtgewinn für den relevanten Zeitraum nachvollziehen liesse. Nicht ausreichend ist hingegen die blosser Behauptung oder eine rudimentäre Darstellung, die sich weder objektiv noch schlüssig nachvollziehen lässt.

#### **f) Sonstige Erhöhungsgründe**

496. Art 5 SVKG sieht vor, dass bei Vorliegen von erschwerenden Umständen eine Erhöhung der Sanktion vorzunehmen ist.

497. Vorliegend ergeben sich keine Hinweise auf besondere Aspekte, aufgrund von denen entgegen der Qualifizierung durch die Vorinstanz weitere erschwerende Umstände des konkreten wettbewerbswidrigen Verhaltens anzunehmen wären.

#### **g) Milderungsgründe**

##### *(1) Vorbringen der Beschwerdeführerin*

498. Die Beschwerdeführerin macht geltend, dass die verfügte Sanktion in jedem Fall unangemessen sei, weil zumindest verschiedene Aspekte als mildernde Umstände bei der Sanktionierung hätten berücksichtigt werden müssen.

499. So hätte ihre Absicht, sich gegen die von den Herstellern geplanten Preiserhöhungen einzusetzen, mildernd berücksichtigt werden müssen. Denn ein bewusstes und aktives wettbewerbswidriges Verhalten seitens der Beschwerdeführerin liege nicht vor, weil sie sich stets gegen die Preiserhöhung gewehrt habe. Sie habe dabei in der Absicht gehandelt, die Konkurrenzfähigkeit der schweizerischen Abnehmer zu verbessern. Der vorgeworfene Informationsaustausch sei mit dem Willen erfolgt, die Überwälzung des Materialteuerungszuschlags zu verhindern oder zumindest auf das europäische Durchschnittsniveau zu begrenzen. In dieser Absicht sei auch das Treffen vom 22. September 2006 organisiert worden. Mit ihrem Widerstand habe sie tatsächlich eine Reduktion und eine Verzögerung der von Siegenia vorgenommenen Preiserhöhung und somit tiefere Preise erreicht.

500. Die Teilnahme der Beschwerdeführerin sei ausschliesslich als passiv gemäss Art. 6 Abs. 2 lit. a SVKG einzustufen. Denn sie sei von den Herstellern und deren Vertriebsgesellschaften instrumentalisiert worden. Dass sie gegen die von den Herstellern diktierten Erhöhungen gekämpft habe und schliesslich habe versuchen müssen, diese weiterzugeben, könne nicht als aktive Rolle an einer vermeintlichen Abrede betrachtet werden.

501. Die Beschwerdeführerin habe während der letzten Jahre bezüglich der Einhaltung des Kartellrechts grosse Anstrengungen unternommen, die auch ein umfassendes Compliance-Programm umfassen würden. In diesem Rahmen habe sie Kartellrichtlinien erarbeitet sowie



ein Aussendienstseminar und eine Kaderschulung durchgeführt, anlässlich welcher insbesondere der Informationsaustausch behandelt worden sei.

### (2) Vorbringen der Vorinstanz

502. Die Vorinstanz macht im Wesentlichen diejenigen Aspekte geltend, die auch nachfolgend im Rahmen der Würdigung des Gerichts abgehandelt werden.

### (3) Würdigung durch das Gericht

503. Art. 6 SVKG sieht vor, dass bei Vorliegen von mildernden Umständen eine Verminderung der Sanktion vorzunehmen ist, wobei die Vorschrift verschiedene Aspekte ausdrücklich anführt.

504. Vorliegend sind keine Gründe für eine Milderung des Sanktionsbetrags ersichtlich.

505. Der Einwand der Beschwerdeführerin (vgl. E. 500), wonach eine Milderung gemäss Art. 6 Abs. 2 lit. a SVKG vorgenommen werden müsse, weil ihr Verhalten ausschliesslich passiv gewesen sei, ist tatsachenwidrig. Die Beschwerdeführerin hat jedenfalls mit der Einberufung und Durchführung des Koordinationstreffens sowie mit der Weiterleitung der Informationen über das Preisverhalten der GU-Gruppe an die anderen Mitglieder des Koordinationstreffens offensichtlich eine aktive Rolle bei der Verständigung der Abredeteiligen über die Terminierung und die Höhe der Preiserhöhung eingenommen. Dementsprechend macht die Beschwerdeführerin in anderem Zusammenhang auch geltend, dass gerade ihr Einsatz dazu geführt habe, den Materialteuerungszuschlag zeitlich sowie der Höhe nach zu begrenzen. Angesichts dieser Handlungen kann nicht von einer lediglich passiven Beteiligung im Sinne von Art. 6 Abs. 2 lit. a SVKG ausgegangen werden.

506. Der Einwand der Beschwerdeführerin (vgl. E. 499), wonach ihre Absicht bei der Sanktionsbemessung mildernd zu berücksichtigen sei, weil sie allein in der Abwehr der Preiserhöhungen durch die Hersteller bestanden habe, ist zum einen tatsachenwidrig und zum anderen ohne Belang. Denn aus dem rechtserheblichen Sachverhalt ergibt sich, dass ihr Verhalten nicht nur auf die blosser Abwehr einer Preiserhöhung der Siegenia-Gruppe als Vertriebspartner, sondern darüber hinaus auf eine Verständigung von Zeitpunkt und Höhe einer Preiserhöhung zwischen den wichtigsten Konkurrenten auf dem relevanten Markt ausgerichtet war. Des Weiteren stellt die Forderung nach einer geringeren oder späteren Preiserhöhung gegenüber den anderen Abredeteiligen keinen Grund für eine Milderung des Basisbetrags dar. Denn offensichtlich wird auch mit der Koordination einer geringeren oder späteren Preiserhöhung eine Preisabsprache herbeigeführt.

507. Entgegen dem Einwand der Beschwerdeführerin (vgl. E. 510), stellt auch die blosser Einrichtung und Durchführung eines Compliance-Programms noch keinen ausreichenden Grund für eine Milderung des Sanktionsbetrags dar. Denn derartige Massnahmen sind allein nicht geeignet, die Durchführung von wettbewerbswidrigen Massnahmen zu vermeiden. Bei einer vorsätzlich begangenen und quasi offen gelegten Preisabrede in Form einer branchenweiten Absprache wie im vorliegenden Fall ist eine Milderung aufgrund eines Compli-

ance-Programms aber ohnehin ausgeschlossen, weil die Tauglichkeit des Compliance-Programms offensichtlich in Frage steht. Nachträglich eingerichtete Compliance-Programme können eine Sanktionierung grundsätzlich nicht mildern (so bereits Weko, 10.12.2012, Abrede im Speditionsbereich, Spedlogswiss u.a., RPW 2013/2, 142, zit. Spedition, Ziff. 319).

### h) Maximalsanktion

508. Gemäss Art. 49a Abs. 1 KG und Art. 7 SVKG ist die Belastung in jedem Fall auf 10% des Gesamtumsatzes, den das Unternehmen in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielt hat, als Maximalsanktion zu begrenzen.

509. Der von der Wettbewerbskommission festgelegte Sanktionsbetrag liegt nach unstrittiger Auffassung der Parteien unterhalb dieser Maximalsanktion und ist daher nicht zu begrenzen. Dies gilt auch unter Berücksichtigung der vom Bundesverwaltungsgericht vorgenommenen Anpassung des Sanktionsbetrags.

### i) Sanktionsreduktion

#### (1) Vorbringen der Beschwerdeführerin

510. Die Beschwerdeführerin macht aus verschiedenen Gründen eine höhere als die in der angefochtenen Verfügung gewährte Sanktionsreduktion geltend.

511. Die Beschwerdeführerin erhebt zunächst den Einwand, dass die Sanktion gemäss Art. 12 Abs. 2 SVKG in höherem Umfang zu reduzieren sei als mit der von der Vorinstanz angesetzten Reduktion von 20%. Hierzu führt sie aus, die Koch-Gruppe habe während des gesamten Verfahrens vollumfänglich mit dem Sekretariat kooperiert und das Sekretariat aktiv bei der Feststellung des Sachverhalts unterstützt. Diese aktive und konstruktive Haltung müsse bei der Sanktionsbemessung in einem grösseren Umfang berücksichtigt werden als mit der von der Vorinstanz angesetzten Reduktion von 20%.

512. Gegenüber dem Vorbringen der Vorinstanz, aufgrund des widersprüchlichen Verhaltens sei die Reduktion gemäss Art. 12 Abs. 2 SVKG vollständig zu streichen, macht die Beschwerdeführerin geltend, dass die im Rahmen der Kooperation gemachten Angaben sich lediglich auf die Ermittlung des Sachverhalts und nicht auf die rechtliche Würdigung beziehen würden. Eine Sanktionsreduktion auf der Basis der Kooperation setze kein Schuldeingeständnis voraus und allein die Tatsache, dass ein Unternehmen kooperiere, stelle kein Schuldeingeständnis dar. Zudem habe die Koch-Gruppe ausdrücklich darauf hingewiesen, dass ihre Ausführungen nicht als Schuldeingeständnis zu verstehen seien und dass mit der Kooperationsanzeige keine rechtliche Würdigung des Sachverhalts erfolge.

513. Des Weiteren erhebt die Beschwerdeführerin den Einwand, dass die Sanktion zusätzlich gemäss Art. 12 Abs. 3 SVKG in einem weiteren Umfang zu reduzieren sei, weil sie zusätzliche Wettbewerbsverstösse angezeigt habe.

514. Hierzu führt sie aus, sie habe im Rahmen ihrer vollumfänglichen Kooperationsbereitschaft nicht nur diverse Sachverhalte erläutert, welche für dieses Verfahren relevant gewesen seien, sondern am 10. Juli 2009

unaufgefordert weitere wettbewerbsrelevante Sachverhalte im Bereich «Küchen» angezeigt. Dabei habe sie in umfassender Weise dargelegt, wie ein bestimmtes Unternehmen mit seinen fünf grössten Beschlaghändlern einschliesslich der Koch-Gruppe im Rahmen von entsprechenden «Round-Table-Treffen» sowohl vertikale als auch horizontale Absprachen gemäss Art. 5 Abs. 3 und 4 KG getroffen hätte. Hierfür seien die Namen sämtlicher involvierter Parteien, der Ort und die Daten, an denen die Treffen durchgeführt worden seien, der relevante Markt, der Zeitraum, in welchem die Treffen stattgefunden hätten, die Form der Absprachen und Informationen zu deren Umsetzung sowie wichtige Hintergrundinformationen offen gelegt und mit entsprechenden Beweisofferten ergänzt worden.

515. Die Vorinstanz habe jedoch einen teilweisen Erlass der Sanktion abgelehnt und hierzu lediglich ausgeführt, dass die von ihr eingereichten Beweismittel keine genügenden Anhaltspunkte geliefert hätten, um ein Verfahren durch die Wettbewerbsbehörden zu eröffnen.

516. Diese Ablehnung sei sowohl inhaltlich als auch im Hinblick auf den Anspruch auf rechtliches Gehör rechtsfehlerhaft erfolgt. Denn Art. 12 Abs. 3 SVKG setze zum einen nur die Vorlage von Informationen oder Beweismitteln voraus, aufgrund deren genügende Anhaltspunkte dafür bestünden, dass die Wettbewerbsbehörden ein Verfahren eröffnen könnten. Demgegenüber sei es unerheblich, ob die Wettbewerbsbehörden tatsächlich auch ein Verfahren eröffnen würden. Zum anderen sei es ausreichend, dass entsprechende Informationen geliefert würden, während eine Vorlage von entsprechenden Beweismitteln nicht erforderlich sei.

517. Dies sei umso mehr fehlerhaft, als die Vorinstanz auch während des gesamten Verfahrens keine Angaben zu den angeblich fehlenden Informationen oder Beweismitteln gemacht und die Beschwerdeführerin nie um Zusatzinformationen angefragt habe.

518. Im Gegensatz dazu habe eine entsprechende Meldung von SFS eine Berücksichtigung mit einem Sanktionserlass zur Folge gehabt.

### *(2) Vorbringen der Vorinstanz*

519. Die Vorinstanz erhebt im Hinblick auf eine Sanktionsreduktion gemäss Art. 12 Abs. 2 KG den Einwand, dass die durch die angefochtene Verfügung zu Gunsten der Beschwerdeführerin gewährte Sanktionsreduktion in Höhe von 20% wieder aufzuheben sei.

520. Hierzu führt die Vorinstanz aus, die Beschwerdeführerin handle widersprüchlich, weil sie im Rahmen ihrer Beschwerde das Vorliegen einer Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 Abs. 3 KG bestreite, obwohl sie mit der eingereichten Selbstanzeige erklärt habe, an einer solchen Abrede beteiligt gewesen zu sein und deshalb die Bereitschaft erklärt habe, mit den Wettbewerbsbehörden zu kooperieren. Ein entsprechendes widersprüchliches Verhalten sei mit dem Sinngehalt des Rechtsinstituts der Selbstanzeige nicht zu vereinbaren und würde einer Begünstigung der Selbstanzeiger gleichkommen. Unter Berücksichtigung von Sinn und Zweck der Selbstanzeige müsse das Verhalten der Beschwerdeführerin als nachträglicher Widerruf der Selbstanzeige qualifiziert werden. Damit würde - ähnlich wie

bei einem Widerruf eines Geständnisses im Strafrecht - die Grundlage für eine Sanktionsreduktion entfallen. Die der Beschwerdeführerin im Rahmen der Verfügung gewährte Sanktionsreduktion gemäss Art. 12 Abs. 2 SVKG in Höhe von 20% wäre demzufolge im Rahmen der Sanktionsbemessung durch das Bundesverwaltungsgericht wieder zu entziehen.

521. Im Hinblick auf die eingeforderte Sanktionsreduktion gemäss Art. 12 Abs. 3 KG weist die Vorinstanz wiederum darauf hin, dass die von der Beschwerdeführerin vorgelegten Informationen nicht genügend Anhaltspunkte aufweisen würden, welche es den Wettbewerbsbehörden erlaubt hätten, ein Verfahren zu eröffnen, weshalb die Minimalanforderungen zur Einleitung eines Kartellverfahrens nicht gegeben seien.

### *(3) Würdigung durch das Gericht*

522. Art. 49a Abs. 2 KG statuiert die Möglichkeit für eine Reduktion des Sanktionsbetrags bei Wettbewerbsabreden gemäss Art. 5 Abs. 3 und 4 KG und damit grundsätzlich auch für die hier vorliegende Preisabrede.

523. Art. 12 Abs. 2 und Abs. 3 SVKG sehen besondere Regelungen vor, wonach zu Gunsten eines Selbstanzeigers unter bestimmten Voraussetzungen zumindest eine Reduktion des Sanktionsbetrags vorgenommen werden kann, soweit ein vollständiger Erlass der Sanktion gemäss Art. 8 KG nicht erfolgt.

524. Die allgemeine Sanktionsreduktion beträgt gemäss Art. 12 Abs. 2 SVKG bis zu 50% des nach den Art. 3 bis 7 SVKG ermittelten Sanktionsbetrags. Massgebend für die Festlegung der Reduktion im Einzelfall ist die Wichtigkeit des Beitrags des Selbstanzeigers zum Verfahrenserfolg.

525. Die erweiterte Sanktionsreduktion beträgt gemäss Art. 12 Abs. 3 SVKG sogar bis zu 80% des nach den Art. 3 bis 7 SVKG ermittelten Sanktionsbetrags, wenn das Unternehmen hinsichtlich einer weiteren, «sekundären Wettbewerbsabrede» gemäss Art. 5 Abs. 3 und 4 KG, d.h. einer anderen als der im «primären Untersuchungsverfahren» für eine Sanktionsreduktion gemäss Art. 12 Abs. 2 SVKG relevanten «primären Wettbewerbsabrede», Informationen oder Beweismittel für das entsprechende «sekundäre Untersuchungsverfahren» liefert. Für die Festlegung der Reduktion im Einzelfall sieht die Vorschrift jedoch keine Bemessungskriterien vor.

526. Eine einheitliche Terminologie für die beiden Varianten einer Sanktionsreduktion im Rahmen der in der Sanktionsverordnung statuierten Bonusregelungen ist in Rechtsprechung und Literatur bislang nicht vorhanden. Für die allgemeine Sanktionsreduktion wird teilweise der Begriff «einfacher Bonus» verwendet. Für die erweiterte Sanktionsreduktion finden teilweise die Begriffe «qualifizierte Bonusregelung», «Bonus Plus» und »Amnesty Plus» Anwendung. Diese Begriffe weisen allerdings keinen inhaltlichen Zusammenhang zum Gegenstand der jeweiligen Sanktionsreduktion auf, was mitunter zu Verwechslungen im Rahmen von Ausführungen zur Sanktionsreduktion führen kann. Mit den vorliegend verwendeten Begriffen der «allgemeinen Sanktionsreduktion» und der «erweiterten Sanktionsreduktion» werden sowohl eine eindeutige Zuordnung zur Sanktionsredukti-

on und damit eine Abgrenzung gegenüber dem Sanktionserlass vorgenommen als auch eine eindeutige inhaltliche Zuordnung der beiden Varianten und damit auch deren Abgrenzung untereinander sichergestellt.

(a) Bestreiten des Vorliegens einer Wettbewerbsabredenach Selbstanzeige

527. Gemäss der angefochtenen Verfügung hat die Beschwerdeführerin aufgrund der Anerkennung einer Mitwirkung der Koch-Gruppe als dritte Selbstanzeigerin hinsichtlich der vorstehend festgestellten Preisabrede zu einer Verfahrenserleichterung im Rahmen des vorinstanzlichen Verfahrens beigetragen, weshalb die Vorinstanz bei der Sanktionierung des wettbewerbswidrigen Verhaltens eine Sanktionsreduktion von 20% gemäss Art. 12 Abs. 2 KG gewährte.

528. Im vorliegenden Beschwerdeverfahren wird nunmehr allerdings das Vorliegen einer wettbewerbswidrigen Preisabrede durch die Beschwerdeführerin ausdrücklich und umfassend bestritten, wie die aufgeführten und abgehandelten vielfachen Einwände belegen. Die Beschwerdeführerin bestreitet dabei die Abgrenzung des sachlich (vgl. E. 112 ff.) und räumlich (vgl. E. 136 ff.) relevanten Markts, das Bestehen eines Wettbewerbsverhältnisses zu den anderen Abredeteiligen (vgl. E. 164 ff.), das Vorliegen eines kooperativen Verhaltens (vgl. E. 186 ff.), das Vorliegen einer bezweckten oder bewirkten nachteiligen Einwirkung auf den Wettbewerb mittels einer Preisabrede (vgl. E. 246 ff.) und die Erheblichkeit der hierdurch hervorgerufenen Wettbewerbsbeeinträchtigung (vgl. E. 313 ff.) sowie die Sanktionsfähigkeit der festgestellten Preisabrede (vgl. E. 368 ff.). Darüber hinaus machen sie das Vorliegen von Rechtfertigungsgründen (vgl. E. 339 ff.) und das Fehlen einer ausreichenden Vorwerfbarkeit für das festgestellte Verhalten (vgl. E. 377 ff.) geltend.

529. Angesichts eines kürzlich ergangenen präjudiziellen Entscheids des Bundesverwaltungsgerichts (BVGer, 14.8.2023, B-645/2018, Hoch- und Tiefbau im Engadin, Engadin IV [Suretta], Foffa Conrad AG gg. Weko, zit. *Engadin IV-FoffaConrad*, E. 16.3.15 ff.), in dem sich das Gericht ausführlich mit den Auswirkungen eines Bestreitens der Wettbewerbsabrede durch einen Selbstanzeiger im Rahmen eines Verfahrens beschäftigt hat, stellt ein derartiges Verhalten entgegen dem Einwand der Vorinstanz (vgl. E. 520) jedoch nicht per se ein widersprüchliches Verhalten des Selbstanzeigers und auch keinen Widerruf der Selbstanzeige in einem Beschwerdeverfahren dar (BVGer, B-645/2018, *Engadin IV-FoffaConrad*, E. 17.4.21 ff.). Zudem sei das offene Bestreiten der Beteiligung an einer Wettbewerbsabrede durch einen Selbstanzeiger auch weder automatisch als bewusst unrichtige Angaben noch zwingend als qualifizierte Verletzung der Mitwirkungspflicht durch die Vorenthaltung von erheblichen Tatsachen einzustufen (BVGer, B-645/2018, *Engadin IV-FoffaConrad*, E.17.4.21 ff.). Vielmehr seien für die Beurteilung eines derartigen Sachverhalts vorrangig die folgenden Aspekte zu berücksichtigen.

530. Erhebe ein Selbstanzeiger Einwände gegen eine Wettbewerbsabrede, deren Prüfung zu einem zusätzlichen Aufwand der Wettbewerbsinstanzen führe, könne ein solches Verhalten grundsätzlich als in Widerspruch

zur Zwecksetzung einer Verfahrensvereinfachung der Bonusregelungen stehend beurteilt werden. Ein vollständiger Erlass der Sanktion komme dann grundsätzlich nicht in Betracht. Es sei jedoch durchaus denkbar, dass der Selbstanzeiger trotz entsprechender Einwände durch unaufgeforderte Vorlage von Beweismitteln einen objektiv messbaren und erheblichen Beitrag zur Aufdeckung und zum Nachweis des in Frage stehenden Sachverhalts erbracht habe. In einem solchen Fall könne es im Lichte der aufgezeigten Ziele der Bonusregelung geboten oder zumindest sachgerecht erscheinen, diese Mitwirkung durch eine Reduktion der Sanktion zu honorieren (BVGer, B-645/2018, *Engadin IV-FoffaConrad*, E. 16.3.26; E. 16.3.33).

531. Im Rahmen von Art. 12 Abs. 2 SVKG sei für die Bemessung einer allfälligen Sanktionsreduktion der Beitrag des Unternehmens zum Unternehmenserfolg massgebend. Hierbei sei unter Berücksichtigung der Aufklärungs- und Ermittlungshilfe als Gesetzeszweck der Regelung auf den Mehrwert, d.h. den objektiv feststellbaren Wert des Beitrags eines Selbstanzeigers zur Erleichterung der Aufklärung und zum Nachweis des Verstosses, abzustellen (BVGer, B-645/2018, *Engadin IV-FoffaConrad*, E. 16.4.11).

532. Erhebe ein Selbstanzeiger im Verlaufe des Verfahrens Einwände gegen eine Wettbewerbsabrede, sei daher im Einzelfall auf der Grundlage einer Würdigung der relevanten Umstände zu beurteilen, welche Auswirkungen dies auf seinen «Beitrag zum Verfahrenserfolg», d.h. auf den von ihm insgesamt erbrachten Mehrwert bei der Aufklärung und für den Nachweis des Verstosses habe. Es sei dabei unter anderem zu berücksichtigen, ob und gegebenenfalls in welchem Umfang der Selbstanzeiger den Beweiswert von Beweismitteln, die er vorgelegt hat, gemindert und das Verfahren dadurch erschwert habe. Soweit ein Selbstanzeiger aber trotz Einwänden einen erheblichen Mehrwert erbracht habe, sei dem eingeschränkten Grad der Mitwirkung bei der Festlegung einer Sanktionsreduktion Rechnung zu tragen (BVGer, B-645/2018, *Engadin IV-FoffaConrad*, E. 16.4.12). Das Bundesverwaltungsgericht ging im beurteilten Fall von einem erheblichen Mehrwert aus, weil der Selbstanzeiger das entscheidende Beweismittel im Rahmen seiner Selbstanzeige vorgelegt habe, auf das sich die Feststellung der Wettbewerbsabrede durch die Wettbewerbsinstanzen stütze (BVGer, B-645/2018, *Engadin IV-FoffaConrad*, E. 17.4.15).

533. Bei der Beurteilung des von einem Selbstanzeiger erbrachten Mehrwerts sei nicht nur auf das Kartellverfahren abzustellen, sondern auch sein Kooperationsverhalten in einem allfällig von ihm geführten Beschwerdeverfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht miteinzubeziehen. Denn dem Bundesverwaltungsgericht komme volle Kognition zu und es habe seiner Entscheidung den Sachverhalt zu Grunde zu legen, wie er sich im Zeitpunkt des Urteils verwirkliche. Dies gelte umso mehr, als das Bundesverwaltungsgericht neben der Wahrung der Verfahrensrechte von Verfahrensbeteiligten auch die wirksame Durchsetzung des materiellen Rechts sicherzustellen habe (BVGer, B-645/2018, *Engadin IV-FoffaConrad*, E. 17.4.12).

(b) Allgemeine Sanktionsreduktion gemäss Art. 12 Abs. 2 SVKG

534. Für die Beurteilung einer allgemeinen Sanktionsreduktion gemäss Art. 12 Abs. 2 SVKG ist demnach zunächst festzustellen, ob trotz des Mehraufwands infolge des Bestreitens des Vorliegens einer Preisabrede im Rahmen des vorliegenden Beschwerdeverfahrens dennoch ein erheblicher Mehrwert als Beitrag zum Verfahrenserfolg aufgrund der Selbstanzeige der Beschwerdeführerin verbleibt. Bejahendenfalls ist erst danach das konkrete Ausmass der Sanktionsreduktion anhand des verbleibenden Mehrwerts festzulegen.

535. Hierzu ist zunächst festzuhalten, dass die Einreichung einer Beschwerde, mit der das Vorliegen einer in der vorinstanzlichen Verfügung festgestellten Wettbewerbsabrede durch einen Selbstanzeiger bestritten wird, im Rahmen eines Beschwerdeverfahrens regelmässig einen Mehraufwand für die Wettbewerbsinstanzen zur Folge hat. Denn das Bundesverwaltungsgericht als Rechtsmittelgericht hat eine zusätzliche originäre Überprüfung des festgestellten wettbewerbswidrigen Verhaltens einschliesslich der hiergegen erhobenen Einwände eines Beschwerdeführers vorzunehmen. Die Wettbewerbskommission als am Verfahren zwingend teilnehmende Vorinstanz hat das festgestellte wettbewerbswidrige Verhalten anhand der hiergegen erhobenen Einwände eines Beschwerdeführers erneut zu überprüfen. Dabei kann die Feststellung der Wettbewerbswidrigkeit im Rahmen dieser Überprüfungen nicht mehr ohne Weiteres auf die von einem Beschwerdeführer vermittelten Beweismittel für das Vorliegen einer Wettbewerbsabrede gestützt werden, weil deren Beweiswert aufgrund des nunmehrigen Bestreitens des Vorliegens einer Wettbewerbsabrede unweigerlich geschmälert ist. In diesem Zusammenhang kann regelmässig dahingestellt bleiben, welches genaue Ausmass diese Schmälderung im Einzelfall unter Berücksichtigung der übrigen Beweismittel und der gesamten Beweislage im Rahmen des Beschwerdeverfahrens tatsächlich aufweist. Denn bereits die Notwendigkeit der Feststellung, ob die Mitwirkung eines Selbstanzeigers angesichts des konkreten Bestreitens im Beschwerdeverfahren noch einen relevanten Mehrwert als Beitrag zum Verfahrenserfolg aufweist oder nicht, führt zu einem Mehraufwand des Bundesverwaltungsgerichts und der Wettbewerbskommission, der ohne das Bestreiten des Vorliegens einer Wettbewerbsabrede nicht angefallen wäre.

536. Die Durchführung eines Beschwerdeverfahrens mit der Überprüfung des Vorliegens einer durch den Selbstanzeiger bestrittenen Wettbewerbsabrede steht daher grundsätzlich in Widerspruch zur Zwecksetzung einer Verfahrensvereinfachung der Bonusregelungen (BVGer, B-645/2018, *Engadin IV-FoffaConrad*, E. 16.3.26). Die Möglichkeit einer Sanktionsreduktion gemäss Art. 12 Abs. 2 SVKG besteht in einem solchen Fall demnach nur dann, wenn die Vorlage von Beweismitteln einen objektiv messbaren und erheblichen Mehrwert zur Aufdeckung und zum Nachweis des in Frage stehenden Sachverhalts erbracht hat. Ein solcher erheblicher Mehrwert liegt nach dem durch das Bundesverwaltungsgericht bereits beurteilten Fall dann vor, wenn angesichts der bestehenden Beweislage im jeweiligen Kartellverfahren ein entscheidendes Beweismittel

durch einen Beschwerdeführer vorgelegt wurde (BVGer, B-645/2018, *Engadin IV-FoffaConrad*, E. 17.4.15).

537. Die von der Beschwerdeführerin erhobenen Einwände gegen das Vorliegen der festgestellten Preisabrede (vgl. E. 527) richten sich gegen alle Tatbestandsmerkmale einer Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 KG und haben eine vollumfängliche Überprüfung durch das Bundesverwaltungsgericht und entsprechende Stellungnahmen durch die Wettbewerbskommission notwendig gemacht. Das Beschwerdeverfahren hat daher unzweifelhaft zu einem Mehraufwand geführt, der in Widerspruch zur Verfahrensvereinfachung als Regelungszweck der Bonusvorschriften steht. Eine Sanktionsreduktion zu Gunsten der Beschwerdeführerin ist demnach nur dann zu gewähren, wenn deren konkrete Mitwirkung zu einem erheblichen Mehrwert als Beitrag zum Verfahrenserfolg geführt hat. Dies wäre jedenfalls dann der Fall, wenn die konkrete Mitwirkung einen entscheidenden Beitrag zur Aufdeckung oder zum Nachweis der vorliegenden Preisabrede zwischen den Abredeteiligen geleistet hätte.

538. Im vorliegenden Verfahren war von Roto am 16. Juli 2007 eine Selbstanzeige mit den wesentlichen Beweismitteln für das Vorliegen einer Preisabrede gegenüber den Wettbewerbsbehörden eingereicht worden (vgl. SV H.). Aufgrund dieser Selbstanzeige wurden von den Wettbewerbsbehörden Hausdurchsuchungen bei verschiedenen Untersuchungsadressaten einschliesslich von SFS durchgeführt, die zur Beschlagnahme von weiteren Beweismitteln führten (vgl. SV H.). Bereits der Beitrag der zweiten Selbstanzeige durch SFS, die nach Durchführung der Hausdurchsuchungen am 9. August 2007 eingereicht worden war, wurde deshalb gemäss der angefochtenen Verfügung für den Verfahrenserfolg als gering qualifiziert, weil SFS nicht in wesentlichem Umfang zur Ermittlung des Sachverhalts und zum Nachweis des Wettbewerbsverstosses beigetragen habe (Weko, RPW 2010/4, 717, Ziff. 468). Die Sanktionsreduktion wurde denn auch damit begründet, dass die von SFS eingereichten Beweismittel die elektronische Sichtung der beschlagnahmten Beweismittel erleichtert hätten und für das Verständnis des Sachverhalts dienlich gewesen seien (Weko, RPW 2010/4, 717, Ziff. 469).

539. Aufgrund dieses Geschehensablaufs hat die am 2. Oktober 2008 als dritte Bonusmeldung eingereichte Selbstanzeige der Beschwerdeführerin jedenfalls keinen relevanten Beitrag zur Aufdeckung der festgestellten Preisabrede geleistet.

540. Gemäss den Feststellungen der angefochtenen Verfügung hat die Beschwerdeführerin angesichts des Zeitpunkts ihrer Selbstanzeige keine für die vorliegende Untersuchung wesentlichen neuen Angaben zum Sachverhalt geliefert. Die Sichtung der beschlagnahmten Beweismittel war zu diesem Zeitpunkt bereits abgeschlossen. Die Mitwirkung der Beschwerdeführerin habe für die Wettbewerbsbehörden lediglich zu einem besseren Gesamtüberblick über den Sachverhalt geführt, mit dem die gewährte Sanktionsreduktion auch begründet wurde (Weko, RPW 2010/4, 717, Ziff. 471 f.).

541. Dementsprechend wurde der Beitrag der Beschwerdeführerin für den Nachweis der festgestellten

Preisabrede von der Wettbewerbskommission als gering qualifiziert und die tatsächliche Sanktionsreduktion lediglich mit 20% angesetzt. Der Beitrag der Beschwerdeführerin zum Verfahrenserfolg wurde von der Wettbewerbskommission demzufolge bereits im vorinstanzlichen Verfahren als nicht besonders bedeutsam qualifiziert.

542. Ob angesichts der tatsächlichen Feststellungen der angefochtenen Verfügung überhaupt ein Sanktionsbonus von 20% zu gewähren gewesen wäre, dürfte fraglich sein, kann vorliegend aber dahingestellt bleiben. Denn die blossе Verschaffung eines besseren Gesamtüberblicks über den Sachverhalt stellt keinen Mehrwert dar, der nach einem Bestreiten des Vorliegens einer Wettbewerbsabrede in einem Beschwerdeverfahren und einem damit verbundenen Mehraufwand für das Bundesverwaltungsgericht und die Vorinstanz für die Beurteilung einer Sanktionsreduktion noch zu berücksichtigen wäre.

543. Die Beschwerdeführerin hat im Beschwerdeverfahren jedenfalls keine Aspekte vorgetragen, weshalb ihre Mitwirkung gegenüber den Wettbewerbsbehörden einen grösseren als den in der angefochtenen Verfügung festgestellten Beitrag zum Verfahrenserfolg geleistet hätte und dementsprechend auch einen erheblichen Mehrwert aufweisen würde.

544. Aus dem Vorbringen der Beschwerdeführerin (vgl. E. 510), wonach sie während des gesamten Verfahrens vollumfänglich mit dem Sekretariat kooperiert und das Sekretariat aktiv bei der Feststellung des Sachverhalts unterstützt habe, ergibt sich nicht, dass durch diese Kooperation angesichts der bereits bestehenden Beweislage im vorliegenden Kartellverfahren auch ein objektiv messbarer und dazu noch entscheidender Beitrag zum Nachweis der festgestellten Preisabrede geleistet worden war.

545. Mangels eines nach dem Bestreiten des Vorliegens einer Wettbewerbsabrede verbleibenden relevanten Mehrwerts als Beitrag für den Verfahrenserfolg steht der Beschwerdeführerin kein Anspruch auf eine Sanktionsreduktion gemäss Art. 12 Abs. 2 SVKG zu.

546. Angesichts dieses Ergebnisses ist der Einwand der Beschwerdeführerin (vgl. E. 510), wonach ihnen aufgrund ihrer konkreten Kooperation eine höhere Reduktion als 20% des Sanktionsbetrags einzuräumen sei, nicht mehr von Belang.

547. Gleiches gilt für den Einwand der Beschwerdeführerin (vgl. E. 512), wonach eine Sanktionsreduktion auf Basis der Kooperation kein Schuldeingeständnis voraussetze und sie im vorinstanzlichen Verfahren ausdrücklich kein Schuldeingeständnis abgegeben hätten. Denn die Abgabe eines formalen Schuldeingeständnisses bildet keine Voraussetzung für die Feststellung des Tatbestands von Art. 12 Abs. 1 SVKG und die Gewährung einer allgemeinen Sanktionsreduktion gemäss Art. 12 Abs. 2 SVKG.

(c) Erweiterte Sanktionsreduktion gemäss Art. 12 Abs. 3 SVKG

548. Der Gesetzgeber hat keine näheren Erläuterungen zur Ausgestaltung der Bonusregelungen vorgenommen, sondern ausdrücklich auf eine hierzu ergehende Verord-

nung verwiesen (*Botschaft KG 2004*, 2039: «[...] eine Verordnung wird den Unternehmen aufzeigen, unter welchen Umständen sie von einer Bonusregelung profitieren werden.»). Auch die Wettbewerbspraxis war bislang sehr zurückhaltend mit der Behandlung von dogmatischen Detailspekten bei der Beurteilung einer erweiterten Sanktionsreduktion (Weko, 6.7.2009, Elektroinstallationsbetriebe Bern, div. Unternehmen, RPW 2009/3, 220, zit. *Elektro Bern*, Ziff. 168; Weko, 16.12.2011, Strassen- und Tiefbau Kt. Aargau, div. Unternehmen, RPW 2012/2, 270, zit. *Strassenbau AG*, Ziff. 1179; Weko, 14.12.2015, Flügel und Klaviere, div. Unternehmen, RPW 2016/3, 714, zit. *Flügel und Klaviere*, Ziff. 434 f.; Weko, 22.5.2017, Husqvarna Schweiz AG und Husqvarna AB, RPW 2017/2, 284, zit. *Husqvarna*, Ziff. 112; Weko, 30.10.2017, Verzinkung, diverse Unternehmen, RPW 2018/1, 78, zit. *Verzinkung*, Ziff. 26, 246; Weko, 29.1.2018, Gerätebenzin, Husqvarna Schweiz AG und Bucher AG, RPW 2018/2, 347, zit. *Gerätebenzin*, Ziff. 115; Weko, 26.3.2018, Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin-I, RPW 2019/2, 322, zit. *Engadin-I*, Ziff. 1074; Weko, 27.5.2019, Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin II, diverse Unternehmen, RPW 2020/4a, 1661, zit. *Engadin-II*, Ziff. 363; Weko, 1.7.2019, Bucher Landtechnik/Ersatzteilhandel Traktoren, Bucher Landtechnik AG, RPW 2019/4, 1155, zit. *Bucher Landtechnik*, Ziff. 119 f.). In der Literatur finden sich ebenfalls zumeist nur punktuelle und unterschiedliche Aussagen zu den verschiedenen Sachfragen (BABEY FABIO/CANAPA DAMIANO, Die Bonusregelung im Schweizer Kartellrecht, SJZ 2016, 513, zit. Bonusregelung, 515 ff.; KRAUSKOPF PATRICK L., in: Zäch u.a. [Hrsg.], KG Kommentar, 2018, zit. Dike-KG, Art. 49 Abs. 1-2 Rn. 98 f.; PICTH PETER GEORG, in: Oesch/Weber/Zäch, Wettbewerbsrecht II, 2. Aufl. 2021; zit. Wettbewerbsrecht II, Art. 12 Rn. 6 ff.; TAGMANN CHRISTOPH/ZIRLICK BEAT, in: Basler Kommentar Kartellgesetz, 2. Aufl. 2021, zit. BSK-KG, Art. 49a, Rn. 148 ff.; ULRICH ERIC N., BonusPlus im schweizerischen Kartellrecht, Jusletter vom 3.10.2022, zit. BonusPlus; WEBER ROLF H./VOLZ STEPHANIE, Fachhandbuch Wettbewerbsrecht, 2. Aufl. 2023, zit. FHB-WBR, Rn. 4.438 ff.). Daher ist die Anwendung der erweiterten Sanktionsreduktion bislang noch wenig geklärt und sie weist eine Vielzahl von offenen Fragen auf (KRAUSKOPF, Dike-KG, Art. 49 Abs. 1-2 Rn. 99).

549. Die Voraussetzungen und Bemessungskriterien für die Beurteilung und Berücksichtigung einer erweiterten Sanktionsreduktion sind demnach im Wesentlichen aus dem Regelungszweck der Vorschrift abzuleiten.

550. Mit der Verordnungsbestimmung des Art. 12 Abs. 3 SVKG wird die Haltung eines Selbstanzeigers honoriert, zumindest einen weiteren Bereich des wirtschaftlichen Handelns, der über denjenigen des jeweils eingeleiteten primären Untersuchungsverfahrens hinausgeht, dem kollusiven Verhalten zu entziehen und wieder dem wirksamen Wettbewerb zuzuführen. Damit entspricht die Regelung dem Ansinnen des Gesetzgebers, Kartelle zu destabilisieren und durch die Selbstanzeige eines Abredebetriebligen aufzudecken, um die Verfolgung von Kartellen, die angesichts der direkten Sanktionen vermehrt verdeckt operieren, zu erleichtern (*Botschaft KG 2004*, 2028, 2033). Denn nach allgemeinem Verständnis

bietet sie einen zusätzlichen Anreiz für die Unternehmen zur Verringerung ihrer Sanktionierung und damit eine zusätzliche Möglichkeit zur Aufdeckung von Wettbewerbsverstössen durch die Wettbewerbsbehörden.

551. Auch wenn eine entsprechende Regelung zwar nicht zwingend aus den entsprechenden Materialien des Gesetzgebers abzuleiten ist, wird sie dadurch jedenfalls auch nicht ausgeschlossen. Dies gilt insbesondere unter Berücksichtigung des Umstands, dass die schweizerischen Bonusregelungen nach Ansicht des Gesetzgebers ausdrücklich flexibler ausgestaltet sein sollten als gewisse ausländische Regelungen, welche einen Bonus nur dem ersten Anzeiger ausrichten (Botschaft KG 2004, 2039). Entgegen verschiedenen Ansichten in der Literatur (TAGMANN/ZIRLICK, BSK-KG, Art. 49a Rn. 153 m.w.N.; nach PICHT, Wettbewerbsrecht II, Art. 12 SVKG Rn. 8, soll von der erweiterten Sanktionsreduktion nur mit Zurückhaltung Gebrauch zu machen sein) ist die rechtsstaatliche Zulässigkeit einer solchen Regelung daher nicht zu verneinen.

552. Insbesondere ergibt sich nicht schon allein deshalb ein Verstoss gegen das Gleichbehandlungsgebot, weil einem Abredeteiligen, der mittels einer weiteren Wettbewerbsabrede auf den wirksamen Wettbewerb eingewirkt hat, eine höhere Sanktionsreduktion für die Mitwirkung an der primären Wettbewerbsabrede zukommt als einem Abredeteiligen, der sich ansonsten wettbewerbskonform verhalten hat. Denn jegliche staatliche Bonusregelung führt zu einer Ungleichbehandlung der Rechtsunterworfenen, die ausschliesslich mit dem Zweck einer Aufdeckung der jeweiligen rechtswidrigen Missstände begründet werden kann. Letztlich bildet die ungleiche Bevorzugung der Selbstanzeiger gerade die faktische Grundlage für die Inanspruchnahme von Bonusregelungen. Auch die Vorschriften über den Sanktionserlass gemäss Art. 8 SVKG und die allgemeine Sanktionsreduktion gemäss Art. 12 Abs. 2 SVKG führen offensichtlich zu einer Ungleichbehandlung von Abredeteiligen, ganz zu schweigen davon, dass die Bonusregelungen des Kartellrechts zu einer Bevorzugung von wettbewerbswidrig gegenüber in sonstiger Weise rechtswidrig handelnden Unternehmen führen. Denn diese Bevorzugung der Selbstanzeiger bezweckt gerade die Aufdeckung von Wettbewerbsverstössen. Da im Bereich des Kartellrechts aber jedem Abredeteiligen die Möglichkeit offen steht, einen vollständigen Erlass einer allfälligen Sanktion zu erlangen, indem er seine wettbewerbswidrige Mitwirkung an einer oder sogar mehreren Wettbewerbsabreden als erster gegenüber den Wettbewerbsbehörden offenbart, ist ein ausreichender Ausgleichsmechanismus zur Vermeidung von Ungleichbehandlungen aufgrund einer Anwendung der Bonusregelungen vorhanden. Das Hinauszögern oder Unterlassen einer Selbstanzeige hat jeder Abredeteilige selbst zu verantworten, weshalb er auch die sich hieraus ergebenden Folgen zu tragen hat. Auf eine Ungleichbehandlung bei der gesetzlich vorgesehenen Gewährung von Sanktionserleichterungen kann sich ein Abredeteiliger somit nicht berufen.

553. Im primären Untersuchungsverfahren ist eine Sanktionsreduktion gemäss Art. 12 Abs. 3 SVKG demnach ungeachtet dessen zuzusprechen, ob die wirksame Selbstanzeige auch in einem allfälligen sekundären Un-

tersuchungsverfahren zu einem Vorteil bei der Sanktionierung der sekundären Wettbewerbsabrede führt (WEBER/VOLZ, FHB-WBR, Rn. 4.440; David/Jacobs, Wettbewerbsrecht, Rn. 793).

554. Die Statuierung einer Regelung über die erweiterte Sanktionsreduktion durch den Gesetzgeber ist damit allerdings auch kein Freibrief für die Wettbewerbsinstanzen zur beliebigen Anerkennung von Selbstanzeigen und für die Gewährung von hohen Sanktionsreduktionen, die im Verhältnis zu anderen Unternehmen den Eindruck eines Verstosses gegen das Gleichbehandlungsgebot vermitteln. Vielmehr ist allfälligen rechtsstaatlichen Bedenken im Rahmen der Anwendungspraxis durch die Berücksichtigung der üblichen Rechtsgrundsätze, insbesondere der Verhältnismässigkeit, ausreichend Rechnung zu tragen. Dies gilt sowohl für die Anerkennung von Selbstanzeigen als auch für die Festlegung der Vor-aussetzungen und Bemessungskriterien der erweiterten Sanktionsreduktion als Grundlagen für die Gewährung eines Bonus im Einzelfall.

555. Dem Aspekt der Verfahrensvereinfachung kommt demgegenüber keine Bedeutung als Regelungszweck dieser Vorschrift zu. Denn mit der Vorlage von Informationen und Beweismitteln in Bezug auf die sekundäre Wettbewerbsabrede ist augenscheinlich kein Nachweis für das Bestehen der primären Wettbewerbsabrede verbunden, weshalb sich von vornherein keine Verfahrensvereinfachung im primären Untersuchungsverfahren einstellen kann. Inwieweit sich eine Verfahrensvereinfachung im sekundären Kartellverfahren wegen der sekundären Wettbewerbsabrede einstellt, lässt sich schon deshalb, weil ein solches von den Wettbewerbsbehörden gar nicht eingeleitet werden muss (vgl. E. 564), im Rahmen des primären Untersuchungsverfahrens nicht abschliessend feststellen, weshalb sie ebenfalls nicht von Belang ist.

556. Der Regelungszweck der Vorschrift in Gestalt einer Aufdeckung von sekundären Wettbewerbsabreden gibt die grundlegende Voraussetzung für die Inanspruchnahme einer erweiterten Sanktionsreduktion vor. Die Selbstanzeige im Rahmen des primären Untersuchungsverfahrens setzt eine Aufdeckungskoooperation voraus, d.h. sie muss zur Aufdeckung einer sekundären Wettbewerbsabrede führen. Die blosser Vermittlung von weiteren Informationen und Beweismitteln für eine sekundäre Wettbewerbsabrede ist hierfür nicht ausreichend. Eine entsprechende Nachweiskoooperation ist ausschliesslich im Rahmen des sekundären Untersuchungsverfahrens von Bedeutung. Demzufolge kann eine erweiterte Sanktionsreduktion gemäss Art. 12 Abs. 3 SVKG nur demjenigen Unternehmen zukommen, das die erste ordnungsgemässe Selbstanzeige zur sekundären Wettbewerbsabrede eingereicht hat. Mit dieser Anforderung werden auch die in der Literatur (BABEY/CANAPA, Bonusregelung, 516 m.w.N.; ULRICH, Bonusregelungen, Rn. 16) befürchteten Missbrauchsmöglichkeiten eingeschränkt.

557. Die sekundäre Wettbewerbsabrede muss unabhängig von der primären Wettbewerbsabrede sein (vgl. E. 550; Weko, RPW 2012/2, 270, *Strassenbau AG*, Ziff. 1179; Weko, RPW 2016/3, 714, *Flügel und Klaviere*, Ziff. 436), d.h. ihr muss ein eigenständiger Inhalt zu-

kommen. Daher darf ihr Inhalt kein zeitlicher oder sachlicher Bestandteil und keine Erweiterung des Inhalts der primären Wettbewerbsabrede darstellen. Dies gilt insbesondere auch für den Fall einer Gesamtabrede.

558. Eine weitere wesentliche Voraussetzung bildet die Vorlage von ausreichenden Beweismitteln für das Bestehen der sekundären Wettbewerbsabrede, wobei diese auch aus den blossen Informationen des Selbstanzeigers bestehen können, soweit keine sonstigen Beweismittel verfügbar sind. Denn gerade eine erweiterte Sanktionsreduktion gemäss Art. 12 Abs. 3 SVKG kann nicht nur auf blosser Behauptungen eines Selbstanzeigers gestützt werden. Daher müssen die vom Selbstanzeiger vermittelten Informationen aus sich selbst heraus das Bestehen der sekundären Wettbewerbsabrede in ausreichender Weise darlegen. Dabei muss zumindest das Stadium der Glaubhaftmachung erreicht werden (DAVID/JACOBS, Wettbewerbsrecht, Rn. 793; Weber/Volz, FHB-WBR, Rn. 4.438). Blosser Anhaltspunkte, dass eine Wettbewerbsabrede vorliegen könnte, sind hingegen prinzipiell nicht ausreichend (unklar insoweit Weko, RPW 2009/3, 220, *Elektro Bern*, Ziff. 168). Falls die mitgeteilten Anhaltspunkte zur Eröffnung des sekundären Untersuchungsverfahrens führen und dadurch das Vorliegen einer sekundären Wettbewerbsabrede vor Abschluss des primären Untersuchungsverfahrens bestätigt wird, kann dieses Ergebnis aber zu Gunsten eines Selbstanzeigers Berücksichtigung finden.

559. Die Anzeige der sekundären Wettbewerbsbeschränkung muss als unaufgeforderte Mitwirkung des Selbstanzeigers zu qualifizieren sein (Weko, RPW 2016/3, 714, *Flügel und Klaviere*, Ziff. 427, 435; Weko, RPW 2020/4a, 1661, *Engadin-II*, Ziff. 363). Die Wettbewerbsbehörde dürfen demnach noch keine Kenntnis von der sekundären Wettbewerbsabrede aufgrund sonstiger Informationen und Beweismittel erlangt haben.

560. Zum Zeitpunkt der Selbstanzeige muss der Selbstanzeiger die Teilnahme an der sekundären Wettbewerbsabrede grundsätzlich eingestellt haben. Da die Selbstanzeige im Rahmen einer erweiterten Sanktionsreduktion zur Aufdeckung der sekundären Wettbewerbsabrede führt, ist es hierfür ausreichend, wenn der Selbstanzeiger das wettbewerbswidrige Verhalten entsprechend Art. 8 Abs. 2 lit. d SVKG in Absprache und auf erste Anordnung der Wettbewerbsbehörden hin einstellt, um eine frühzeitige Warnung anderer Abredeteiligen der sekundären Wettbewerbsabrede zu vermeiden.

561. Soweit ein Unternehmen unzutreffende Anschuldigungen im Rahmen seiner Selbstanzeige gemäss Art. 12 Abs. 3 SVKG gegenüber Dritten erhebt, dürfte dies einen Erschwerungsgrund darstellen und gemäss Art. 5 Abs. 1 SVKG zu einer Erhöhung seiner Sanktion im primären Untersuchungsverfahren führen. Denn ein solches Verhalten ist seinem Gehalt nach als schwerwiegender einzustufen als eine blosser Behinderung des Untersuchungsverfahrens gemäss Art. 5 Abs. 1 lit. c SVKG. Einer Bezeichnung Dritter mit oder ohne eigene Beteiligung an dem kollusiven Verhalten werden dadurch enge Grenzen gesetzt. Entgegen Ansichten in der Literatur (TAGMANN/ZIRLICK, BSK-KG, Art. 49a

Rn. 152) bedarf es deswegen aber keines Verzichts auf die Anwendung der erweiterten Sanktionsreduktion.

562. Für die Verwirklichung einer erweiterten Sanktionsreduktion ist demgegenüber eine Erfüllung der übrigen Voraussetzungen der allgemeinen Sanktionsreduktion nicht erforderlich.

563. Der Selbstanzeiger muss zunächst nicht selbst an der angezeigten sekundären Wettbewerbsabrede beteiligt sein (Weko, RPW 2009/3, 220, *Elektro Bern*, Ziff. 168; ebenso BABEY/CANAPA, Bonusregelung, 520; KRAUSKOPF, Dike-KG, Art. 49a Abs. 1-2 Rn. 99; PICHT, Wettbewerbsrecht II, Art. 12 SVKG Rn. 7; TAGMANN/ZIRLICK, BSK-KG, Art. 49a Rn. 151; ULRICH, BonusPlus, Rn. 10; WEBER/VOLZ, FHB-WBR, Rn. 4.438). Denn der Regelungszweck der Vorschrift in Gestalt einer Aufdeckung von weiteren Wettbewerbsabreden wird unabhängig davon erfüllt, ob der Selbstanzeiger an der angezeigten Verhaltenskoordination tatsächlich mitgewirkt oder von dieser nur aufgrund von sonstigen Umständen Kenntnis erlangt hat. Insoweit sind die Begriffe «Selbstanzeiger» und «Selbstanzeige» im Rahmen der erweiterten Sanktionsreduktion inhaltlich unzutreffend. Sie werden aus Gründen der formalen Kohärenz mit den anderen Bonusregelungen aber dennoch beibehalten.

564. Entsprechend dem Wortlaut der Vorschrift bedarf es für die Gewährung eines Sanktionsbonus keiner Eröffnung eines sekundären Kartellverfahrens zur Untersuchung der sekundären Wettbewerbsabrede durch die Wettbewerbsbehörden (BABEY/CANAPA, Bonusregelung, 520; TAGMANN/ZIRLICK, BSK-KG, Art. 49a Rn. 152a; ULRICH, BonusPlus, Rn. 11; WEBER/VOLZ, FHB-WBR, Rn. 4.438). Dies ergibt sich neben dem Wortlaut der Vorschrift schon daraus, dass keine zwingende Verpflichtung der Wettbewerbsbehörden zur Eröffnung eines Untersuchungsverfahrens besteht. Einem Selbstanzeiger kann die Sanktionsreduktion aber nicht einfach dadurch verwehrt werden, dass die Wettbewerbsbehörden kein sekundäres Untersuchungsverfahren einleiten.

565. Im Gegensatz zu Art. 12 Abs. 2 SVKG wird die Anerkennung einer entsprechenden Sanktionsreduktion damit nicht von einem Verfahrenserfolg abhängig gemacht. Eine Anknüpfung an den Verfahrenserfolg für die Beurteilung einer entsprechenden Sanktionsreduktion wäre auch nicht sachgerecht. Denn zum einen sind die Wettbewerbsbehörden nicht zwingend zur Einleitung eines Untersuchungsverfahrens verpflichtet. Zum anderen kann die Sanktionsbemessung und damit das laufende primäre Untersuchungsverfahren nicht einfach aufgeschoben werden, bis ein allfälliges weiteres Untersuchungsverfahren zum Abschluss gebracht wird, um dann erst den Erfolg der sekundären Selbstanzeige abschliessend beurteilen zu können. Ansonsten könnten sich unabsehbare zeitliche Komplikationen ergeben. Dies gilt insbesondere dann, wenn mehrere Abredeteiligen unterschiedliche weitere Wettbewerbsabreden anzeigen.

566. Darüber hinaus führt die fehlende Anknüpfung an einen bestimmten Verfahrenserfolg im primären Untersuchungsverfahren unter Berücksichtigung des Regelungszwecks der Vorschrift auch dazu, dass dem Selbstanzeiger keine Sanktionsreduktion gemäss Art. 12 Abs. 2 SVKG zukommen muss, um eine Sanktionsre-

duktion gemäss Art. 12 Abs. 3 SVKG erlangen zu können. Daher kann einem Selbstanzeiger, dessen Sanktionsreduktion in Bezug auf die primäre Wettbewerbsabrede abzulehnen ist, aufgrund der Aufdeckung der sekundären Wettbewerbsabrede dennoch eine Sanktionsreduktion gemäss Art. 12 Abs. 3 SVKG zustehen. Dies gilt auch dann, wenn wie vorliegend im Beschwerdeverfahren kein erheblicher Mehrwert für eine Reduktion angesichts eines Bestreitens der Wettbewerbsabrede verbleibt. Denn auch trotz des Fehlens einer Verfahrensvereinfachung im primären Untersuchungsverfahren ergibt sich aufgrund der Aufdeckung der sekundären Wettbewerbsabrede ein vom Gesetzgeber erwünschter und deshalb zu honorierender Effekt.

567. Für den Entscheid über die Festlegung der konkreten Sanktionsreduktion im Einzelfall statuiert Art. 12 Abs. 3 SVKG keine Bemessungskriterien.

568. Dies bedeutet im Umkehrschluss allerdings nicht, dass eine erweiterte Sanktionsreduktion im völligen Belieben der Wettbewerbsinstanzen steht und keiner sachlichen Begründung bedarf. Vielmehr verlangt der Aspekt der Rechtssicherheit nach einer ausreichenden und nachvollziehbaren Begründung im Einzelfall anhand von massgeblichen Kriterien, um die Rechtmässigkeit der jeweiligen Entscheide zu gewährleisten.

569. Aus der bisherigen Wettbewerbspraxis lassen sich angesichts der geringen Anzahl an Entscheiden keine eindeutigen Kriterien ableiten (Weko, RPW 2017/2, 284, *Husqvarna*, Ziff. 112, sowie Weko, RPW 2018/2, 347, *Gerätebenzin*, Ziff. 115, mit der Gewährung einer erweiterten Sanktionsreduktion in Höhe von jeweils 30% ohne nähere Begründung; Weko, RPW 2019/2, 322, *Engadin-I*, Ziff. 1074, Gewährung von 30% ohne nähere Begründung, allerdings bilden mehrere weitere sekundäre Untersuchungsverfahren die Grundlage; Weko, RPW 2012/2, 270, *Strassenbau AG*, Ziff. 1179, mit einer Gewährung von 50% sowie dem Verweis, dass die neu gemeldeten Fälle hierbei bereits berücksichtigt worden seien; Weko, RPW 2019/4, 1155, *Bucher Landtechnik*, Ziff. 119 f., Gewährung von [50-60%], obschon die Anzeige einer sekundären Wettbewerbsabrede nicht berücksichtigt wird und die Mitwirkung «keinen entscheidenden Beitrag zum Verfahrenserfolg» gemäss Art. 12 Abs. 2 SVKG geleistet habe; Weko, RPW 2018/1, 78, *Verzinkung*, Ziff. 243, 65% unter Verweis auf eine mittlere Quantität und Qualität der Anzeige zur sekundären Wettbewerbsabrede).

570. Die notwendigen massgeblichen Kriterien für die Bestimmung der Sanktionsreduktion sind anhand des Regelungszwecks von Art. 12 Abs. 3 SVKG festzulegen. Dieser Zweck besteht darin, die Aufdeckung von weiteren Wettbewerbsabreden im Rahmen eines bereits laufenden Kartellverfahrens zu fördern. Infolgedessen sind allfällige sachliche Kriterien aus dem Verhältnis von primärer und sekundärer Wettbewerbsabrede abzuleiten.

571. Der sachliche Bezugspunkt besteht dabei im Verhältnis der jeweiligen Bedeutung von sekundärer und primärer Wettbewerbsabrede. Die Höhe der erweiterten Sanktionsreduktion hat sich danach auszurichten, ob die Anzeige im Verhältnis zur primären Wettbewerbsabrede eine völlig unbedeutende sekundäre Wettbewerbsabrede bis hin zu mehreren sehr bedeutungsvollen Wettbe-

werbsabreden umfasst. Denn ein Selbstanzeiger sollte den Sanktionsbetrag für seine Beteiligung an der primären Wettbewerbsabrede nicht dadurch substantiell verringern können, indem er eine geringfügige sekundäre Wettbewerbsabrede offenlegt. Umgekehrt sollte der Sanktionsbetrag zumindest dann substantiell verringert werden, wenn der Selbstanzeiger zusätzlich eine sekundäre Wettbewerbsabrede anzeigt, deren Bedeutung sehr gross ist und wesentlich über die Bedeutung der primären Wettbewerbsabrede hinausgeht. Mit diesem sachlichen Ansatz wird auch dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit bei der Ausgestaltung dieser Bonusregelung Rechnung getragen.

572. Die Bedeutung der jeweiligen Wettbewerbsabreden ist anhand der im Einzelfall massgeblichen Aspekte zu bestimmen. Hierzu zählen insbesondere die Anzahl der Abredeteiligen, das jeweilige Umsatzvolumen auf den betroffenen relevanten Märkten, die geographische Verbreitung der Verhaltenskooperation und das Ausmass der betroffenen Marktteilnehmer.

573. Für die Beurteilung der Bedeutung bedarf es dabei keiner genauen Abklärung, weil im Rahmen des primären Untersuchungsverfahrens keine detaillierten Abklärungen für die von der sekundären Wettbewerbsabrede betroffenen Märkte durchgeführt werden können. Für die Zwecke der erweiterten Sanktionsreduktion ist es ausreichend, wenn eine ungefähre Festlegung dieser Aspekte vorgenommen wird. Allerdings wird dadurch nicht ausgeschlossen, dass die Wettbewerbsinstanzen auf die detaillierten Informationen des sekundären Untersuchungsverfahrens zurückgreifen, soweit diese vor Abschluss des primären Untersuchungsverfahrens ermittelt werden.

574. Soweit mehrere sekundäre Wettbewerbsabreden angezeigt werden (Weko, RPW 2019/2, 322, *Engadin-I*, Ziff. 1074), ist eine kumulierte Beurteilung der Bedeutung dieser weiteren Wettbewerbsabreden gegenüber der primären Wettbewerbsabrede vorzunehmen.

575. Demgegenüber erlangt die Bedeutung der sekundären Wettbewerbsabrede für das sekundäre Untersuchungsverfahren entgegen Ansichten in der Literatur (BABEY/CANAPA, Bonusregelung, 516; TAGMANN/ZIRLICK, BSK-KG, Art. 49a Rn. 156b) keine Relevanz für die Sanktionsbemessung im primären Untersuchungsverfahren, weil in diesem entsprechende Feststellungen hierzu gar nicht vorgenommen werden können.

576. Art. 12 Abs. 3 SVKG sieht eine Verringerung des gemäss Art. 3 bis 7 SVKG ermittelten Sanktionsbetrags von bis zu 80% vor. Da die erweiterte Sanktionsreduktion sowohl alleine als auch in Ergänzung zur allgemeinen Sanktionsreduktion gemäss Art. 12 Abs. 2 SVKG von bis zu 50% in Anspruch genommen werden kann, bleibt festzulegen, ob der Reduktionskoeffizient für eine erweiterte Sanktionsreduktion aufgrund einer additiven Berechnungsmethode faktisch auf 30% beschränkt ist - weshalb eine Sanktionsverringering von 80% überhaupt nur dann erreicht werden kann, wenn neben der erweiterten Sanktionsreduktion in vollem Umfang auch eine allgemeine Sanktionsreduktion in vollem Umfang gewährt wird -, oder ob er im Sinne einer variablen Berechnungsmethode tatsächlich bis zu 80% betragen kann - weshalb eine Sanktionsverringering in vollem



Umfang entweder durch eine erweiterte Sanktionsreduktion für sich alleine oder auch in Ergänzung mit einer beliebigen allgemeinen Sanktionsreduktion gemäss Art. 12 Abs. 2 SVKG erreicht werden kann.

577. Die Wettbewerbspraxis wendet die Vorschrift im Sinne einer additiven Berechnungsmethode an (Weko, RPW 2012/2, 270, *Strassenbau AG*, Ziff. 1179; Weko, RPW 2016/3, 714, *Flügel und Klaviere*, Ziff. 433, 434; Weko, RPW 2017/2, 284, *Husqvarna*, Ziff. 112; Weko, RPW 2018/2, 347, *Gerätebenzin*, Ziff. 115; Weko, RPW 2019/2, 322, *Engadin-I*, Ziff. 1074), die auch in der Literatur teilweise vertreten wird (BABEY/CANAPA, Bonusregelung, 515; TAGMANN/ZIRLICK, BSK-KG, Art. 49a, Rn. 156b). Demgegenüber wird mitunter wohl auch die Möglichkeit einer variablen Berechnungsmethode propagiert (PICHT, Wettbewerbsrecht III, Art. 12 SVKG Rn. 6; WEBER/VOLZ, FHB-WBR, Rn. 4.438).

578. Die Vielzahl der Sachverhaltskonstellationen, bei denen eine erweiterte Sanktionsreduktion zur Anwendung kommen kann, verlangt unter Berücksichtigung des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit nach einer variablen Anwendung der Vorschrift. Dies entspricht auch einer grammatikalischen Auslegung der Bestimmung, weil der Wortlaut gerade nicht auf einen maximalen Reduktionskoeffizienten von 30% für die erweiterte Sanktionsreduktion abstellt, wovon bei einer entsprechenden Regelungsintention des Gesetzgebers auszugehen wäre.

579. Ungeachtet dessen stellt dieser maximale Reduktionskoeffizient eine Obergrenze für eine Sanktionsverringerung in Zusammenhang mit einer erweiterten Sanktionsreduktion dar. Denn zum einen könnte bei Anwendung von Art. 12 Abs. 2 und 3 SVKG eine Gesamtreduktion von 130% von vornherein offenkundig gar keine Anwendung finden. Zum anderen ist es aus systematischen Gründen angezeigt, den sachlichen Unterschied zwischen einem Sanktionsbonus gemäss Art. 8 SVKG und einem solchen gemäss Art. 12 Abs. 3 SVKG auch bei einer Aufdeckung von sekundären Wettbewerbsabreden nicht vollständig aufzuheben, weil diese Aufdeckung ohnehin zu einem Sanktionsbonus im sekundären Untersuchungsverfahren führt.

580. Unter Berücksichtigung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes dürften sich gewisse grundlegende Prämissen für die Anwendung der erweiterten Sanktionsreduktion formulieren lassen. Bei Anzeige einer einzigen sekundären Wettbewerbsabrede mit einer geringen Bedeutung gegenüber der primären Wettbewerbsabrede wird nur eine Sanktionsreduktion bis zu 10% erteilt werden können. Demgegenüber wird es für die Zuweisung einer Sanktionsreduktion von 80% wohl einer Aufdeckung von mehreren bedeutungsvollen Wettbewerbsabreden bedürfen. Soweit eine allgemeine und eine erweiterte Sanktionsreduktion zusammentreffen, ist davon auszugehen, dass für die Erlangung einer Sanktionsreduktion von 80% mindestens eine bedeutungsvolle sekundäre Wettbewerbsabrede aufgedeckt werden muss und der Verfahrenserfolg eine Reduktion gemäss Art. 12 Abs. 2 SVKG von mehr als 40% rechtfertigt. Von diesen Prämissen ausgehend, dürfte sich in anderen Fällen eine Reduktion im Rahmen dieser Bandbreite ergeben.

581. Vorliegend hat die Beschwerdeführerin die gemäss Art. 13 Abs. 1 SVKG notwendigen Informationen zu der angezeigten sekundären Wettbewerbsabrede einschliesslich der Modalitäten der Verhaltenskoordination den Wettbewerbsbehörden vermittelt (vgl. E. 514). Dies wurde von der Vorinstanz nicht bestritten. Die Wettbewerbsbehörden haben auch keine Nachfragen gestellt, um allfällig nicht ausreichende Informationen oder Beweismittel ergänzen zu können. Die Vorinstanz macht auch nicht geltend, dass sie eine weitere notwendige Mitwirkung zur Abklärung der vorgelegten Hinweise verweigert habe.

582. Angesichts dessen ist nicht ersichtlich, warum diese Informationen keine ausreichenden Anhaltspunkte für die Eröffnung eines sekundären Untersuchungsverfahrens und den Nachweis einer sekundären Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 Abs. 3 oder 4 KG hätten darstellen sollen. Die blosser Behauptung der Vorinstanz, die Angaben der Beschwerdeführerin hätten nicht für die Einleitung eines Untersuchungsverfahrens ausgereicht, vermag eine entsprechende Einschätzung jedenfalls nicht zu entkräften.

583. Bei einer Abrede über Beschläge von Küchen handelt es sich auch um eine von der Abrede über Fensterbeschläge unabhängige Verhaltenskollusion. Die Vorinstanz macht auch weder geltend, dass sie bereits Kenntnis von dieser Wettbewerbsabrede hatte, noch dass die Beschwerdeführerin ihre Beteiligung an der Abrede nicht bereits eingestellt hatte oder auf erste Aufforderung hin nicht eingestellt hätte.

584. Die Voraussetzungen einer Sanktionsreduktion gemäss Art. 12 Abs. 3 SVKG sind daher gegeben.

585. Die Parteien haben keine spezifischen Angaben zur Bedeutung der sekundären Wettbewerbsabrede und deren Verhältnis zur primären Wettbewerbsabrede gemacht. Es ist zwar grundsätzlich davon auszugehen, dass die sekundäre Wettbewerbsabrede eines Unternehmens mit seinen fünf Zulieferern von Küchenbeschlägen für den Geschäftsbereich «Küchen» eine geringere Bedeutung zukommt als der primären Wettbewerbsabrede zwischen dem Grossteil der Beschlaghersteller und Händlern für den Geschäftsbereich «Fenster». Mangels einer entsprechenden genauen Abschätzung der Marktverhältnisse, die sich in Anbetracht der bisherigen Verfahrensdauer nachträglich auch nicht mehr sachdienlich vornehmen lässt, kann aber nicht davon ausgegangen werden, dass der sekundären Wettbewerbsabrede lediglich eine völlig geringfügige Bedeutung zukommt.

586. Angesichts dieser Ausgangslage ist die Sanktionsreduktion zu Gunsten der Koch-Gruppe mit einem Reduktionskoeffizienten von 20% festzulegen.

#### **j) Übersicht Sanktionsbemessung**

587. Aufgrund der vorstehend dargelegten Gründe ergibt sich folgende Sanktionsbemessung:

	Sanktionskomponente	Art.	Koeffizient	CHF
1.	Basisumsatz	2		[xx'xxx'xxx]
2.	Basisbetrag	3	7%	[x'xxx'xxx]
3.	Dauerbetrag	4	0%	0
	Zwischenbetrag I:			[x'xxx'xxx]
4.	Erschwerungsbetrag	5	0%	0
5.	Milderungsbetrag	6	0%	0
	Zwischenbetrag II:			[x'xxx'xxx]
6.	Maximalumsatz		[xxx'xxx'xxx]	
7.	Maximalbetrag	7	10%	> Zwischenbetrag II
8.	Sanktionsbonus	12 II	0%	0
		12 III	20%	[xxx'xxx]
9.	Sanktionsbetrag			2'957'817

588. Die in der angefochtenen Verfügung festgelegte Sanktion für das wettbewerbswidrige Verhalten der Beschwerdeführerin ist aufgrund der Prüfung der einzelnen Voraussetzungen für eine Sanktion durch das Bundesverwaltungsgericht durch die Verweigerung einer Sanktionsreduktion gemäss Art. 12 Abs. II SVKG und die Anerkennung einer Sanktionsreduktion gemäss Art. 12 Abs. III SVKG anzupassen, wobei ein Sanktionsbetrag festzulegen ist, der im Ergebnis dem Sanktionsbetrag in der angefochtenen Verfügung entspricht. Die Beschwerde der Beschwerdeführerin führt demzufolge nicht zu einer Verringerung der Sanktion, die in der angefochtenen Verfügung gegen sie festgesetzt worden war.

#### **k) Sanktionsherabsetzung wegen Dauer des Verfahrens**

589. Im Hinblick auf die Dauer des vorliegenden Verfahrens ist festzuhalten, dass diese nicht als unangemessen lang zu qualifizieren ist, weil aufgrund einer notwendigen Sicherstellung der Kohärenz in Rechtsfragen mit weiteren Urteilen des Bundesverwaltungsgerichts eine sachliche Abstimmung erforderlich war (vgl. ausführlich BVGer, B-5918/2017, Baubeschläge-Siegenia-II, E. 351 ff.). Daher liegt kein Verstoß gegen das Beschleunigungsgebot vor.

### **VIII. Verjährung**

#### **(1) Beschwerdeführerin**

590. Die Beschwerdeführerin erhebt den Einwand, dass angesichts der über 10-jährigen Verfahrensdauer die Verjährung eingetreten und das Verfahren daher vorbehaltlos einzustellen sei.

591. Hierbei sei zu berücksichtigen, dass das Urteil des Bundesgerichts das bisherige Urteil des Bundesverwaltungsgerichts aufgehoben und somit keine gerichtliche Instanz im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ein Urteil in der Sache gefällt habe.

#### **(2) Vorinstanz**

592. Die Vorinstanz hat zum Vorbringen der Beschwerdeführerin nicht mehr detailliert Stellung genommen. Sie geht - wie in anderen Verfahren auch - von der grundsätzlichen Unverjährbarkeit von Wettbewerbsbeschränkungen aus und verweist darauf, dass die Untersu-

chungseröffnung rechtzeitig im Sinne von Art. 49a Abs. 3 lit. b KG erfolgt sei.

#### **(3) Würdigung durch das Gericht**

593. Aufgrund des Untersuchungsgrundsatzes ist die Verjährung einer Verfolgung von wettbewerbswidrigen Verhaltensweisen eines Unternehmens gemäss Art. 49a KG nicht nur auf Antrag, sondern von Amtes wegen zu berücksichtigen.

594. Das Bundesverwaltungsgericht hat sich im Rahmen eines jüngeren Urteils auf der Grundlage der Rechtsprechung des Bundesgerichts zur Bestimmung von Verjährungsregelungen im öffentlichen Recht ausführlich mit der Frage der Verjährung von Wettbewerbsverstößen auseinandergesetzt (BVGer, B-831/2011, DCC, E. 1667 ff.). Danach gilt sowohl für qualifizierte Wettbewerbsverstöße gemäss Art. 5 Abs. 3 und 4 KG und für Marktmachtmissbräuche gemäss Art. 7 KG als auch für einfache Wettbewerbsverstöße gemäss Art. 5 Abs. 1 KG eine Untersuchungsverjährung von zehn Jahren als allgemeine kartellrechtliche Verjährungsregelung (BVGer, B-831/2011, DCC, E. 1722). Der Beginn dieser Untersuchungsverjährung fällt auf den Zeitpunkt der Beendigung einer Ausübung des jeweiligen wettbewerbswidrigen Verhaltens durch das Unternehmen. Die Untersuchungsverjährung tritt nach Ablauf einer Dauer von zehn Jahren seit ihrem Beginn ein. Sie wird jedoch zu dem Zeitpunkt unterbrochen, in dem die Wettbewerbsbehörden eine Untersuchung gemäss Art. 27 KG einleiten. Soweit es sich bei dem wettbewerbswidrigen Verhalten um einen abgeschlossenen qualifizierten Wettbewerbsverstoß handelt, dessen Ausübung im Zeitpunkt der Einleitung einer Untersuchung bereits seit mehr als fünf Jahren eingestellt worden war, entfällt im Rahmen von dessen Verfolgung allerdings gemäss Art. 49a Abs. 3 lit. b KG eine Sanktionierung mit einem Geldbetrag (BVGer, B-831/2011, ADSL II, E. 1722). Demgegenüber beginnt eine Vollzugsverjährung erst mit Eintritt der Rechtskraft eines Entscheids der Wettbewerbskommission oder der Rechtsmittelgerichte zu laufen (BVGer, B-831/2011, ADSL II, E. 1728).

595. Bereits vorgängig hatte das Bundesverwaltungsgericht die Anwendung von strafrechtlichen und verwaltungsstrafrechtlichen Vorschriften sowie des Art. 49a Abs. 3 lit. b KG als allgemeine kartellverwaltungsrechtliche Verjährungsregelung abgelehnt (BVGer, B-771/2012, Cellere, E. 9.2.1 ff.).

596. Die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zum Verjährungseintritt wurde zwischenzeitlich vom Bundesgericht im Ergebnis bestätigt (BGer, 2. November 2022, 2C\_596/2019, A. AG und B. AG gg. Weko, zit. DCC, E. 6.3).

597. Vorliegend kann offenbleiben, ob das Bundesgericht dabei mit dem blossen Verweis auf Art. 49a Abs. 3 KG eine andere dogmatische Grundlage für dieses Ergebnis herangezogen hat oder nicht. Denn in jedem Fall führt die Eröffnung eines Untersuchungsverfahrens durch die Wettbewerbsbehörden vor Ablauf eines Zeitraums von fünf Jahren nach Beendigung des in Frage stehenden Verhaltens dazu, dass keine Verjährung hinsichtlich dieses Verhaltens eintritt, sondern die Sanktionierbarkeit erhalten bleibt.

598. Die Beschwerdeführerin hat das wettbewerbswidrige Verhalten frühestens nach Eröffnung des Untersuchungsverfahrens durch die Wettbewerbskommission und der Durchführung einer Hausdurchsuchung im Juli 2007 eingestellt (SV G.n). Eine Verjährung war daher zu diesem Zeitpunkt demzufolge noch nicht eingetreten.

### **IX. Vorinstanzliche Verfahrenskosten**

599. Die angefochtene Verfügung hat den Untersuchungsadressaten die Verfahrenskosten des Kartellverwaltungsverfahrens auferlegt.

#### *(1) Vorbringen der Beschwerdeführerin*

600. Die Beschwerdeführerin macht aus verschiedenen Gründen einen Entschädigungsanspruch auf Ersatz des im vorinstanzlichen Verfahren erlittenen Schadens geltend.

601. Auf Untersuchungen über Preisabsprachen i.S.v. Art. 5 Abs. 3 und 4 KG seien nach schweizerischer Rechtsauffassung die strafprozessualen Regeln und Garantien anwendbar. Daraus folge auch die Anwendbarkeit der strafprozessualen Entschädigungsregelungen. Danach hätten ein Angeschuldigter bei Verfahrenseinstellung und ein Freigesprochener grundsätzlich Anspruch auf Ersatz des während des gesamten Verfahrens erlittenen Schadens. Dies würde sich auch direkt aus der Bundesverfassung und der EMRK ergeben. Der Entschädigungsanspruch gelte unbestrittenermassen in Fällen, in denen sich der zu ersetzende Schaden aus unrechtmässigen strafprozessualen Handlungen ergeben würde.

602. Vorliegend sei die Beschwerdeführerin in ein langes und aufwändiges verwaltungsstrafrechtliches Verfahren verwickelt worden. Das Unternehmen hätte sich gegen eine drohende Verurteilung und eine hohe Sanktion mit Strafcharakter zur Wehr setzen müssen. Dabei sei der Beschwerdeführerin ein faires Verfahren verwehrt worden, weil die Wettbewerbskommission keine richterliche Instanz, sondern zusammen mit dem Sekretariat zugleich Untersuchungs- und Entscheidungsbehörde sei.

603. Daher seien sämtliche Verfahrenshandlungen und das Untersuchungsverfahren insgesamt als unrechtmässige strafprozessuale Handlungen anzusehen, welche einen Anspruch der Beschwerdeführerin auf Parteientschädigung begründen würden. Dies gelte auch dann, wenn das Untersuchungsverfahren nicht als unrechtmässig zu qualifizieren sei. Dies gelte auch ungeachtet dessen, dass nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung kein Anspruch auf Zusprechung von Parteientschädigungen für das vorinstanzliche Verfahren aufgrund der Vorschrift von Art. 64 Abs. 1 VwVG bestehe.

#### *(2) Vorbringen der Vorinstanz*

604. Die Vorinstanz hält den von der Beschwerdeführerin geltend gemachten Entschädigungsanspruch für nicht gerechtfertigt.

#### *(3) Würdigung durch das Gericht*

605. Da die angefochtene Verfügung im Hinblick auf die Verwirklichung eines wettbewerbswidrigen Verhaltens durch die Beschwerdeführerin vollumfänglich zu bestäti-

gen ist, stellt sich die Frage eines Ersatzanspruchs von vornherein nicht. Daher bedarf es keiner weiteren Erläuterungen dazu, dass strafrechtliche und strafprozessuale Erstattungsansprüche im Rahmen eines Kartellverwaltungsverfahrens nicht zur Anwendung gelangen (vgl. E. 421).

### **X. Gesamtbeurteilung der Beschwerde**

606. Das Beschwerdeverfahren hat im Lichte der neueren bundesgerichtlichen Rechtsprechung bestätigt, dass die Koch-Gruppe sich an einer unzulässigen Preisabrede gemäss Art. 5 Abs. 1 KG beteiligt hat und daher eine Sanktion gemäss Art. 49a Abs. 1 KG zu verhängen ist. Die Beschwerdeführerin unterliegt demzufolge mit ihrer Beschwerde gegen die entsprechenden Feststellungen in der angefochtenen Verfügung.

607. Die vom Bundesverwaltungsgericht vorgenommene Beurteilung der einzelnen Aspekte der Sanktionsbemessung führen im Ergebnis nicht zu einer Änderung der Sanktionierung gegenüber der angefochtenen Verfügung.

608. Bei einer Gesamtbeurteilung ist die Beschwerde daher vollumfänglich abzuweisen.

### **XI. Verfahrenskosten und Parteientschädigung**

609. Die Auferlegung der Verfahrenskosten - die sich aus Gerichtsgebühr und Auslagen zusammensetzen - sowie die Zusprechung einer Parteientschädigung richten sich nach den allgemeinen Bestimmungen von Art. 63 und 64 VwVG sowie den Bestimmungen des Reglements des Bundesverwaltungsgerichts vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht (VGKE, SR 173.320.2).

610. Gemäss Art. 2 Abs. 1 VGKE bemisst sich die Gerichtsgebühr nach Umfang und Schwere der Streitigkeit, der Art der Prozessführung und der finanziellen Lage der Parteien, wobei Art. 3 und 4 VGKE Rahmengebühren für bestimmte Angelegenheiten vorgeben. Unter Berücksichtigung dieser Umstände sind die Verfahrenskosten vorliegend auf 35'000.- CHF festzusetzen.

611. Gemäss Art. 63 Abs. 1 VwVG hat das Bundesverwaltungsgericht die Verfahrenskosten entsprechend dem Unterliegerprinzip der unterliegenden Partei aufzuerlegen. Gemäss Art. 63 Abs. 2 VwVG und Art. 7 Abs. 3 VGKE werden Vorinstanzen oder Beschwerde führenden und unterliegenden Bundesbehörden keine Verfahrenskosten auferlegt.

612. Entsprechend dem Ausgang des Verfahrens hat die Beschwerdeführerin als unterliegende Partei die Verfahrenskosten zu tragen.

613. Gemäss Art. 64 Abs. 1 VwVG ist einer ganz oder teilweise obsiegenden Partei von Amtes wegen oder auf Begehren hin eine Entschädigung für die ihr erwachsenen notwendigen und verhältnismässig hohen Kosten zuzusprechen (BVGE 2010/14 E. 8.2.1). Ausgenommen hiervon sind Bundesbehörden, denen gemäss Art. 7 Abs. 3 VGKE kein Anspruch auf eine Parteientschädigung zusteht. Gemäss Art. 64 Abs. 2 VwVG ist eine Parteientschädigung nur insoweit einer Körperschaft oder autonomen Anstalt, in deren Namen die Vorinstanz

verfügt hat, aufzuerlegen, als sie nicht einer unterliegenden Gegenpartei auferlegt werden kann. Gemäss Art. 64 Abs. 3 VwVG ist die Parteientschädigung einer unterliegenden Gegenpartei je nach ihrer Leistungsfähigkeit aufzuerlegen, wenn sie sich mit selbständigen Begehren am Verfahren beteiligt hat (MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, Prozessieren, Rn. 4.68).

614. Als vollständig unterliegende Partei steht der Beschwerdeführerin keine Parteientschädigung zu.

**Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:**

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Der Beschwerdeführerin werden die Verfahrenskosten in Höhe von 35'000.- CHF auferlegt. Hierauf wird der geleistete Kostenvorschuss in Höhe von 24'000.- CHF

angerechnet. Der Restbetrag von 11'000.- CHF ist nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zu Gunsten der Gerichtskasse zu überweisen. Die Zahlungsfrist beträgt 30 Tage ab Rechnungsdatum. Die Zustellung des Einzahlungsscheins erfolgt mit separater Post.

3. Eine Parteientschädigung wird nicht ausgerichtet.

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerin (per Gerichtsurkunde);
- die Vorinstanz (Ref-Nr. 32-0221; per Gerichtsurkunde).

[Rechtsmittelbelehrung]

## D Entwicklungen Développements Sviluppi

### D 1 Erlasse, Bekanntmachungen Actes législatifs, communications Atti legislativi, comunicazioni

D 1	<b>1. Erläuterungen der Wettbewerbskommission zur Verordnung über die wettbewerbsrechtliche Behandlung von vertikalen Abreden im Kraftfahrzeugsektor</b>
-----	--

*Erläuterungen der Wettbewerbskommission zur Verordnung über die wettbewerbsrechtliche Behandlung von vertikalen Abreden im Kraftfahrzeugsektor (Erläuterungen zur KFZ-Verordnung, Erläuterungen KFZV) vom 4. Dezember 2023*

#### Zweck der Erläuterungen

1. Vorliegende Erläuterungen dienen als Auslegehilfe für die Regeln der KFZ Verordnung<sup>1</sup>.

2. Die Erläuterungen orientieren sich an den KFZ-Leitlinien der EU<sup>2,3</sup>. Vor diesem Hintergrund und im Sinne der Rechtssicherheit wird der Wortlaut der KFZ-Leitlinien der EU in den vorliegenden Erläuterungen möglichst übernommen, soweit darauf Bezug genommen wird.

#### Erläuterungen zu einzelnen Bestimmungen

##### Art. 4 f. KFZV

3. Für die Zwecke der KFZ-Verordnung umfasst der Begriff «Endverbraucher» auch Verbraucher, die ihren Kauf über einen Vermittler tätigen. Vermittler sind Personen oder Unternehmen, die ein neues Kraftfahrzeug für einen bestimmten Verbraucher erwerben, ohne Mitglied des Vertriebsnetzes zu sein. Der Vermittlerstatus sollte generell durch einen vor Durchführung des Rechtsgeschäfts erteilten gültigen Auftrag mit Namen und Adresse des Verbrauchers nachgewiesen werden. Die Nutzung des Internets, um Kunden für eine bestimmte Palette von Kraftfahrzeugen zu gewinnen und elektronisch erteilte Aufträge von diesen Kunden zu erhalten, berührt nicht den Vermittlerstatus. Vermittler unterscheiden sich von unabhängigen Wiederverkäufern, die ihrerseits Kraftfahrzeuge zum Weiterverkauf erwerben und nicht für einen bestimmten Verbraucher tätig werden. Unabhängige Wiederverkäufer sind für die Zwecke der KFZ-Verordnung nicht als Endverbraucher zu betrachten.<sup>4</sup>

4. Der Begriff «Endverbraucher» umfasst auch Leasingunternehmen.<sup>5</sup>

##### Art. 4 Bst. a KFZV

5. Prämienregelungen, andere Regelungen finanzieller Art oder sonstige Anreize betreffend die Produktlieferung, die vom Wohn- oder Niederlassungsort des Käu-

fers oder dem Ort, an dem das Fahrzeug zugelassen werden soll, abhängig gemacht werden, werden als qualitativ schwerwiegende Beeinträchtigungen des Wettbewerbs betrachtet, vorbehaltlich einer Behandlung als absolute Gebietsschutzabreden nach Artikel 5 Absatz 4 KG<sup>6</sup>. Eine absolute Gebietsschutzabrede kann auch auf indirekte Weise umgesetzt werden.<sup>7</sup> Unternehmen, die an einer unzulässigen vertikalen Wettbewerbsabrede nach Artikel 5 Absatz 4 KG beteiligt sind, werden nach Artikel 49a Absatz 1 KG sanktioniert.<sup>8</sup>

6. Macht ein Kraftfahrzeuganbieter die Verkaufszielsetzungen für die zugelassenen Händler von der Anzahl neuer Kraftfahrzeuge abhängig, welche beim offiziellen Importeur erworben wurden, wird dies als qualitativ schwerwiegende Beeinträchtigung des Wettbewerbs betrachtet, vorbehaltlich einer Behandlung nach Artikel 5 Absatz 4 KG (Rz 5). Hingegen liegt keine qualitativ schwerwiegende Beeinträchtigung des Wettbewerbs vor, wenn ein Kraftfahrzeuganbieter den zugelassenen Händlern sogenannte Mengenrabatte einräumt, d. h. Rabatte im Verhältnis zur absoluten Menge der beim Kraftfahrzeuganbieter getätigten Bezüge.

##### Art. 4 Bst. b KFZV

7. Abreden zwischen Kraftfahrzeuganbietern und zugelassenen Werkstätten, gemäss welchen Herstellergarantien nicht unter denselben Bedingungen im Europäischen Wirtschaftsraum (EWR) und in der Schweiz Gültigkeit haben, werden als qualitativ schwerwiegende

<sup>1</sup> Verordnung vom 29.11.2023 über die wettbewerbsrechtliche Behandlung von vertikalen Abreden im Kraftfahrzeugsektor (KFZ-Verordnung, KFZV; SR 251.6).

<sup>2</sup> Bekanntmachung der Kommission — Ergänzende Leitlinien für vertikale Beschränkungen in Vereinbarungen über den Verkauf und die Instandsetzung von Kraftfahrzeugen und den Vertrieb von Kraftfahrzeugersatzteilen, ABl. C 138 vom 28.5.2010, geändert gemäss ABl. C 133I vom 17.4.2023 (KFZ-Leitlinien der EU), S. 16.

<sup>3</sup> Vgl. BGE 143 II 297, 326 ff. E. 6.2.3, *Gaba*.

<sup>4</sup> Vgl. Ziff. 52 KFZ-Leitlinien der EU.

<sup>5</sup> Vgl. Ziff. 51 KFZ-Leitlinien der EU.

<sup>6</sup> Bundesgesetz vom 6.10.1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251).

<sup>7</sup> Vgl. Rz 12 Erläuterungen der Wettbewerbskommission vom 12.12.2022 zur Bekanntmachung über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden (VertBek-Erläuterungen).

<sup>8</sup> Vgl. Rz 3 VertBek-Erläuterungen.

Beeinträchtigungen des Wettbewerbs betrachtet, vorbehaltlich einer Behandlung nach Artikel 5 Absatz 4 KG (Rz 5). Davon zu unterscheiden sind die gesetzliche Gewährleistung und die vom Importeur oder Händler vertraglich zugesicherten Garantien, die gegenüber diesen geltend zu machen sind.

8. Werden zugelassene Werkstätten abhängig vom Ort des Kaufs eines Kraftfahrzeugs im EWR oder in der Schweiz darin beschränkt, der Herstellergarantie, der kostenlosen Instandsetzung und Wartung oder sämtlichen Arbeiten im Rahmen von Rückrufaktionen nachzukommen, kann dies als qualitativ schwerwiegende Beeinträchtigung des Wettbewerbs betrachtet werden, vorbehaltlich einer Behandlung nach Artikel 5 Absatz 4 KG (Rz 5). Beschränkt der Kraftfahrzeuganbieter die Herstellergarantie im Rahmen eines selektiven Vertriebssystems<sup>9</sup> auf Fahrzeuge, die Endverbraucher bei zugelassenen Händlern gekauft haben, wird dies nicht als qualitativ schwerwiegende Beeinträchtigung des Wettbewerbs betrachtet.

#### Art. 4 Bst. b und c KFZV

9. Die Frage, welche Ansprüche sich aus der gesetzlichen Gewährleistung und (erweiterten) Herstellergarantie<sup>10</sup> ergeben, ist grundsätzlich von einem Zivilgericht zu beurteilen. Die Wettbewerbsbehörden prüfen, ob die gesetzliche Gewährleistung oder (erweiterte) Herstellergarantie dazu genutzt werden, Parallel- und Direktimporte zu behindern (z. B. durch die Verweigerung von Leistungen aus der Herstellergarantie).

#### Art. 4 Bst. c KFZV

10. Werden die gesetzliche Gewährleistung oder die (erweiterte) Herstellergarantie beschränkt oder ausgeschlossen, wenn der Endverbraucher nicht unter die Garantie fallende Instandsetzungs- und Wartungsdienste (einschliesslich Reparaturen aufgrund eines Unfalles) nicht innerhalb des Netzes zugelassener Werkstätten ausführen lässt oder wenn bei nicht unter die Garantie fallenden Austauschmassnahmen nicht Ersatzteile mit Markenzeichen des Kraftfahrzeuganbieters verwendet werden, wird dies als qualitativ schwerwiegende Beeinträchtigung des Wettbewerbs betrachtet, es sei denn, die entsprechenden Arbeiten seien fehlerhaft durchgeführt worden.

#### Art. 5 Bst. a–c KFZV

11. Werden die Tätigkeiten des Vertriebs von neuen Kraftfahrzeugen, der Erbringung von Instandsetzungs- und Wartungsdienstleistungen oder des Vertriebs von Ersatzteilen miteinander verknüpft, wird dies als qualitativ schwerwiegende Beeinträchtigung des Wettbewerbs betrachtet. Zugelassene Händler bzw. zugelassene Werkstätten können ihre Tätigkeit demzufolge ausschliesslich auf einen dieser Bereiche beschränken.

#### Art. 5 Bst. f KFZV

12. Verboten ein Kraftfahrzeuganbieter den Mitgliedern seines selektiven Vertriebssystems, Ersatzteile, die nur über ihn oder die Mitglieder seines selektiven Vertriebssystems bezogen werden können (captive parts), an unabhängige Werkstätten zu verkaufen, welche diese Teile für die Instandsetzung oder Wartung eines Kraftfahrzeugs verwenden, wird dies als qualitativ schwer-

wiegende Beeinträchtigung des Wettbewerbs betrachtet. Das gilt auch dann, wenn unabhängige Werkstätten Ersatzteile, die sie für die Instandsetzung oder Wartung eines Kraftfahrzeugs verwenden, über einen bevollmächtigten Vermittler erwerben.<sup>11</sup>

#### Art. 6 KFZV

13. Der Begriff «*technische Information*» ist anhand des technologischen Fortschritts auszulegen. Derzeit umfasst der Begriff unter anderem Software, Fehlercodes und sonstige Parameter einschliesslich entsprechender Updates, die erforderlich sind, um in elektronischen Steuergeräten, modernen Fahrerassistenzsystemen und Batteriemanagementsystemen von Elektrofahrzeugen vom Anbieter empfohlene Einstellungen vorzunehmen oder wiederherzustellen, Kraftfahrzeug-Identifizierungsnummern und andere Kraftfahrzeug-Identifizierungsmethoden, Teilekataloge, Instandsetzungs- und Wartungsverfahren, Arbeitslösungen, die sich aus praktischen Erfahrungen ergeben und sich auf typische Probleme bei einem bestimmten Modell oder einer bestimmten Serie beziehen, sowie Rückrufanzeigen und sonstige Mitteilungen über Reparaturarbeiten, die innerhalb des Netzes zugelassener Werkstätten kostenlos durchgeführt werden können. Bei der Ersatzteilnummer und anderen Informationen, die erforderlich sind, um das korrekte Ersatzteil mit Markenzeichen des Kraftfahrzeugherstellers für ein bestimmtes Kraftfahrzeug zu ermitteln (d. h. das Teil, das der Kraftfahrzeughersteller in der Regel den Mitgliedern seines Netzes zugelassener Werkstätten für die Instandsetzung des betreffenden Fahrzeugs liefern würde), handelt es sich ebenfalls um technische Informationen, ebenso wie bei den für die Installation bestimmter Ersatzteile benötigten Aktivierungscodes.<sup>12</sup>

14. Auch die Art und Weise, in der technische Informationen bereitgestellt werden, ist für die Beurteilung gemäss Artikel 6 KFZ-Verordnung von Bedeutung. Wird der Zugang auf Anfrage nicht ohne ungebührliche Verzögerung gewährt, sind die Angaben nicht verwendungsfähig oder schreckt der Preis dadurch vom Zugang ab, dass das Ausmass der Nutzung der Informationen durch den unabhängigen Marktteilnehmer unberücksichtigt bleibt, kann dies als qualitativ schwerwiegende Beeinträchtigung des Wettbewerbs betrachtet werden.<sup>13</sup>

15. Wenn ein Kraftfahrzeuganbieter technische Angaben vorenthält, die Dritten die Umgehung oder Ausschaltung eingebauter Diebstahlschutzvorrichtungen, die Neueichung elektronischer Anlagen oder die Manipulierung beispielsweise von Geschwindigkeitsbegrenzungsvorrichtungen ermöglichen könnten, wird dies nicht als qualitativ schwerwiegende Beeinträchtigung des Wettbewerbs betrachtet, soweit ein Schutz gegen Umgehung,

<sup>9</sup> Vgl. Art. 5 Abs. 1 Bekanntmachung der Wettbewerbskommission vom 12.12.2022 über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden (Vertikalbekanntmachung, VertBek), BBI 2022 3231.

<sup>10</sup> Als erweiterte Herstellergarantie ist die über die Herstellergarantie hinausgehende Garantie einer Schweizer Tochtergesellschaft oder zugelassenen Importeurin des Herstellers zu verstehen.

<sup>11</sup> Vgl. RPW 2023/2, 279 Rz 24, *Accès aux pièces de rechange automobiles par une représentante de réparateurs indépendants*.

<sup>12</sup> Vgl. Ziff. 66 KFZ-Leitlinien der EU.

<sup>13</sup> Vgl. Ziff. 67 KFZ-Leitlinien der EU.

Ausschaltung, Neueichung oder Manipulierung solcher Vorrichtungen nicht durch andere weniger restriktive Mittel verwirklicht werden kann.<sup>14</sup>

#### Art. 7 KFZV

16. In selektiven Vertriebssystemen können bestimmte qualitative Kriterien<sup>15</sup> den Mehrmarkenvertrieb direkt oder indirekt<sup>16</sup> erschweren und als qualitativ schwerwiegende Beeinträchtigung des Wettbewerbs betrachtet werden, z. B.:

- die Verpflichtung, den Vertrieb oder die Instandsetzungs- und Wartungsdienstleistungen über eine eigene juristische Person zu organisieren, Kraftfahrzeuge anderer Kraftfahrzeuganbieter in separaten Räumen zu verkaufen oder zu warten oder für verschiedene Kraftfahrzeuganbieter eigenes Verkaufs- oder Wartungspersonal zu beschäftigen;
- die Verpflichtung, eine markenspezifische Empfangstheke zu verwenden, wenn der Mangel an Raum oder andere praktische Erwägungen die Bereitstellung weiterer Empfangstheken unangemessen erschweren;
- überhöhte Anforderungen an die einem Kraftfahrzeuganbieter vorzubehaltende Ausstellungsfläche oder an die Anzahl auszustellender Kraftfahrzeuge.

17. Die Verpflichtung, allgemein verwendbare Ausrüstungen oder Einrichtungen dem Vertrieb oder den Instandsetzungs- und Wartungsdienstleistungen eines bestimmten Kraftfahrzeuganbieters vorzubehalten, kann den Mehrmarkenvertrieb direkt oder indirekt erschweren und als qualitativ schwerwiegende Beeinträchtigung des Wettbewerbs betrachtet werden. Verpflichtet ein Kraftfahrzeuganbieter zugelassene Händler, Kraftfahrzeuge anderer Kraftfahrzeuganbieter in gesonderten Bereichen des Ausstellungsraums zu verkaufen, um eine Verwechslung zu vermeiden, wird dies nicht als qualitativ schwerwiegende Beeinträchtigung des Wettbewerbs betrachtet.

18. Wenn einem Mitglied eines Vertriebssystems alleine deshalb der Status als zugelassener Händler oder zugelassene Werkstatt entzogen wird oder es auf andere Weise benachteiligt wird, weil es Kraftfahrzeuge konkurrierender Kraftfahrzeuganbieter als zugelassener oder unabhängiger Händler verkauft, wird dies als qualitativ schwerwiegende Beeinträchtigung des Wettbewerbs betrachtet.

#### Art. 8 KFZV

19. Die Vorschriften in Artikel 8 KFZ-Verordnung regeln in erster Linie die Anforderungen an Bestimmungen über Form und Inhalt von Kündigungen in den Vereinbarungen der Kraftfahrzeuganbieter mit den zugelassenen Händlern und den zugelassenen Werkstätten.

20. Das Erfordernis der Schriftlichkeit der Kündigung nach Artikel 8 Buchstabe c KFZ-Verordnung soll verhindern, dass Kraftfahrzeuganbieter wegen Verhaltensweisen kündigen, die gemäss der KFZ-Verordnung als qualitativ schwerwiegende Beeinträchtigungen des Wettbewerbs eingestuft werden.

<sup>14</sup> Vgl. Erwägungsgrund 26 Verordnung Nr. 1400/2002 der Kommission vom 31.7.2002 über die Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 des Vertrags auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen im Kraftfahrzeugsektor, ABl. L 203 vom 1.8.2002, S. 30.

<sup>15</sup> Vgl. Ziff. 15 VertBek-Erläuterungen.

<sup>16</sup> Vgl. Art. 15 Bst. i VertBek.

D 1	<b>2. Note explicative de la Commission de la concurrence relative à l'ordonnance concernant l'appréciation des accords verticaux dans le secteur automobile</b>
-----	--

*Note explicative de la Commission de la concurrence relative à l'ordonnance concernant l'appréciation des accords verticaux dans le secteur automobile (Note explicative relative à l'ordonnance automobile, note explicative OAVAuto) du 4 décembre 2023*

### But de la note explicative

1. La présente note explicative aide à l'interprétation des règles de l'ordonnance automobile<sup>1</sup>.

2. La note explicative s'inspire des lignes directrices automobiles de l'UE<sup>2,3</sup>. Dans ce contexte, et pour assurer la sécurité juridique, les termes utilisés dans ces lignes directrices sont repris autant que possible lorsqu'il y est fait référence.

### Explications relatives à des dispositions spécifiques

#### Art. 4 et 5 OAVAuto

3. Aux fins de l'application de l'ordonnance automobile, la notion d'« utilisateurs finaux » désigne également les consommateurs qui achètent leur véhicule par l'entremise d'un intermédiaire. Un intermédiaire est une personne ou une entreprise qui achète un véhicule automobile neuf pour le compte d'un consommateur désigné sans faire partie du réseau de distribution. En règle générale, le statut d'intermédiaire doit être établi par un mandat valable comprenant le nom et l'adresse du consommateur, obtenu avant l'opération. L'utilisation de l'internet en tant que moyen d'attirer une clientèle pour une gamme déterminée de véhicules automobiles et de recueillir de leur part des mandats électroniques n'a pas d'incidence sur le statut d'intermédiaire. Il convient d'opérer une distinction entre les intermédiaires et les revendeurs indépendants, qui achètent des véhicules automobiles pour les revendre et n'opèrent pas pour le compte de consommateurs désignés. Les revendeurs indépendants ne doivent pas être considérés comme des utilisateurs finaux aux fins de l'application de l'ordonnance automobile.<sup>4</sup>

4. La notion d'« utilisateurs finaux » englobe également les sociétés de crédit-bail.<sup>5</sup>

#### Art. 4, let. a, OAVAuto

5. Les systèmes de primes, les autres réglementations de nature financière et les incitations relatives à la livraison des produits qui sont liés au lieu de résidence ou d'établissement de l'acheteur ou au lieu d'immatriculation du véhicule sont considérés comme des atteintes qualitativement graves à la concurrence, sous réserve d'un traitement en tant qu'accords de protection territoriale absolue au sens de l'art. 5, al. 4, LCart<sup>6</sup>. Un accord de protection territoriale absolue peut aussi être mis en œuvre de manière indirecte.<sup>7</sup> Les entreprises qui participent à un accord vertical en matière de concurrence illicite aux termes de l'art. 5, al. 4, LCart sont sanctionnées conformément à l'art. 49a, al. 1, LCart.<sup>8</sup>

6. Le fait qu'un fournisseur de véhicules automobiles impose à ses distributeurs agréés des objectifs de vente liés au nombre de véhicules automobiles neufs acquis auprès de l'importateur officiel est considéré comme une atteinte qualitativement grave à la concurrence, sous réserve d'un traitement selon l'art. 5, al. 4, LCart (ch. 5). En revanche, il n'y a pas d'atteinte qualitativement grave à la concurrence lorsqu'un fournisseur de véhicules automobiles octroie aux distributeurs agréés des rabais de quantité, c'est-à-dire des rabais relatifs au volume absolu des achats effectués auprès du fournisseur de véhicules automobiles.

#### Art. 4, let. b, OAVAuto

7. Les accords entre fournisseurs de véhicules automobiles et réparateurs agréés en vertu desquels les garanties du constructeur ne sont pas valables aux mêmes conditions dans l'Espace économique européen (EEE) et en Suisse sont considérés comme des atteintes qualitativement graves à la concurrence, sous réserve d'un traitement selon l'art. 5, al. 4, LCart (ch. 5). Ces garanties sont à différencier de la garantie légale pour les défauts et des garanties accordées contractuellement par l'importateur ou le distributeur, à faire valoir auprès de ceux-ci.

8. Le fait que, selon le lieu d'achat d'un véhicule automobile dans l'EEE ou en Suisse, les réparateurs agréés sont limités dans la prise en charge de la garantie du constructeur, de l'entretien gratuit ou de tous les travaux requis dans le cadre de campagnes de rappel peut être considéré comme une atteinte qualitativement grave à la concurrence, sous réserve d'un traitement selon l'art. 5, al. 4, LCart (ch. 5). Le fait que le fournisseur de véhicules automobiles, dans le cadre du système de distribution sélective<sup>9</sup>, limite la garantie du constructeur aux véhicules qui ont été achetés par un utilisateur final auprès d'un distributeur agréé n'est pas considéré comme une atteinte qualitativement grave à la concurrence.

<sup>1</sup> Ordonnance du 29.11.2023 concernant l'appréciation des accords verticaux dans le secteur automobile (ordonnance automobile, OAVAuto; RS 251.6).

<sup>2</sup> Communication de la Commission – Lignes directrices supplémentaires sur les restrictions verticales dans les accords de vente et de réparation de véhicules automobiles et de distribution de pièces de rechange de véhicules automobiles, JO C 138 du 28.5.2010, modifiée selon JO C 133I du 17.4.2023 (lignes directrices automobiles de l'UE), p. 16.

<sup>3</sup> Cf. ATF 143 II 297 consid. 6.2.3 p. 326 ss., *Gaba*.

<sup>4</sup> Cf. ch. 52 des lignes directrices automobiles de l'UE.

<sup>5</sup> Cf. ch. 51 des lignes directrices automobiles de l'UE.

<sup>6</sup> Loi fédérale du 6.10.1995 sur les cartels et autres restrictions à la concurrence (loi sur les cartels, LCart; RS 251).

<sup>7</sup> Cf. ch. 12 de la note explicative de la Commission de la concurrence du 12.12.2022 relative à la Communication concernant l'appréciation des accords verticaux (note explicative CommVert).

<sup>8</sup> Cf. ch. 3 de la note explicative CommVert.

<sup>9</sup> Cf. art. 5, al. 1, de la communication de la Commission de la concurrence du 12.12.2022 concernant l'appréciation des accords verticaux (communication sur les accords verticaux, CommVert), FF 2022 3231.



*Art. 4, let. b et c, OAVAuto*

9. La question des prétentions découlant de la garantie légale pour les défauts ou de la garantie (étendue) du constructeur<sup>10</sup> doit en principe être tranchée par un juge civil. Les autorités en matière de concurrence examinent si la garantie légale pour les défauts ou la garantie (étendue) du constructeur sont utilisées pour empêcher des importations parallèles ou directes (p. ex. par le refus de fournir des prestations relevant de la garantie du constructeur).

*Art. 4, let. c, OAVAuto*

10. Le fait de limiter ou d'exclure la garantie légale pour les défauts ou la garantie (étendue) du constructeur lorsque l'utilisateur final ne fait pas exécuter les services de réparation et d'entretien non couverts par la garantie (y compris les réparations consécutives à un accident) par un membre du réseau de réparateurs agréés, ou lorsque des pièces de rechange ne portant pas la marque du fournisseur de véhicules automobiles sont utilisées pour des remplacements non couverts par la garantie, est considéré comme une atteinte qualitativement grave à la concurrence, à moins que les travaux en question n'aient pas été effectués correctement.

*Art. 5, let. a à c, OAVAuto*

11. L'obligation de lier les activités de distribution de véhicules automobiles neufs, de fourniture de services de réparation et d'entretien, ou de distribution de pièces de rechange est considérée comme une atteinte qualitativement grave à la concurrence. Les distributeurs agréés et les réparateurs agréés peuvent donc limiter leur activité exclusivement à l'un de ces domaines.

*Art. 5, let. f, OAVAuto*

12. L'interdiction, imposée par un fournisseur de véhicules automobiles aux membres de son réseau de distribution sélective, de vendre des pièces de rechange qui ne peuvent être obtenues que par lui ou par les membres de son système de distribution sélective (pièces captives) à des réparateurs indépendants qui utilisent ces pièces pour la réparation ou l'entretien d'un véhicule automobile est considérée comme une atteinte qualitativement grave à la concurrence. Il en va de même lorsque des réparateurs indépendants achètent, par le biais d'un intermédiaire mandaté, des pièces de rechange dont ils ont besoin pour la réparation ou l'entretien d'un véhicule automobile.<sup>11</sup>

*Art. 6 OAVAuto*

13. La notion d'« information technique » doit être interprétée au regard du progrès technique. On peut actuellement citer comme exemples d'informations techniques les logiciels, les codes d'erreur et autres paramètres, ainsi que les mises à jour, qui sont nécessaires pour travailler sur les unités de contrôle électronique, les systèmes avancés d'aide à la conduite et les systèmes de gestion de batteries pour les véhicules électriques afin d'effectuer ou de rétablir les réglages recommandés par le fournisseur, les numéros d'identification des véhicules automobiles ou toutes autres méthodes d'identification des véhicules automobiles, les catalogues de pièces de rechange, les procédés de réparation et d'entretien, les solutions pratiques résultant de l'expérience concrète et

répondant à des problèmes qui affectent un modèle ou un lot particulier, et les campagnes de rappel et autres avis signalant les réparations qui peuvent être effectuées gratuitement au sein du réseau de réparateurs agréés. Le code d'une pièce et toute autre information nécessaire à l'identification correcte d'une pièce de rechange de marque destinée à être montée sur un véhicule automobile donné (c'est-à-dire la pièce que le constructeur automobile fournit en principe aux membres de son réseau de réparateurs agréés pour réparer le véhicule en cause) constituent aussi une information technique, tout comme les codes d'activation nécessaires pour installer certaines pièces de rechange.<sup>12</sup>

14. La manière dont les informations techniques sont communiquées est également importante pour l'appréciation selon l'art. 6 OAVAuto. Le fait de ne pas accorder l'accès aux informations sur demande et sans retard injustifié, de ne pas fournir les informations sous une forme utilisable, ou de demander un prix propre à décourager l'accès à celles-ci au vu de l'usage qu'en fait l'opérateur indépendant, peut être considéré comme une atteinte qualitativement grave à la concurrence.<sup>13</sup>

15. Le fait qu'un fournisseur de véhicules automobiles refuse l'accès aux informations techniques qui permettraient à un tiers de déjouer ou de neutraliser les dispositifs antivol installés à bord, de recalibrer les dispositifs électroniques ou de manipuler les dispositifs qui, par exemple, limitent la vitesse des véhicules n'est pas considéré comme une atteinte qualitativement grave à la concurrence, à moins que la protection contre le vol, le recalibrage ou la manipulation ne puisse être assurée par d'autres moyens moins restrictifs.<sup>14</sup>

*Art. 7 OAVAuto*

16. Dans les systèmes de distribution sélective, certains critères qualitatifs<sup>15</sup> peuvent entraver directement ou indirectement<sup>16</sup> le multimarquisme et être considérés comme une atteinte qualitativement grave à la concurrence, par exemple:

- l'obligation d'organiser la distribution ou les services de réparation et d'entretien par l'intermédiaire d'une entité juridique propre, de vendre ou d'entretenir les véhicules automobiles d'autres fournisseurs dans des locaux séparés ou d'employer son propre personnel de vente ou d'entretien pour différents fournisseurs de véhicules automobiles;

<sup>10</sup> Par « garantie étendue du constructeur », on entend la garantie qui est accordée par une filiale suisse ou un importateur agréé du constructeur et qui va au-delà de la garantie du constructeur.

<sup>11</sup> Cf. DPC 2023/2 279, ch. 24, *Accès aux pièces de rechange automobiles par une représentante de réparateurs indépendants*.

<sup>12</sup> Cf. ch. 66 des lignes directrices automobiles de l'UE.

<sup>13</sup> Cf. ch. 67 des lignes directrices automobiles de l'UE.

<sup>14</sup> Cf. consid. 26 du règlement (CE) no 1400/2002 de la Commission du 31 juillet 2002 concernant l'application de l'art. 81, par. 3, du traité à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées dans le secteur automobile, JO L 203 du 1.8.2002, p. 30.

<sup>15</sup> Cf. ch. 15 de la note explicative CommVert.

<sup>16</sup> Cf. art. 15, let. i, CommVert.

- l'obligation de mettre en place un comptoir d'accueil spécifique à chaque marque, si le manque d'espace ou d'autres considérations pratiques rendent la mise en place d'autres comptoirs d'accueil excessivement difficile;
- des exigences trop élevées concernant la surface d'exposition à mettre à la disposition d'un fournisseur de véhicules automobiles ou le nombre de véhicules à exposer.

17. L'obligation de réserver des équipements ou des installations d'usage général à la distribution ou aux services de réparation et d'entretien d'un fournisseur de véhicules automobiles donné peut entraver directement ou indirectement le multimarquisme et être considérée comme une atteinte qualitativement grave à la concurrence. Le fait qu'un fournisseur de véhicules automobiles oblige les distributeurs agréés à vendre les véhicules automobiles d'autres fournisseurs dans des zones distinctes de l'espace d'exposition afin d'éviter toute confusion n'est pas considéré comme une atteinte qualitativement grave à la concurrence.

18. Le fait de retirer à un membre d'un système de distribution le statut de distributeur agréé ou de réparateur agréé, ou de le pénaliser d'une autre manière, au seul motif qu'il vend des véhicules automobiles de fournisseurs de véhicules automobiles concurrents en tant que distributeur agréé ou indépendant est considéré comme une atteinte qualitativement grave à la concurrence.

#### *Art. 8 OAVAuto*

19. Les dispositions de l'art. 8 OAVAuto règlent en premier lieu les exigences sur la forme et le contenu des résiliations des conventions entre le fournisseur de véhicules automobiles, d'une part, et les distributeurs agréés et les réparateurs agréés, d'autre part.

20. L'exigence de la forme écrite de la résiliation conformément à l'art. 8, let. c, OAVAuto vise à éviter que les fournisseurs de véhicules automobiles ne résilient des contrats en raison de pratiques considérées selon l'ordonnance automobile comme des atteintes qualitativement graves à la concurrence.

D 1

### 3. Spiegazioni della Commissione della concorrenza sull'ordinanza concernente la valutazione degli accordi verticali alla luce delle disposizioni in materia di concorrenza nel settore degli autoveicoli

*Spiegazioni della Commissione della concorrenza sull'ordinanza concernente la valutazione degli accordi verticali alla luce delle disposizioni in materia di concorrenza nel settore degli autoveicoli (Spiegazioni sull'ordinanza sul settore degli autoveicoli, Spiegazioni OAuto) del 4 dicembre 2023*

#### Scopo delle spiegazioni

1. Le presenti spiegazioni sono un aiuto all'interpretazione delle disposizioni dell'ordinanza sul settore degli autoveicoli.<sup>1</sup>

2. Si basano sugli orientamenti dell'UE in materia di autoveicoli<sup>2,3</sup> Per questo motivo e ai fini della certezza del diritto, nelle presenti spiegazioni viene ripreso, per quanto possibile, il tenore degli orientamenti dell'UE quando vi si fa riferimento.

#### Spiegazioni sulle singole disposizioni

##### Art. 4 seg. OAuto

3. Ai fini dell'applicazione dell'ordinanza sul settore degli autoveicoli il concetto di «utilizzatori finali» copre anche i consumatori che acquistano attraverso un intermediario. Un intermediario è una persona o un'impresa che acquista un nuovo autoveicolo per conto di un determinato consumatore, ma che non appartiene alla rete di distribuzione. Di norma va comprovato lo status di intermediario mediante un mandato valido in cui vengano precisati nominativo e indirizzo del consumatore, ottenuto prima della transazione. L'uso di Internet come modo per richiamare clienti per una data gamma di veicoli e per raccogliere da parte loro mandati elettronici non incide sullo status di intermediario. Occorre distinguere gli intermediari dai rivenditori indipendenti, che acquistano un veicolo al fine di rivenderlo e non agiscono per conto di un particolare consumatore. I rivenditori indipendenti non vanno considerati utilizzatori finali ai fini dell'ordinanza sul settore degli autoveicoli.<sup>4</sup>

4. Il concetto di «utilizzatori finali» comprende le imprese di leasing.<sup>5</sup>

##### Art. 4 lett. a OAuto

5. Sistemi di bonus, altre regolamentazioni di carattere finanziario o altri incentivi relativi alla fornitura di prodotti che vengono fatti dipendere dal domicilio o dal luogo di stabilimento dell'acquirente o dal luogo in cui l'autoveicolo va immatricolato sono considerati intralci qualitativamente gravi alla concorrenza, a meno che non siano trattati come accordi sulla protezione territoriale assoluta ai sensi dell'articolo 5 capoverso 4 LCart<sup>6</sup>. Un accordo sulla protezione territoriale assoluta può essere attuato anche indirettamente.<sup>7</sup> Le imprese che partecipano a un accordo verticale in materia di concorrenza illecito ai sensi dell'articolo 5 capoverso 4 LCart sono sanzionate secondo l'articolo 49a capoverso 1 LCart.<sup>8</sup>

6. Se un fornitore di autoveicoli fa dipendere gli obiettivi di vendita dei distributori autorizzati dal numero di autoveicoli nuovi acquistati presso l'importatore ufficiale, ciò è considerato un intralcio qualitativamente grave alla concorrenza, a meno di un trattamento ai sensi dell'articolo 5 capoverso 4 LCart (n. marg. 5). Al contrario, non sussiste alcun intralcio qualitativamente grave alla concorrenza, se un fornitore di autoveicoli concede ai distributori autorizzati dei cosiddetti ribassi di quantità, ovvero ribassi relativi al volume assoluto di autoveicoli acquistati presso di lui.

##### Art. 4 lett. b OAuto

7. Gli accordi tra fornitori di autoveicoli e riparatori autorizzati, secondo i quali le garanzie del costruttore non sono valide alle stesse condizioni nello Spazio economico europeo (SEE) e in Svizzera, sono considerati un intralcio qualitativamente grave alla concorrenza, a meno di un trattamento ai sensi dell'articolo 5 capoverso 4 LCart (n. marg. 5). Da ciò occorre distinguere la garanzia legale per i difetti della cosa e le garanzie accordate contrattualmente dal distributore o dall'importatore, che devono essere fatte valere nei confronti di questi ultimi.

8. Se i riparatori autorizzati vengono limitati nel prestare la garanzia del costruttore, la riparazione o la manutenzione gratuita o qualunque intervento nell'ambito di campagne di richiamo in funzione del luogo di acquisto dell'autoveicolo nello SEE o in Svizzera, questo può essere considerato un intralcio qualitativamente grave alla concorrenza, a meno di un trattamento ai sensi dell'articolo 5 capoverso 4 LCart (n. marg. 5). Se nel quadro di un sistema di distribuzione selettiva<sup>9</sup> il fornitore di autoveicoli limita la garanzia del costruttore agli autoveicoli che gli utilizzatori finali hanno acquistato presso distributori autorizzati, ciò non viene considerato un intralcio qualitativamente grave alla concorrenza.

<sup>1</sup> Ordinanza del 29.11.2023 concernente la valutazione degli accordi verticali alla luce delle disposizioni in materia di concorrenza nel settore degli autoveicoli (Ordinanza sul settore degli autoveicoli, OAuto; RS 251.6).

<sup>2</sup> Comunicazione della Commissione – Orientamenti aggiuntivi in materia di restrizioni verticali negli accordi per la vendita e la riparazione di autoveicoli e per la distribuzione di pezzi di ricambio per autoveicoli, GU C 138 del 28.5.2010, modificata secondo GU C 1331 del 17.4.2023 (Orientamenti dell'UE in materia di autoveicoli), pag. 16.

<sup>3</sup> Cfr. DTF 143 II 297, 326 segg. consid. 6.2.3, *Gaba*.

<sup>4</sup> Cfr. Orientamenti dell'UE in materia di autoveicoli, n. marg. 52.

<sup>5</sup> Cfr. Orientamenti dell'UE in materia di autoveicoli, n. marg. 51.

<sup>6</sup> Legge federale del 6.10.1995 sui cartelli e altre limitazioni della concorrenza (Legge sui cartelli, LCart; RS 251).

<sup>7</sup> Cfr. Opuscolo esplicativo della Commissione della concorrenza del 12.12.2022 relativo alla Comunicazione sulla valutazione degli accordi verticali alla luce delle disposizioni in materia di concorrenza (Opuscolo esplicativo ComVert), n. marg. 12.

<sup>8</sup> Cfr. Opuscolo esplicativo ComVert, n. marg. 3.

<sup>9</sup> Cfr. Comunicazione della Commissione della concorrenza del 12.12.2022 sulla valutazione degli accordi verticali alla luce delle disposizioni in materia di concorrenza (Comunicazione sugli accordi verticali, ComVert), FF 2022 3231, art. 5 cpv. 1.

#### Art. 4 lett. b e c OAuto

9. In linea di massima, la questione di quali diritti derivino dalla garanzia legale per i difetti della cosa e dalla garanzia (estesa) del costruttore<sup>10</sup> deve essere giudicata da un tribunale civile. Le autorità in materia di concorrenza verificano se la garanzia legale per i difetti della cosa o la garanzia (estesa) del costruttore vengono utilizzate per ostacolare le importazioni parallele e dirette (per. es., attraverso il rifiuto di fornire le prestazioni legate alla garanzia del costruttore).

#### Art. 4 lett. c OAuto

10. Se la garanzia legale per i difetti della cosa o la garanzia (estesa) del costruttore viene limitata o esclusa quando l'utilizzatore finale non fa eseguire i servizi di riparazione e manutenzione non coperti dalla garanzia (comprese le riparazioni dovute a un incidente) all'interno della rete di riparatori autorizzati o quando per le sostituzioni non coperte dalla garanzia non vengono utilizzati pezzi di ricambio con il marchio del fornitore di autoveicoli, ciò è considerato un intralcio qualitativamente grave alla concorrenza, salvo se i lavori sono stati eseguiti in modo scorretto.

#### Art. 5 lett. a-c OAuto

11. Se le attività di distribuzione di autoveicoli nuovi, di fornitura di servizi di riparazione e manutenzione o di distribuzione di pezzi di ricambio sono associate, ciò è considerato un intralcio qualitativamente grave alla concorrenza. I distributori o i riparatori autorizzati possono quindi limitare le loro attività esclusivamente a uno di questi settori.

#### Art. 5 lett. f OAuto

12. Se un fornitore di autoveicoli vieta ai membri del suo sistema di distribuzione selettiva di vendere pezzi di ricambio che possono essere ottenuti solo attraverso di lui o i membri del suo sistema di distribuzione selettiva (captive parts) a riparatori indipendenti che utilizzano tali pezzi per la riparazione o la manutenzione di un autoveicolo, ciò è considerato un intralcio qualitativamente grave alla concorrenza. Questo vale anche se i riparatori indipendenti acquistano pezzi di ricambio che utilizzano per la riparazione o la manutenzione di un autoveicolo tramite un intermediario autorizzato.<sup>11</sup>

#### Art. 6 OAuto

13. Il concetto di «informazione tecnica» deve essere interpretato sulla base del progresso tecnologico. Al momento tra le informazioni tecniche sono compresi, a titolo di esempio, software specifici, codici di errore ed altri parametri, ivi compresi gli aggiornamenti necessari per gli interventi sulle unità elettroniche di controllo, sui sistemi avanzati di assistenza alla guida e sui sistemi di gestione delle batterie per i veicoli elettrici implicanti l'introduzione e/o il ripristino delle impostazioni raccomandate dal fornitore, i numeri di identificazione dei veicoli o qualsiasi altro metodo d'identificazione dei veicoli, i cataloghi dei pezzi di ricambio, i procedimenti di riparazione e manutenzione, le soluzioni derivanti dall'esperienza pratica e relative a problemi che in genere riguardano un dato modello o una data partita, gli avvisi di ritiro dei prodotti nonché altri avvisi che indicano le riparazioni che possono essere effettuate senza spe-

se nella rete dei riparatori autorizzati. Sono informazioni tecniche anche i codici dei pezzi di ricambio e ogni altra informazione necessaria per identificare il pezzo di ricambio corretto del marchio del costruttore automobilistico che può essere montato su un determinato veicolo (cioè il pezzo di ricambio che il costruttore automobilistico fornirebbe generalmente ai membri delle sue reti di riparatori autorizzati per riparare il veicolo in questione), come pure i codici di attivazione necessari per installare determinati pezzi di ricambio.<sup>12</sup>

14. Le modalità con cui sono fornite le informazioni tecniche sono inoltre importanti ai fini della valutazione secondo l'articolo 6 dell'ordinanza sul settore degli autoveicoli. Se l'accesso su richiesta viene concesso con indebiti ritardi, se le informazioni non sono fornite in modo utilizzabile o se il prezzo richiesto scoraggia l'accesso alle informazioni non tenendo conto della misura in cui l'operatore indipendente ne fa uso, ciò può essere considerato un intralcio qualitativamente grave alla concorrenza.<sup>13</sup>

15. Quando un fornitore di autoveicoli nega l'accesso a informazioni tecniche che potrebbero permettere a terzi di aggirare i dispositivi antifurto o di disattivarli, di ricalibrare dispositivi elettronici o manomettere i dispositivi che, per esempio, limitano la velocità degli autoveicoli, ciò non viene considerato un intralcio qualitativamente grave alla concorrenza, a meno che la protezione contro furti, ricalibrature o manomissioni possa essere ottenuta con mezzi meno restrittivi.<sup>14</sup>

#### Art. 7 OAuto

16. Nei sistemi di distribuzione selettiva, alcuni criteri qualitativi<sup>15</sup> possono ostacolare direttamente o indirettamente<sup>16</sup> la distribuzione multimarca ed essere considerati un intralcio qualitativamente grave alla concorrenza, ad esempio:

- l'obbligo di organizzare le vendite o i servizi di riparazione e manutenzione attraverso una persona giuridica indipendente, di vendere o mantenere gli autoveicoli di altri fornitori di autoveicoli in locali separati o di impiegare personale proprio per le vendite o la manutenzione di diversi fornitori di autoveicoli;
- l'obbligo di utilizzare uno sportello di ricezione specifico per il marchio, se la mancanza di spazio o altre considerazioni pratiche rendono irragionevolmente difficile mettere a disposizione sportelli di ricezione aggiuntivi;
- esigenze eccessive concernenti la superficie di esposizione da riservare a un fornitore di autoveicoli o il numero di autoveicoli da esporre.

<sup>10</sup> Per garanzia estesa del costruttore si intende la garanzia di una filiale svizzera o di un importatore autorizzato del costruttore che va oltre la garanzia del costruttore.

<sup>11</sup> Cfr. DPC 2023/2, 279 n. marg. 24, *Accès aux pièces de rechange automobiles par une représentante de réparateurs indépendants*.

<sup>12</sup> Cfr. Orientamenti dell'UE in materia di autoveicoli, n. marg. 66.

<sup>13</sup> Cfr. Orientamenti dell'UE in materia di autoveicoli, n. marg. 67.

<sup>14</sup> Cfr. il considerando n. 26 del Regolamento (CE) n. 1400/2002 della Commissione, del 31.7.2002, relativo all'applicazione dell'articolo 81, paragrafo 3, del trattato a categorie di accordi verticali e pratiche concordate nel settore automobilistico, GU L 203 del 1.8.2002, pag. 30.

<sup>15</sup> Cfr. Opuscolo esplicativo ComVert, n. marg. 15.

<sup>16</sup> Cfr. ComVert, art. 15 lett. i.

17. L'obbligo di riservare attrezzature o impianti di uso generale alla distribuzione o ai servizi di riparazione e manutenzione di un determinato fornitore di autoveicoli può ostacolare direttamente o indirettamente la distribuzione multimarca e può essere considerato un intralcio qualitativamente grave alla concorrenza. Se un fornitore di autoveicoli obbliga i distributori autorizzati a vendere autoveicoli di altri fornitori di autoveicoli in aree separate dello showroom per evitare confusione, ciò non è considerato un intralcio qualitativamente grave alla concorrenza.

18. Se un membro di un sistema di distribuzione è privato dello status di distributore autorizzato o di riparatore autorizzato o è altrimenti svantaggiato solo perché vende autoveicoli di fornitori di autoveicoli concorrenti in qualità di fornitore autorizzato o indipendente, ciò è con-

siderato un intralcio qualitativamente grave alla concorrenza.

*Art. 8 OAuto*

19. Le disposizioni contenute nell'articolo 8 dell'ordinanza sul settore degli autoveicoli disciplinano in primo luogo i requisiti relativi alla forma e al contenuto delle disdette dei contratti stipulati dai fornitori di autoveicoli con i distributori autorizzati e i riparatori autorizzati.

20. Il requisito della disdetta scritta secondo l'articolo 8, lettera c dell'ordinanza sul settore degli autoveicoli ha lo scopo di evitare che i fornitori di autoveicoli disdicano contratti a causa di un comportamento che viene classificato come un intralcio qualitativamente grave alla concorrenza ai sensi dell'ordinanza sul settore degli autoveicoli.

**Abkürzungsverzeichnis**

Registre des abréviations

Indice delle abbreviazioni

**A**

AF Arrêté fédéral  
 AIMP Accord intercantonal sur les marchés publics  
 AJP Aktuelle juristische Praxis (=PJA)  
 Amtl. Bull. Amtliches Bulletin  
 AS Amtliche Sammlung des Bundesrechts  
 ATF Arrêts du Tribunal fédéral suisse, Recueil officiel

**B**

BA Bundesamt  
 BB Bundesbeschluss  
 BBI Bundesblatt  
 BG Bundesgesetz  
 BGBM Bundesgesetz über den Binnenmarkt  
 BGE Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichtes, amtliche Sammlung  
 BGer Bundesgericht  
 BOCE Bulletin officiel du Conseil des Etats  
 BOCN Bulletin officiel du Conseil national  
 BoeB Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen  
 BR Bundesrat  
 BR/DC Zeitschrift für Baurecht, Revue du droit de la construction  
 BUCN Bollettino ufficiale del Consiglio nazionale  
 BUCSt Bollettino ufficiale del Consiglio degli Stati  
 BV Bundesverfassung  
 BZP Bundesgesetz über den Bundeszivilprozess

**C**

CC Code civil  
 CE Communauté Européenne  
 CE Conseil des Etats  
 CF Conseil fédéral  
 FR. Schweizer Franken / Francs suisses / Franchi svizzeri  
 CO Code des obligations  
 Cost. Costituzione federale  
 CPC Code (cantonal) de procédure civile  
 CPS Code pénal suisse  
 cst. Constitution fédérale

**D**

DCP Diritto e politica della concorrenza (=RPW)  
 DPC Droit et politique de la concurrence (=RPW)  
 DG Direction Générale (UE)

**E**

EU Europäische Union

**F**

FF Feuille fédérale  
 FMG Fernmeldegesetz

**G**

GATT General Agreement on Tariffs

GebrV

GRUR

GU

**H**

HGer Handelsgericht  
 HMG Heilmittelgesetz

**I**

IPRG Bundesgesetz über das internationale Privatrecht  
 IVöB Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen

**J**

JAAC Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération  
 JdT Journal des Tribunaux

**K**

KG Kartellgesetz  
 KMU Kleine und mittlere Unternehmen  
 KSG Konkordat über die Schiedsgerichtsbarkeit  
 KVG Bundesgesetz über die Krankenversicherung

**L**

LAA Loi fédérale sur l'assurance-accidents  
 LAMal Loi fédérale sur l'assurance-maladie  
 LCA Loi fédérale sur le contrat d'assurance  
 LCart Loi fédérale sur les cartels et autres restrictions à la concurrence  
 LCD Loi fédérale contre la concurrence déloyale  
 LCsl Legge federale contro la concorrenza sleale  
 LDA Loi fédérale sur le droit d'auteur  
 LDIP Loi fédérale sur le droit international privé  
 LETC Loi fédérale sur les entraves techniques au commerce  
 LF Loi fédérale / Legge federale  
 LL Legge federale sul lavoro  
 LMG Bundesgesetz über Lebensmittel und Gebrauchsgegenstände  
 LMI Loi fédérale sur le marché intérieur  
 LMP Loi fédérale sur les marchés publics  
 LOTC Legge federale sugli ostacoli tecnici al commercio  
 LPM Loi fédérale sur la protection des marques  
 LRFP Loi fédérale sur la responsabilité du fait des produits  
 LSPr Legge federale sulla sorveglianza dei prezzi

**M****N****O**

O Ordonnance  
 OCDE Organisation de Coopération et de Développement Economique  
 OCSE Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico

OECD	Organisation for Economic Cooperation and Development	SMI	Schweizerische Mitteilungen über Immaterialgüterrecht (=RSPI)
OFAP	Office fédéral des assurances privées	SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts (=RS)
OG	Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege	StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch
OGer	Obergericht	StR	Ständerat
OJ	Loi fédérale sur l'organisation judiciaire	SZW	Schweizerische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (=RSDA)
OMC	Organisation mondiale du commerce	<b>T</b>	
OMP	Ordonnance sur les marchés publics	TA	Tribunal administratif
OR	Obligationenrecht	TApp	Tribunale d'Appello
OTVA	Ordonnance concernant la taxe sur la valeur ajoutée	TC	Tribunal cantonal / Tribunale cantonale
<b>P</b>		TF	Tribunal fédéral / Tribunale federale
PA	Loi fédérale sur la procédure administrative	THG	Bundesgesetz über technische Handelshemmnisse
PCF	Loi fédérale sur la procédure civile fédérale	TRIPS	Trade Related Aspects on Intellectual Property
PJA	Pratique Juridique Actuelle (=AJP)	<b>U</b>	
Pra.	Die Praxis des Schweizerischen Bundesgerichts	UE	Union Européenne
PrHG	Produktehaftpflichtgesetz	UFIAML	Ufficio federale dell'industria, delle arti e mestieri e del lavoro
Publ.CCSPr	Publications de la Commission suisse des cartels et du préposé à la surveillance des prix	URG	Bundesgesetz über das Urheberrecht
PüG	Preisüberwachungsgesetz	URP	Umweltrecht in der Praxis (=DEP)
<b>Q</b>		UWG	Bundesgesetz über den unlauteren Wettbewerb
<b>R</b>		<b>V</b>	
RDAF	Revue de droit administratif et de droit fiscal	VKKP	Veröffentlichungen der Kartellkommission und des Preisüberwachers
RDAT	Rivista di diritto amministrativo ticinese	VKU	Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen
RDS	Revue de droit suisse (=ZSR)	VoeB	Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen
REKO/WEF	Rekurskommission für Wettbewerbsfragen	VPB	Verwaltungspraxis der Bundesbehörden (=JAAC)
Rep. Patria	Repertorio di Giurisprudenza	VwVG	Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren
RJB	Revue de la société des juristes bernois (=ZBJV)	<b>W</b>	
RO	Recueil officiel des lois fédérales (=AS)	WTO	Welthandelsorganisation (World Trade Organization)
RPW	Recht und Politik des Wettbewerbs (=DPC)	WuW	Wirtschaft und Wettbewerb
RR	Regierungsrat	<b>X</b>	
RS	Recueil systématique des lois fédérales (=SR)	<b>Y</b>	
RSDA	Revue suisse de droit des affaires (=SZW)	<b>Z</b>	
RSJ	Revue suisse de jurisprudence (=SJZ)	ZBGR	Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht (=RNRF)
RSPI	Revue suisse de la propriété intellectuelle (=SMI)	ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (RJB)
<b>S</b>		ZBI	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht
SAV	Schweizerischer Anwaltsverband	ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch
SchKG	Bundesgesetz über Schuldbeitreibung und Konkurs	ZPO	Zivilprozessordnung
SHAB	Schweizerisches Handels-amtsblatt	ZSR	Zeitschrift für schweizerisches Recht
SJ	La semaine judiciaire		
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung (=RSJ)		

## Index

- A**
- abgestimmtes Verhalten 226 f., 260 f., 275, 277, 281
  - abgestimmte Verhaltensweise 81 ff., 224, 226, 230, 273, 280, 288, 290
  - Abrede 1 ff., 73, 80 ff., 91, 95 f., 106 ff., 162, 177, 179, 193, 197, 212, 217, 219 ff., 254, 256 ff., 267 ff., 303 ff., 309 ff., 315, 317 f.
  - Acquiring 192 ff.
  - Anhörung 114, 205
  - Apotheker/innen -
  - Ärzte(-Verband) -
- B**
- Banken 7, 16, 192
  - Befristung des Entscheids -
  - Breitbanddienste -
  - Bündelung vertikaler Restriktionen -
- C**
- D**
- Debitkarten 7 f., 12, 16, 194 f.
  - Domestic Interchange Fee 62, 70
- E**
- Effizienzgründe 16, 81, 90
  - Effizienzprüfung 90
  - Einstellung einer Untersuchung -
  - einvernehmliche Regelung 13, 220, 249 f., 257, 298, 300
  - Erheblichkeit 11, 15, 235 ff., 265, 287, 289 f., 298, 307
  - Exklusivvertrieb -
- F**
- G**
- geografische Beschränkungen -
  - Grosskunden-Märkte -
- H**
- Hersteller und Grossisten von Tierarzneimitteln -
- I**
- Indizienbeweis -
  - Interchange Fee 7 f., 12, 16, 62, 66, 70, 194 f.
  - Internalisierung eines Kostenfaktors -
- J**
- K**
- kollektive Marktbeherrschung -
  - Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen 92, 163, 185, 193, 201, 223, 269
  - Koppelungsgeschäft -
  - Kostenraster -
  - Krankenversicherer 200
  - Kreditkarten 16, 192, 194
  - Kreditkarten-Akzeptanzgeschäft -
- L**
- legitimate business reasons 45, 89, 171
- M**
- Marktaufteilung -
  - marktbeherrschende Stellung 3 ff., 99, 108, 112, 164, 166 ff., 176, 180, 183, 185 ff., 191, 194, 196, 198, 200, 203, 205, 211 f.
  - Marktgegenseite 95 f., 112, 137, 163 ff., 177, 180, 191, 198, 224 f., 269, 273, 275
  - Marktorganisation -
  - Marktstruktur 94, 270, 276 f.
  - Marktzutrittsschranken -
  - Meldepflicht 12, 91 ff., 97 f., 183, 190, 194, 198, 211, 213
  - Missbrauch 3 ff., 8 f., 12, 17 f., 82, 89, 108, 112, 114, 170 ff., 175, 181, 183, 212 f., 233, 240 ff., 285, 289, 310
- N**
- Netzwerk 3, 15 f., 681, 166
  - Netzwerkkosten -
  - Nichtdiskriminierungsklausel -
- O**
- P**
- Parallelverhalten 226
  - potenzieller Wettbewerb -
  - Preisabrede 1 ff., 10, 15 f., 18, 73, 85, 217, 227, 230 ff., 252, 254, 259 ff., 271, 276 f., 280 f., 283 ff., 295, 297 ff., 304 ff., 315
  - Preisbindung zweiter Hand -
- Q**
- Quersubventionierung 226
- R**
- Rabatte 15, 78 f., 83, 85 f., 146, 149 f., 173, 175, 230 ff., 279 f., 282, 284, 290, 298, 317
  - Reduktion der Sanktion 112, 181 f., 307
- S**
- Sanktionen 4, 13 f., 16, 177, 232 ff., 284, 292 f., 295 ff., 303, 309



Senkung Herstellkosten -

Submission 3, 6, 11, 16 f., 104, 232, 242, 245, 284, 298,  
302

Submissionskartell -

**T**

Tarife 200

Tarifvertrag -

Tierärzte/innen -

Transparenzmassnahmen -

**U**

Umstossung der Vermutung -

Untersuchung 2 f., 5 ff., 87, 111, 113 f., 121, 134, 149,  
152 f., 157, 163, 170, 177 f., 181 ff., 207, 210, 213, 217,  
219 ff., 228, 242, 245, 247, 254, 256 f., 260, 266 ff., 375,  
278, 289, 293, 295 f., 298, 302, 306, 308 ff.

unzulässige Wettbewerbsabrede 3, 80, 108, 217, 224, 254,  
273

**V**

vermutungsweise unzulässige Vertikalabrede -

Veröffentlichung 5, 7, 16, 106 ff., 259, 264 ff.

Verschulden 178, 238, 247, 249, 293 f.

Vierparteiensysteme -

vorbehaltene Vorschriften 80 f., 100, 108, 112, 163

vorgezogene Recyclinggebühren -

**W**

Wettbewerb um den Markt -

**X**

**Y**

**Z**

Zahlungsmittel -

zweiseitige Märkte -