



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

2017/3

ISSN 1421-9158

© Copyright by:

Wettbewerbskommission

CH-3003 Bern
(Herausgeber)

Vertrieb:
BBL
Vertrieb Bundespublikationen
CH-3003 Bern

www.bundespublikationen.admin.ch

Preis Einzelnummer:
CHF 30.-
Preis Jahresabonnement:
CHF 120.- Schweiz
CHF 120.- Ausland (portofrei)
(Form: 727.000.17/3)

ISSN 1421-9158

© Copyright by:

Commission de la
concurrence
CH-3003 Berne
(Editeur)

Diffusion:
OFCL
Diffusion publications
CH-3003 Berne

www.publicationsfederales.admin.ch

Prix au numéro:
CHF 30.-
Prix de l'abonnement annuel:
CHF 120.- Suisse
CHF 120.- étranger (franco de port)

ISSN 1421-9158

© Copyright by:

Commissione della
concorrenza
CH-3003 Berna
(Editore)

Distribuzione:
UFCL
Distribuzione pubblicazioni
CH-3003 Berna

www.pubblicazionifederali.admin.ch

Prezzo per esemplare:
CHF 30.-
Prezzo dell'abbonamento:
CHF 120.- Svizzera
CHF 120.- estero (porto franco)

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

2017/3

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.

Oktober/octobre/ottobre 2017

Systematik	A Tätigkeitsberichte A 1 Wettbewerbskommission A 2 Preisüberwacher B Verwaltungsrechtliche Praxis B 1 Sekretariat der Wettbewerbskommission 1 Vorabklärungen 2 Empfehlungen 3 Stellungnahmen 4 Beratungen 5 BGBM B 2 Wettbewerbskommission 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 C Zivilrechtliche Praxis C 1 Kantonale Gerichte C 2 Bundesgericht D Entwicklungen D 1 Erlasse, Bekanntmachungen D 2 Bibliografie E Diverses
-------------------	---

Systématique	A Rapports d'activité A 1 Commission de la concurrence A 2 Surveillance des prix B Pratique administrative 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 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 Surveillant des prix B 7 Tribunaux cantonaux B 8 Tribunal pénal fédéral C Pratique des tribunaux civils C 1 Tribunaux cantonaux C 2 Tribunal fédéral D Développements D 1 Actes législatifs, communications D 2 Bibliographie E Divers
---------------------	--

Sistematica	A	Rapporti d'attività
	A 1	Commissione della concorrenza
	A 2	Sorveglianza dei prezzi
	B	Prassi amministrativa
	B 1	Segreteria della Commissione della concorrenza
	1	Inchieste preliminari
	2	Raccomandazioni
	3	Preavvisi
	4	Consulenze
	5	LMI
	B 2	Commissione della concorrenza
	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
	C	Prassi dei tribunali civili
	C 1	Tribunali cantonali
	C 2	Tribunale federale
	D	Sviluppi
	D 1	Atti legislativi, comunicazioni
	D 2	Bibliografia
	E	Diversi

Inhaltsübersicht / Sommaire / Indice

2017/3

B	Verwaltungsrechtliche Praxis Pratique administrative Prassi amministrativa	
B 1	Sekretariat der Wettbewerbskommission Secrétariat de la Commission de la concurrence Segreteria della Commissione della concorrenza	
4.	Beratungen Conseils Consulenze	
	1. Beratung betreffend Meldepflicht	407
B 2	Wettbewerbskommission Commission de la concurrence Commissione della concorrenza	
1.	Vorsorgliche Massnahmen Mesures provisionnelles Misure cautelari	
	1. Eishockey im Pay-TV	410
2.	Untersuchungen Enquêtes Inchieste	
	1. Hoch- und Tiefbauleistungen Münstertal	421
3.	Unternehmenszusammenschlüsse Concentrations d'entreprises Concentrazioni di imprese	
	1. BMW/Daimler/Ford/Porsche	461
	2. BLS AG/Transport Ferroviaire Holding SAS	469
	3. Cinven Capital Management (V) General Partner Limited/Canada Pension Plan Investment Board/GTA Reisen Holding AG und Kuoni Holding Plc	485
	4. Canada Pension Plan Investment Board/BPEA Private Equity Asia/Nord Anglia Education, Inc.	490
	5. Bell Food Group AG/Hilcona AG	493
	6. Gilden Holding B.V./Oel-Pool AG/shop and more AG	495
	7. Heraeus/Argor-Heraeus	499
	8. Tamedia AG/Neo Advertising AG	505
	9. Demaurex/CCA	512
8.	BGBM LMI LMI	
	1. Recommandation du 2 octobre 2017 à l'attention de la Ville de Genève concernant la modification de l'article 23A du Règlement relatif aux aides financières du service social du 17 décembre 1986	513
B 4	Bundesgericht Tribunal fédéral Tribunale federale	
	1. Extrait de l'arrêt fédéral du 6 mars 2017 dans la cause A SA et Municipalité de la Ville de Lausanne contre B. SA (recours en matière de droit public)	517
	2. Urteil vom 9. Oktober 2017 Eidgenössisches Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung gegen Koch Group AG (unzulässige Wettbewerbsabrede)	524
	3. Urteil vom 9. Oktober 2017 Eidgenössisches Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung gegen Siegenia-Aubi AG (unzulässige Wettbewerbsabrede)	528
B 7	Kantonale Gerichte Tribunaux cantonaux Tribunali cantonali	
	1. Arrêt du 22 août 2017 de la Chambre administrative de la Cour de justice de la République et Canton de Genève dans la cause A contre Département de l'aménagement, du logement et de l'énergie	532
	Abkürzungsverzeichnis (deutsch, français e italiano)	538
	Index (deutsch, français e italiano)	540

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	4. Beratungen Conseils Consulenze
B 1.4	1. Beratung betreffend Meldepflicht

A Sachverhalt

Die [A], die [B] und die [C] planen, selbst oder über Tochtergesellschaften von einer Verkäuferin (noch anonym) die gemeinsame Kontrolle über ein Zielunternehmen (noch anonym) zu erwerben. Die gemeinsame Kontrolle wird durch zwei zeitlich getrennte Transaktionen erreicht:

- [A] erwirbt zunächst die alleinige Kontrolle (100%) am Zielunternehmen. Dabei erreichen weder [A] noch das Zielunternehmen die Umsatzschwelle von 100 Millionen Franken in der Schweiz.
- [A] vereinbart (zeitgleich zum Abschluss des Kaufvertrags mit der Verkäuferin) in einem separaten Vertrag mit [B] und [C], dass es nach dem Vollzug der Transaktion 1 anschliessend Teile der am Zielunternehmen erworbenen Beteiligung an [B] und [C] weiterverkaufen wird. [A], [B] und [C] werden als Folge dieser Transaktion 2 wegen bestimmter Minderheiten- und Vetorechte die gemeinsame Kontrolle über das Zielunternehmen erhalten. Die [B-Gruppe] und die [C-Gruppe] erreichen den Umsatzschwellenwert von je mehr als 100 Millionen Franken. Da auch die übrigen Umsatzschwellenwerte (gemeinsamer Umsatz der beteiligten Unternehmen in der Schweiz von Fr. 500 Mio. bzw. weltweit Fr. 2 Mia.) erreicht werden, löst diese Transaktion 2 eine Meldepflicht im Sinne von Art. 9 Abs. 1 KG aus. Aus diesem Grund werden [A], [B] und [C] vereinbaren, dass die Transaktion 2 nur vollzogen werden darf, wenn sie an das Sekretariat gemeldet und von der WEKO freigegeben worden ist.

Laut Beratungsgesuch wählen die Parteien diese Vorgehensweise aus kommerziellen Gründen, um die Kontrolle über das Zielunternehmen möglichst rasch erwerben zu können.

In diesem Zusammenhang bitten wir Sie um Beantwortung der folgenden Fragen:

- Trifft es zu, dass die Transaktion 1, d. h. der Erwerb der alleinigen Kontrolle über das Zielunternehmen durch [A], ohne Meldung an das Sekretariat und vorgängige Freigabe durch die WEKO vollzogen werden darf?
- Trifft es entsprechend zu, dass erst die Transaktion 2 vor dem Vollzug an das Sekretariat gemeldet und von der WEKO freigegeben werden muss?
- Trifft es zu, dass in Bezug auf [A], die [B-Gruppe] und die [C-Gruppe] noch nie im Sinne von Art. 9 Abs. 4 KG in einem Verfahren nach dem KG rechtskräftig festgestellt worden ist, dass sie in der Schweiz auf einem bestimmten Markt eine beherrschende Stellung haben?

B Beurteilung

B.1 Meldepflicht der 1. Transaktion (1. und 2. Frage)

Zur Beantwortung der Beratungsfragen 1 und 2 sind die folgenden Teilfragen zu beantworten:

- Stellt die 1. Transaktion einen eigenen Zusammenschluss dar oder bilden die beiden Transaktionen zusammen einen einheitlichen wirtschaftlichen Vorgang?
- Muss die 1. Transaktion basierend auf dieser Einschätzung vorgängig gemeldet und deren Prüfung durch die Wettbewerbskommission abgewartet werden?

B.1.1 Ein Zusammenschluss oder mehrere?

Es stellt sich somit die Frage, ob die zwei Transaktionen zusammenhängen und einen einheitlichen wirtschaftlichen Vorgang darstellen, mithin als ein Zusammenschluss anzusehen sind.

In diesem Zusammenhang stellt sich auch die Frage nach der Dauerhaftigkeit der Veränderung der Kontrolle und damit der Marktstruktur. Zwar ist dies ein eigenständiges zu prüfendes Kriterium, jedoch handelt es sich

dabei regelmässig um Konstellationen mit zusammenhängenden Transaktionen.¹

Das Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251) und die Verordnung vom 17. Juni 1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU; SR 251.4) enthalten keine spezifischen Regeln zur Frage, unter welchen Bedingungen mehrere zusammenhängende Transaktionen einen einzigen Zusammenschluss darstellen.²

Jedoch sieht auch die Praxis der WEKO vor, dass ein Zusammenschluss, welcher in mehreren Schritten vollzogen werden soll, unter bestimmten Voraussetzungen als ein einheitlicher wirtschaftlicher Vorgang betrachtet werden kann.³ Massgeblich ist, ob die verschiedenen Transaktionen eine wirtschaftliche Einheit darstellen. Eine Konstellation ist dabei in der Mitteilung des Sekretariats der Wettbewerbskommission, Praxis zur Meldung und Beurteilung von Zusammenschlüssen vom 25.3.2009 (nachfolgend: Mitteilung Praxis) beschrieben.⁴

Die Mitteilung-Praxis nimmt dabei Bezug auf die europäische Praxis, welche in der konsolidierten Mitteilung der Kommission zu Zuständigkeitsfragen gemäss der Verordnung (EG) 139/2004 des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen ihren Niederschlag gefunden hat (nachfolgend: EU-Mitteilung).⁵ Die Mitteilung-Praxis scheint sich dabei an die Regeln in der EU-Mitteilung bezüglich des Kriteriums der Dauerhaftigkeit anzulehnen (Rz 28 ff.).

Die Mitteilung-Praxis enthält nur die Konstellation des Erwerbs gemeinsamer Kontrolle (1. Schritt) mit anschliessendem Übergang zu alleiniger Kontrolle (2. Schritt). Jedoch muss dasselbe auch für den Erwerb alleiniger Kontrolle (1. Schritt) mit anschliessendem Übergang zu gemeinsamer Kontrolle (2. Schritt) gelten.⁶ Voraussetzungen für die Annahme eines «Zusammenschlusses als Einheit» sind dabei gemäss Mitteilung-Praxis eine rechtsverbindliche Vereinbarung für den zweiten Schritt und eine maximale Übergangszeit von einem Jahr. Dies entspricht den Voraussetzungen in der EU.

In der EU-Mitteilung wird die Konstellation der Abfolge des Erwerbs alleiniger Kontrolle (erster Schritt) und anschliessend gemeinsamer Kontrolle (2. Schritt) im Kapitel „Zusammenhängende Transaktionen“ erwähnt. Die EU-Kommission sieht unter bestimmten Bedingungen Transaktionen als einheitlichen Vorgang an (Rz 36 ff. EU-Mitteilung):

- Die Erwerbsvorgänge müssen eng miteinander verknüpft bzw. voneinander abhängig sein. Das heisst, die Beteiligten würden eine Transaktion nicht ohne die anderen durchführen. Dies ist offensichtlich der Fall, wenn die Geschäfte rechtlich miteinander verbunden sind. Sofern die Transaktionen nicht bedingt abgeschlossen wurden, so hat eine wirtschaftliche Beurteilung aufgrund der Umstände zu erfolgen, ob die Transaktionen voneinander abhängig sind. Als weitere Indizien für eine Abhängigkeit können dabei Erklärungen der beteiligten Unternehmen oder der gleichzeitige

Abschluss der Vereinbarungen angesehen werden.

- Im Übrigen ist für die Annahme eines einheitlichen Vorgangs auch zu beachten, dass schlussendlich (d.h. nach Durchführung aller Transaktionen) die Unternehmen, welche die Kontrolle übernehmen, die gleichen Zielobjekte kontrollieren.⁷ Dies schliesst etwa Spaltungen aus.
- Für die Abfolge von Vorgängen zum Erwerb alleiniger/gemeinsamer Kontrolle sieht Rz 46 laut englischem Text zudem vor, dass der Weiterverkauf umgehend oder zumindest bald („directly“) zu erfolgen hat. In Analogie zu den Erläuterungen hinsichtlich des Kriteriums der Dauerhaftigkeit eines Kontrollenerwerbs dürfte es sachgerecht sein, dass die Transaktionen grundsätzlich innerhalb eines kurzen Zeitraums stattfinden müssen (maximal ein Jahr).⁸

Vorliegend liegt eine Konstellation vor, wie sie in Rz 47 EU-Mitteilung beschrieben ist. Eine Prüfung der Kriterien zur Annahme eines einzigen Vorganges ergibt Folgendes:

- Abhängigkeit: Ob die Transaktionen einander rechtlich bedingen, geht aus der Beratungsanfrage nicht hervor.⁹ Die Verträge sollen indes gleichzeitig abgeschlossen werden. Ob wirtschaftlich zwingend eine Abhängigkeit besteht, kann aufgrund der vorliegenden Informationen ebenfalls nicht beurteilt werden.
- Am Ende der Transaktionen kontrollieren die drei kontrollierlangenden Unternehmen dasselbe Zielunternehmen.
- Der Beratungsanfrage ist weiter keine exakte Angabe zu entnehmen, wann die zweite Transaktion durchgeführt wird, die Beschreibung des Ablaufs („anschliessend“) deutet eher auf eine rasche Abwicklung hin.

¹ Vgl. MANI REINERT, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 4 Abs. 3 KG N 481.

² Auch die Dauerhaftigkeit der Kontrollveränderung ist gesetzlich nicht explizit vorgesehen; von diesen Fragestellungen abzugrenzen ist der zur Verhinderung einer «Salamitaktik» vorgesehene Art. 4 Abs. 3 VKU, welcher sich auf die Berechnung des Umsatzes bezieht und überdies auf den vorliegenden Fall nicht anwendbar ist, da es sich nicht um dieselben Unternehmen bei den beiden Transaktionen handelt; vgl. BSK-KG-Reinert (Fn 1), N 466 ff.

³ Vgl. etwa RPW 2016/2, 545 Rz 8, *Amcor/SIDEL/JV*; RPW 2015/4, 763 Rz 34 m.w.H., RPW 2015/3, 382 Rz 132, *Swisscom Directories AG/Search.ch AG*; *Coop/Swisscom*; RPW 2012/3, 683 Rz 40, *Tamedia/Giacomo Salvioni/20 minuti/TIO*; Vgl. RPW 2003/2, 305 Rz 11, *RAG/Degussa*.

⁴ Mitteilung des Sekretariats der Wettbewerbskommission, Praxis zur Meldung und Beurteilung von Zusammenschlüssen vom 25.3.2009 (Mitteilung Praxis), verfügbar unter <<https://www.weko.admin.ch/weko/de/home/dienstleistungen/meldeformulare.html>>.

⁵ ABI C 43 vom 21. Februar 2009 S. 10 ff.

⁶ Vgl. BSK KG-Reinert (Fn 1), N 74 ff.

⁷ EU-Mitteilung (Fn 5), Rz 44; BSK-KG-REINERT (Fn 1), N 466 ff.

⁸ Vgl. Mitteilung Praxis (Fn 3), Ziff. II.

⁹ Für das Kriterium der Dauerhaftigkeit muss eine rechtsverbindliche Vereinbarung vorliegen.

Die Angaben im Beratungsgesuch gehen tendenziell in Richtung zusammenhängender Transaktionen (resp. einer nicht dauerhaften Kontrolle/Marktstrukturänderung durch die 1. Transaktion); eine definitive Beurteilung ist aufgrund der vorliegenden Informationen jedoch nicht möglich. Wie nachfolgend aufgezeigt wird, kann dies für die Frage der Meldepflicht der 1. Transaktion jedoch offengelassen werden, da sowohl bei Annahme separater Transaktionen als auch bei Annahme eines einheitlichen wirtschaftlichen Vorgangs keine Meldepflicht besteht.

B.1.2 Meldepflicht

Nachfolgend wird geprüft, ob die erste Transaktion der Meldepflicht unterliegt:

- Bei Annahme von zwei separaten Zusammenschlüssen (je ein Zusammenschluss pro Transaktion) sind gestützt auf die Angaben im Beratungsgesuch nur beim zweiten Zusammenschluss die Umsatzschwellen erfüllt, weshalb nur der zweite Zusammenschluss vor dem Vollzug durch die WEKO geprüft werden muss.
- Auch die Annahme eines einheitlichen, aus zwei Transaktionen bestehenden Zusammenschlusses führt zum gleichen Ergebnis: Dabei ist entscheidend, dass die erste Transaktion per se betrachtet wie oben erwähnt zu keiner Meldepflicht führt. Erst die zweite Transaktion führt zu einer Konstellation, bei der Unternehmen mit Umsätzen beteiligt sind, die der Gesetzgeber der Meldepflicht unterstellen wollte. Zwar ist auch die erste Transaktion eine Vollzugshandlung; diese stellt jedoch keine vom Vollzugsverbot erfasste Vollzugshandlung dar, weil sie noch nicht zur Kontrolle durch diejenigen Unternehmen führt, welche die Meldepflicht auslösen. Schliesslich ist eine allfällige Umgehung der Meldepflicht (im Sinne von Art. 4 Abs. 3 VKU) im vorliegenden Fall nicht ersichtlich,

welche gegebenenfalls eine andere Beurteilung rechtfertigen könnte.

B.2 Meldepflicht aufgrund Art. 9 Abs. 4 KG (Frage 3)

Die Überprüfung der kontrollierwerbenden Unternehmen hinsichtlich Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung ergab folgende Resultate:

- Für die [A] wurde bisher soweit ersichtlich nie eine marktbeherrschende Stellung festgestellt.
- Für die [B-Gruppe] wurde bisher soweit ersichtlich bisher nie eine marktbeherrschende Stellung festgestellt.
- Für die Unternehmen im Konsolidierungskreis der [C-Gruppe] wurde bisher soweit ersichtlich bisher nie eine marktbeherrschende Stellung festgestellt.

C Fazit

Fragen 1 und 2: Die erste Transaktion (Übernahme des Zielunternehmens durch die [A]) ist – vorbehältlich einer allfälligen Meldepflicht nach Art. 9 Abs. 4 KG des Zielunternehmens – nicht meldepflichtig und kann daher direkt vollzogen werden. Dagegen unterliegt Transaktion 2 der Meldepflicht und dem Vollzugsverbot bis zur Freigabe durch die WEKO.

Frage 3: Soweit ersichtlich wurde für die drei die Kontrolle über das Zielunternehmen erwerbenden Unternehmen nie eine marktbeherrschende Stellung festgestellt, weshalb keine Meldepflicht gestützt auf Art. 9 Abs. 4 KG besteht. Vorbehalten bleibt eine allfällige Meldepflicht gestützt auf Art. 9 Abs. 4 KG mit Bezug auf das (derzeit noch anonyme) Zielunternehmen.

Folglich muss vor Vollzug der 2. Transaktion der Zusammenschluss gestützt auf Art. 9 Abs. 1 KG der WEKO gemeldet werden.

B 2

Wettbewerbskommission
 Commission de la concurrence
 Commissione della concorrenza

B 2	1. Vorsorgliche Massnahmen Mesures provisionnelles Misure cautelari
B 2.1	1. Eishockey im Pay-TV

Verfügung der Wettbewerbskommission vom 26. Juni 2017 in Sachen Untersuchung Eishockey im Pay-TV gemäss Art. 27 KG betreffend vorsorgliche Massnahmen; CT Cinetrade AG, Zürich, Teleclub AG, Zürich und Swisscom (Schweiz) AG, Bern (Gesuchstellerinnen) gegen UPC Schweiz GmbH, Wallisellen (Gesuchsgegnerin).

A Verfahren

1. Mit Schreiben vom 24. März 2017 stellten die Gesuchstellerinnen ein Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen (nachfolgend: Gesuch) gegen die Gesuchsgegnerin.

2. Im Gesuch wurden folgende Rechtsbegehren gestellt:

1. Es sei gegen UPC eine Untersuchung gemäss Art. 27 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz KG; SR 251) wegen Anhaltspunkten für den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung zu eröffnen.
2. Es seien Cinetrade, Teleclub und Swisscom als Parteien gemäss Art. 6 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG; SR 172.021) in Verbindung mit Art. 48 VwVG an der Untersuchung zu beteiligen.
3. UPC sei zu verpflichten, allen TV-Plattformen in der Schweiz (einschliesslich der Swisscom TV-Plattform) auf Anfrage zu nicht-diskriminierenden Bedingungen eine Offerte für den gleichwertigen Zugang zum „MySports“-Angebot (Schweizer Eishockeyübertragungen im Rahmen eines Liga-Wettbewerbs der Spielzeiten 2017/18 bis einschliesslich 2021/22 im Pay-TV) mittels PPC oder PPV zu unterbreiten und diese Verpflichtung sei als vorsorgliche Massnahme für die Dauer der Untersuchung anzuordnen.
4. Eventualiter sei UPC zu verpflichten, allen TV-Plattformen in der Schweiz (einschliesslich der Swisscom TV-Plattform) auf Anfrage zu nicht-diskriminierenden Bedingungen eine Offerte für die Sublizenzierung der Übertragungsrechte für Schweizer Eishockeyspiele im Rahmen eines Liga-Wettbewerbs der Spielzeiten 2017/18 bis ein-

schliesslich 2021/22 im Pay-TV mittels PPV oder PPC zu unterbreiten und diese Verpflichtung sei als vorsorgliche Massnahme für die Dauer der Untersuchung anzuordnen.

5. Die Anträge gemäss Ziffer 3, eventualiter Ziffer 4 seien sofort und ohne Anhörung der Gesuchsgegnerin superprovisorisch anzuordnen.
6. Einer allfälligen Beschwerde von UPC gegen die anzuordnenden Massnahmen sei die aufschiebende Wirkung zu entziehen.
7. UPC seien für Widerhandlungen gegen die angeordneten Massnahmen die gesetzlichen Straffolgen gemäss Art. 50 und Art. 5 KG anzudrohen.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu lasten der Gesuchsgegnerin.

3. Mit Schreiben des Sekretariats der Wettbewerbskommission (nachfolgend: Sekretariat) vom 31. März 2017 wurde den Gesuchstellerinnen mitgeteilt, dass der Präsident der Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) Ziffer 5 ihrer Rechtsbegehren (Superprovisorium) abgewiesen hat.

4. Über Ziffer 2 der Rechtsbegehren der Gesuchstellerinnen (Parteistellung) ist im Rahmen des Hauptverfahrens zu entscheiden.

5. Mit Schreiben des Sekretariats vom 31. März 2017 wurde das Gesuch der Gesuchsgegnerin zur Stellungnahme zugestellt und dafür eine Frist bis 11. April 2017 gesetzt. Das von der Gesuchsgegnerin mit Schreiben vom 11. April 2017 gestellte Fristerstreckungsgesuch lehnte das Sekretariat mit Schreiben vom 12. April 2017 ab und setzte eine Notfrist bis 13. April 2017.

6. Mit Schreiben vom 13. April 2017 nahm die Gesuchsgegnerin Stellung (nachfolgend: Stellungnahme). Dabei stellte die Gesuchsgegnerin folgende Rechtsbegehren:

- Die Rechtsbegehren der Gesuchstellerinnen seien vollumfänglich abzuweisen.
- Die Mitarbeiter des Sekretariats, die mit der Beratungsanfrage der Gesuchstellerinnen befasst waren, haben in den Ausstand zu treten.
- Es sei der Gesuchsgegnerin eine Frist von mindestens 30 Tagen anzusetzen, um zum Gesuch

der Gesuchstellerinnen Stellung nehmen zu können.

7. Mit Schreiben vom 28. April 2017 zog die Gesuchsgegnerin das Ausstandsgesuch zurück.

8. Am 22. Mai 2017 eröffnete das Sekretariat im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums der WEKO eine Untersuchung gemäss Art. 27 Abs. 1 KG gegen die Gesuchsgegnerin. Gestützt auf das Gesuch hatten sich Anhaltspunkte ergeben, dass die Gesuchsgegnerin im Bereich von Schweizer Eishockeyübertragungen eine marktbeherrschende Stellung haben könnte und sie Geschäftsbeziehungen im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. a KG verweigert.

9. Am 12. Juni 2017 fand eine Anhörung der Gesuchstellerinnen und der Gesuchsgegnerin vor der WEKO statt.

B Sachverhalt

10. Im Wesentlichen bringen die Gesuchstellerinnen Folgendes vor: Die Gesuchsgegnerin habe im Sommer 2016 von der Swiss Ice Hockey Federation (nachfolgend: SIHF) exklusive Übertragungsrechte für die obersten Schweizer Eishockeyligen erworben. Die Übertragungsrechte würden von der Gesuchsgegnerin im Rahmen des neuen „MySports“-Angebots verwertet. „MySports“ werde ausschliesslich durch die Gesuchsgegnerin und durch ihre Distributionspartner im Branchenverband Suissedigital verbreitet werden. Nicht auf dem Koaxialkabelnetz basierende Drittplattformen erhielten das „MySports“-Angebot nicht.

11. Von Anfang an seien die Gesuchstellerinnen an einer Vermarktung des „MySports“-Angebots bzw. von Schweizer Eishockeyübertragungen auf ihren eigenen TV-Plattformen interessiert gewesen und hätten dies auch stets öffentlich bekundet. Eine schriftliche Anfrage der Gesuchstellerinnen vom 3. Oktober 2016 für eine Distributionsofferte sei durch die Gesuchsgegnerin unbeantwortet geblieben. In der Folge sei es zu mehreren ergebnislosen Treffen gekommen. [...] Die Gesuchsgegnerin habe dabei von Anfang an geplant, den Gesuchstellerinnen keine Offerte für die Verbreitung von „MySports“ zu machen.

12. Die Gesuchsgegnerin und ihre Kabelnetz-Distributionspartner hätten äusserst aggressiv und medienwirksam mit der Vermarktung von „MySports“ begonnen. Die Gesuchsgegnerin werbe dabei in der Öffentlichkeit aktiv mit der Angebotsverweigerung gegenüber den Gesuchstellerinnen. Diese Vermarktungsaktivitäten seien nach eigenen Angaben der Gesuchsgegnerin erfolgreich.

13. Die Gesuchsgegnerin bringt vor, der von den Gesuchstellerinnen vorgetragene Sachverhalt weise substantielle Lücken und Unstimmigkeiten auf. Die Gesuchstellerinnen würden über weite Strecken ihres Gesuchs versuchen, den Sachverhalt so darzustellen, als hätten sie die Gesuchsgegnerin um ein Angebot ersucht, die Gesuchsgegnerin habe jedoch eine Hinhaltestrategie verfolgt.

14. Gemäss Gesuchsgegnerin ist zutreffend, dass zwischen den Parteien seit Sommer 2016 Gespräche über

einen neuen Distributionsvertrag für die Programmangebote von Teleclub geführt worden sind. [...]

15. [...]

16. Die von den Gesuchstellerinnen vorgebrachten Sachverhaltselemente werden damit von der Gesuchsgegnerin im Wesentlichen nicht bestritten. Insbesondere geht aus den Ausführungen der Gesuchsgegnerin nicht hervor, dass sie entgegen den Behauptungen der Gesuchstellerinnen diesen ein Angebot hinsichtlich der fraglichen Eishockeyübertragungen unterbreitet hätte. Vielmehr bringt die Gesuchsgegnerin vor, dass die Gesuchstellerinnen ein wesentliches Sachverhaltselement ausgeblendet hätten, nämlich dass die Gesuchstellerinnen ihrerseits gegenüber der Gesuchsgegnerin im Ergebnis ein Angebot hinsichtlich [...] verweigert habe.

17. Im Rahmen der vorliegenden summarischen Prüfung des Sachverhalts bestehen keine Hinweise darauf, dass die Gesuchstellerinnen oder die Gesuchsgegnerin unrichtige Sachverhaltsangaben gemacht hätten. Die Sachverhaltsangaben wurden denn auch anlässlich der Anhörung in den entscheidungsrelevanten Punkten (insbesondere hinsichtlich der Nichtunterbreitung eines Angebots von UPC an Swisscom trotz Anfrage sowie der Nichtverfügbarkeit der UPC-Inhalte für Nicht-UPC-Kunden) bestätigt. Damit erscheinen die Angaben als glaubhaft.

C Erwägungen

C.1 Zum rechtlichen Gehör

18. Die Gesuchsgegnerin macht geltend, es sei ihr innerhalb der angesetzten kurzen Frist zur Stellungnahme nur beschränkt möglich gewesen, die vorliegend relevanten Zusammenhänge und den sich daraus ergebende Rechtsmissbrauch der Gesuchstellerin darzulegen. Es sei der Gesuchsgegnerin deshalb Gelegenheit einzuräumen, innerhalb einer neu anzusetzenden Frist von mindestens 30 Tagen zum vorliegenden Gesuch Stellung zu nehmen. Im Ergebnis macht die Gesuchsgegnerin damit eine Verletzung des rechtlichen Gehörs geltend.

19. Gestützt auf Art. 29 und 31 VwVG in Verbindung mit Art. 39 KG hat die Gesuchsgegnerin Anspruch, vor Erlass einer Verfügung zum Gesuch angehört zu werden. Es stellt sich daher die Frage, ob mit der der Gesuchsgegnerin gesetzten Frist deren Gehörsanspruch ausreichend gewahrt worden ist.

20. Die Frist zur Stellungnahme ist so zu bemessen, dass die Partei ihre Standpunkte fundiert und wirksam zur Geltung bringen kann.¹ Zu berücksichtigen ist, dass es sich vorliegend um ein summarisches Verfahren (vgl. nachfolgend Rz 30) betreffend vorsorgliche Massnahmen handelt. Die Vorbringen im Gesuch erscheinen

¹ Vgl. BERNHARD WALDMANN/JÜRG BICKEL, in: Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz, Waldmann/Weissenberger (Hrsg.), 2. Auflage, 2016, Art. 31 VwVG N 16.

zudem als nicht allzu komplex. Überdies ist der Gesuchsgegnerin die allgemeine hier relevante Thematik aus ihrer Beteiligung im Verfahren „Sport im Pay-TV“ bekannt. Insgesamt ist daher die ihr gesetzte Frist von total rund 10 Tagen zwar als kurz, jedoch als ausreichend zu bezeichnen, um angemessen zum Gesuch Stellung nehmen zu können.

C.2 Zu den vorsorglichen Massnahmen

C.2.1 Formelle Voraussetzungen

C.2.1.1 Eröffnung einer Untersuchung

21. Obwohl vorsorgliche Massnahmen für das erstinstanzliche Kartellverwaltungsverfahren weder im Kartellgesetz noch im Verwaltungsverfahrensgesetz explizit vorgesehen sind, sind sie nach Lehre und Rechtsprechung – in analoger Anwendung von Art. 23 KG in Verbindung mit Art. 56 VwVG – zulässig. Stehen Wettbewerbsbeschränkungen im Sinne von Art. 5 bzw. Art. 7 KG in Frage, hat die WEKO die Möglichkeit, im Rahmen des nichtstreitigen Verwaltungsverfahrens auf Antrag eines Beteiligten oder von Amtes wegen vorsorgliche Massnahmen zu erlassen.²

22. Der Erlass vorsorglicher Massnahmen kann nur im Rahmen eines Untersuchungsverfahrens erfolgen.³ Im vorliegenden Fall wurde am 22. Mai 2017 ein Untersuchungsverfahren i.S.v. Art. 27 KG eröffnet, weshalb diese formelle Voraussetzung für den Erlass vorsorglicher Massnahmen gegeben ist.

C.2.1.2 Zuständigkeit

23. Zuständig für den Erlass vorsorglicher Massnahmen ist die WEKO. Im Kartellrecht ist zu berücksichtigen, dass unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen sowohl auf dem zivilrechtlichen Weg (Art. 12 ff. KG) als auch auf dem verwaltungsrechtlichen Weg (Art. 18 ff. KG) verfolgt werden können. Aus diesem Nebeneinander von zwei Verfahrenswegen, die beide die gleichen materiellrechtlichen Ansprüche durchsetzen, folgt, dass der öffentlich-rechtliche Weg primär auf das öffentliche Interesse an einem funktionierenden Wettbewerb ausgerichtet ist. Damit sind im kartellrechtlichen Verwaltungsverfahren vorsorgliche Massnahmen vorab dann anzuordnen, wenn dies dem öffentlichen Interesse am Schutz des wirksamen Wettbewerbs dient; stehen hingegen in erster Linie private Interessen zur Diskussion, so ist der zivilrechtliche Weg zu beschreiten, auf welchem gemäss Art. 261 ff. der Schweizerischen Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 (Zivilprozessordnung, ZPO; SR 272) ebenfalls vorsorgliche Massnahmen möglich sind.⁴

24. Die beantragten Massnahmen zielen darauf ab, die Gesuchsgegnerin gegenüber allen TV-Plattformen in der Schweiz in gleicher Art und Weise zu verpflichten. Selbst wenn die beantragten Massnahmen nur darauf abzielen würden, einen Wettbewerbsvorteil zu Lasten der Gesuchstellerinnen zu beseitigen, ist wegen der grossen Bedeutung der Gesuchstellerinnen für den Wettbewerb im Bereich TV-Plattformen und im Bereich Infrastruktur davon auszugehen, dass derartige Massnahmen im Interesse des wirksamen Wettbewerbs wären. Dies wäre also in der vorliegenden Konstellation selbst dann der Fall, wenn es sich um einen blossen „Zweiparteienstreit“

handeln sollte. Daher kann davon ausgegangen werden, dass die vorsorglich beantragten Massnahmen (auch) einem öffentlichen Interesse am Schutz des Wettbewerbs dienen. Irrelevant für diese Schlussfolgerung ist, aus welcher Motivation heraus die Gesuchstellerinnen ihr Gesuch gestellt haben.

25. Die WEKO ist daher für die Beurteilung der beantragten vorsorglichen Massnahmen zuständig.

C.2.2 Verhältnis zu anderen Rechtsvorschriften

26. 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).

27. In den hier zu beurteilenden Märkten gibt es gemäss Praxis der WEKO keine Vorschriften, die Wettbewerb nicht zulassen.⁵

C.2.3 Materielle Voraussetzungen

28. Mit dem Erlass vorsorglicher Massnahmen soll die Wirksamkeit einer erst später zu treffenden definitiven Anordnung sichergestellt werden. Als gestaltende oder sichernde Massnahmen bezwecken sie, ein bestimmtes Rechtsverhältnis provisorisch in einer bestimmten Weise zu gestalten oder zu sichern.⁶

29. Die allgemeinen verwaltungsrechtlichen Regeln für die Anordnung vorsorglicher Massnahmen gelten grundsätzlich auch im Wettbewerbsrecht. Voraussetzung für den Erlass vorsorglicher Massnahmen sind demnach kumulativ (1) ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil, (2) eine über das allgemeine Bestreben nach möglichst rascher Umsetzung gesetzlicher Vorgaben hinausgehende, besondere Dringlichkeit sowie (3) die Verhältnismässigkeit der Anordnung.⁷

² RPW 2014/2, 387 f. Rz 7, *Sport im Pay-TV – vorsorgliche Massnahmen*, m.w.H.

³ RPW 2014/2, 388 Rz 8, *Sport im Pay-TV – vorsorgliche Massnahmen*, m.w.H.

⁴ Vgl. RPW 2014/2, 388 Rz 9, *Sport im Pay-TV – vorsorgliche Massnahmen*, m.w.H.

⁵ Vgl. RPW 2016/4, 958 ff. Rz 325 ff., *Sport im Pay-TV*.

⁶ RPW 2014/2, 388 Rz 14, *Sport im Pay-TV – vorsorgliche Massnahmen*, m.w.H.; Urteil des BVGer, RPW 2014/2, 456 E. 2., *upc cablecom GmbH, Quickline AG und sasag Kabelkommunikation AG gegen CT Cinetrade AG, Teleclub AG und Swisscom (Schweiz) AG*.

⁷ Urteil des BVGer, RPW 2014/2, 456 E. 2.1, *upc cablecom GmbH, Quickline AG und sasag Kabelkommunikation AG gegen CT Cinetrade AG, Teleclub AG und Swisscom (Schweiz) AG*, m.w.H.

30. Die Hauptsachenprognose kann berücksichtigt werden, wenn sie eindeutig ist; bei tatsächlichen oder rechtlichen Unklarheiten drängt sich hingegen Zurückhaltung auf, weil in diesem Fall die erforderlichen Entscheidungsgrundlagen im Hauptverfahren erst noch beschafft werden müssen.⁸ Die ganze oder teilweise Vorwegnahme des mutmasslichen Resultats des Untersuchungsverfahrens rechtfertigt sich nur, wenn die Entscheidprognose entsprechend eindeutig ausfällt. Je zweifelhafter der Verfahrensausgang erscheint, desto höhere Anforderungen sind an den für die Verfahrensdauer im öffentlichen Interesse zu beseitigenden Nachteil, die Dringlichkeit und die Verhältnismässigkeit der Anordnung zu stellen. Dabei erfolgt im Verfahren um vorsorgliche Massnahmen nur eine summarische Prüfung ohne eingehende Beweisabnahme.⁹ Bei von Parteien vorgebrachten Tatsachenbehauptungen genügt grundsätzlich eine Glaubhaftmachung.¹⁰ Zu beachten ist dabei, dass, je höher der Eingriff mittels vorsorglicher Massnahmen ist, desto höhere Anforderungen an die Beweise zu stellen sind.¹¹

C.2.3.1 Hauptsachenprognose

31. Wie erwähnt sind entsprechend der bundesverwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung zur Beurteilung der materiellen Voraussetzung für die Anordnung vorsorglicher Massnahmen (vgl. Rz 30) umso höhere Anforderungen an den zu beseitigenden Nachteil, die Dringlichkeit und die Verhältnismässigkeit der Anordnung zu stellen, je zweifelhafter der Verfahrensausgang erscheint..

32. Die Gesuchstellerinnen stützen sich bezüglich Hauptsachenprognose auf die Ergebnisse der Untersuchung „Sport im Pay-TV“ sowie die Beratung des Sekretariats vom 7. März 2017 in Sachen „Eishockey im Pay-TV“. Sie kommen damit zum Ergebnis, dass eine eindeutig günstige Entscheidprognose vorliege. Auf die gegenteiligen Vorbringen der Gesuchsgegnerin wird nachfolgend an entsprechender Stelle eingegangen.

C.2.3.1.1 Voraussichtliche Marktabgrenzung

33. Die WEKO hat sich im Rahmen der Untersuchung „Sport im Pay-TV“¹² eingehend mit der vorliegend relevanten Thematik der Verweigerung von TV-Inhalten gegenüber TV-Plattformen auseinandergesetzt. Sie ist dabei zum Schluss gekommen, dass im Rahmen der Wertschöpfungskette der Übertragung von TV-Inhalten Bereitstellungsmärkte abzugrenzen sind, auf welchen sich TV-Programmveranstalter und TV-Plattformanbieter gegenüberstehen.¹³ Die WEKO hat in der Folge geprüft, ob diese Märkte aus Sicht der Nachfrager, d.h. der TV-Plattformanbieter, weiter unterteilt oder breiter gefasst werden müssen. Dazu wurden mögliche Substitutionsbeziehungen mit verschiedenen anderen TV-Inhalten (Spielfilme, Fernsehserien, verschiedene Sportarten und Sportanlässe etc.) sowie mögliche Substitutionsbeziehungen zwischen unterschiedlichen Formen der Verbreitung (PPV und PPC sowie Free-TV und Pay-TV) untersucht.¹⁴

34. Die WEKO hat auf Grundlage der erhobenen Beweismittel festgestellt, dass Sportinhalte nicht durch andere TV-Inhalte (Spielfilme etc.) substituierbar sind.¹⁵ Innerhalb der Sportarten liegen zumindest für Fussball und Eishockey getrennte Märkte vor, sodass Fussball

und Eishockey weder untereinander noch durch andere Sportarten substituierbar sind.¹⁶ Es ist zudem danach zu unterscheiden, ob ein Einzelereignis oder ein Ligaprodukt, d.h. mehrere Einzelereignisse zu einer Meisterschaft über eine ganze Saison zusammengefasst, übertragen wird.¹⁷ Schliesslich ergab sich auch eine Abgrenzung zwischen Schweizer und ausländischen Ligen sowie zwischen Pay-TV und Free-TV.¹⁸ Im vorliegend relevanten Zusammenhang hat die WEKO entsprechend einen nationalen Markt für die Bereitstellung von Schweizer Eishockeyübertragungen im Rahmen eines Liga-Wettbewerbs im Pay-TV¹⁹ abgegrenzt.²⁰

35. Es ist nicht davon auszugehen, dass sich das Nachfrageverhalten und damit die Substituierbarkeit in der Zwischenzeit massgeblich verändert haben – zumindest liegen dem Sekretariat keine entsprechenden Hinweise vor. Es ist daher für die Zwecke der Beurteilung der von den Gesuchstellerinnen beanstandeten Verhaltensweise von der Marktabgrenzung auszugehen, welche die WEKO im Verfahren „Sport im Pay-TV“ vorgenommen hat. Die Gesuchsgegnerin bringt keine Argumente vor, weshalb von dieser Marktabgrenzung abzuweichen wäre. Insbesondere ist nicht von einem Gesamtmarkt „im Sportbereich“ auszugehen.

C.2.3.1.2 Voraussichtliche Beurteilung der Markstellung

36. Entsprechend der diesbezüglich unstrittigen Sachverhaltsdarstellung im Gesuch ist davon auszugehen, dass die Gesuchsgegnerin von der SIHF für 5 Jahre die alleinigen Schweizer Eishockeyübertragungsrechte für Ligaspiele ab der Saison 2017/18 erworben hat.

37. Die WEKO hat im Entscheid „Sport im Pay-TV“ in Zusammenhang mit der Prüfung der Markstellung diesbezüglich ausgeführt, dass Inhaber exklusiver Übertragungsrechte aufgrund dieser Exklusivität immer eine gewisse Marktmacht erhalten, unabhängig von der kartellrechtlichen Beurteilung des Vergabeverfahrens an sich. Insbesondere wenn die Rechte als Gesamtpaket

⁸ Urteil des BVGer, RPW 2014/2, 456 E. 2., *upc cablecom GmbH, Quickline AG und sasag Kabelkommunikation AG gegen CT Cinetrade AG, Teleclub AG und Swisscom (Schweiz) AG*.

⁹ Urteil des BVGer, RPW 2014/2, 456 E. 2.1, *upc cablecom GmbH, Quickline AG und sasag Kabelkommunikation AG gegen CT Cinetrade AG, Teleclub AG und Swisscom (Schweiz) AG, m.w.H.*

¹⁰ Vgl. VINCENT MARTENET, in: *Droit de la concurrence, Commentaire romand, Martenet/Bovet/Tercier* (Hrsg.), 2e édition, 2013, Art. 39 LCart N 106; STEFAN BILGER, in: *Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert* (Hrsg.), 2010, Art. 39 N 103.

¹¹ Urteil des BVGer, RPW 2014/2, 457 E. 3., *upc cablecom GmbH, Quickline AG und sasag Kabelkommunikation AG gegen CT Cinetrade AG, Teleclub AG und Swisscom (Schweiz) AG*.

¹² Vgl. RPW 2016/4, 920 ff., *Sport im Pay-TV*.

¹³ Vgl. RPW 2016/4, 970 f. Rz 402, *Sport im Pay-TV*.

¹⁴ Vgl. RPW 2016/4, 970 f. Rz 402, *Sport im Pay-TV*.

¹⁵ Vgl. RPW 2016/4, 971 f. Rz 406 ff., *Sport im Pay-TV*.

¹⁶ Vgl. RPW 2016/4, 973 f. Rz 424 ff. und 976 f. Rz 449 ff., *Sport im Pay-TV*.

¹⁷ Vgl. RPW 2016/4, 972 f. Rz 417 ff., *Sport im Pay-TV*.

¹⁸ Vgl. RPW 2016/4, 974 f. Rz 430 ff. und 975 f. Rz 439 ff., *Sport im Pay-TV*.

¹⁹ Nachfolgend sind mit dem Begriff „Eishockey“, soweit nicht anders bezeichnet, Schweizer Eishockeyübertragungen im Rahmen eines Liga-Wettbewerbs im Pay-TV gemeint; dasselbe gilt analog für die Bezeichnung „Fussball“.

²⁰ Vgl. RPW 2016/4, 983 Rz 496, *Sport im Pay-TV*.

über mehrere Jahre exklusiv vergeben werden und folglich ein Markteintritt schwierig ist, ist eine marktbeherrschende Stellung des Rechteinhabers wahrscheinlich. Grundsätzlich gilt dabei, dass dem Inhaber dieser Rechte umso mehr Marktmacht verliehen wird, je umfassender, exklusiver und langfristiger die Übertragungsrechte ausgestaltet sind.²¹

38. Die vorliegende Vergabe von Exklusivrechten für 5 Jahre ist als umfassend und langfristig zu bezeichnen, unabhängig davon, ob sich das aktuelle Vergabeprozeder von früheren unterscheidet.

39. Zur Beurteilung der aktuellen und potentiellen Konkurrenz ist darauf hinzuweisen, dass die Gesuchsgegnerin sich dahingehend geäußert hat, dass keine Sublizenzierung stattfinden wird. Es ist daher davon auszugehen, dass keine aktuelle und potenzielle Konkurrenz auf dem nationalen Markt für die Bereitstellung von Schweizer Eishockeyübertragungen im Rahmen eines Liga-Wettbewerbs im Pay-TV besteht.

40. Somit besteht voraussichtlich eine erhebliche Marktmacht der Gesuchsgegnerin. Wie die Gesuchsgegnerin zu dieser Marktmacht gelangt ist – sei es im Rahmen eines kartellrechtlich unbedenklichen Ausschreibungsverfahrens oder auf andere Weise – ist für die Beurteilung der Marktstellung irrelevant.

41. Es spielt für die Marktstellung der Gesuchsgegnerin zudem keine Rolle, ob die Gesuchsgegnerin bis vor kurzem durch das missbräuchliche Verhalten der Gesuchstellerinnen vollständig von der eigenständigen Beschaffung von Sportcontent ausgeschlossen war. Früheres Verhalten der Gesuchstellerinnen ist für die Beurteilung der heutigen Marktstellung der Gesuchsgegnerin irrelevant.

42. Genauso ist es für die Marktstellung im Bereitstellungsmarkt irrelevant, wie erfolgreich die Gesuchsgegnerin mit der Marke „MySports“ als Programmveranstalterin ist oder sein wird, da sie in jedem Falle einhundert Prozent der den relevanten Markt ausmachenden Sportrechte hält.

43. Entgegen den Ausführungen der Gesuchsgegnerin geht es vorliegend auch nicht um eine allfällige Marktherrschaft „in Bezug auf ein noch nicht einmal existierendes und noch weitgehend undefiniertes MySports-Angebot“. Relevant ist vorliegend nur die Bereitstellung von Schweizer Eishockeyübertragungen, gegebenenfalls im Rahmen des „My-Sports“-Angebots, und nicht die Bereitstellung des „MySports“-Angebots als Ganzem.

44. Vorliegend ist zu berücksichtigen, dass die Rechte für die Übertragung der Schweizer Eishockey- und Fussballmeisterschaften ab Saison 2017/18 an zwei unterschiedliche Erwerber vergeben wurden – dies im Gegensatz zur von der WEKO beurteilten Situation im Rahmen der Untersuchung „Sport im Pay-TV“. Grundsätzlich wäre es denkbar, dass die Gesuchsgegnerin durch ihr gleichzeitiges Interesse an den von den Gesuchstellerinnen angebotenen Fussballübertragungen sich im Bereitstellungsmarkt für Eishockeyübertragungen nicht mehr unabhängig von anderen Marktteilnehmern verhalten kann. Möglicherweise könnten die Gesuchstellerinnen der Gesuchsgegnerin etwa mit der Verweigerung eines Angebots betreffend die Fussballübertragungen (was von der Gesuchsgegnerin auch tatsächlich vorgebracht wird, vgl. Rz 14 f.) drohen, um die Gesuchsgegnerin dazu zu bringen, ihrerseits ein Angebot betreffend die Eishockeyübertragungen zu machen.

bertragungen (was von der Gesuchsgegnerin auch tatsächlich vorgebracht wird, vgl. Rz 14 f.) drohen, um die Gesuchsgegnerin dazu zu bringen, ihrerseits ein Angebot betreffend die Eishockeyübertragungen zu machen.

45. Unabhängig davon, ob ein solches Verhalten der Gesuchstellerinnen kartellrechtlich zulässig wäre, ist vorliegend zu berücksichtigen, dass das Drohpotential der Gesuchstellerinnen wesentlich durch die Tatsache eingeschränkt ist, dass der Gesuchsgegnerin zumindest teilweise das Fussballangebot der Gesuchstellerinnen zur Verfügung steht – wie auch immer dieser Zugang zustande gekommen ist. Deshalb führt vorliegend die Tatsache, dass die Gesuchstellerinnen über die Fussballrechte verfügen, zu keiner anderen Schlussfolgerung hinsichtlich der Marktstellung der Gesuchsgegnerin in Bezug auf Eishockey. Anders sähe die Situation möglicherweise aus, wenn die Gesuchsgegnerin gar keinen Zugang zu Fussballübertragungen hätte. Wobei dann zu berücksichtigen wäre, dass eine Einschränkung ihrer Unabhängigkeit einzig gegenüber der Gesuchstellerinnen und nicht gegenüber Drittplattformen vorliegen würde.

46. Zudem wird die Marktstellung der Gesuchsgegnerin nicht dadurch relativiert, dass gewisse Eishockeyspiele auch im Free-TV übertragen werden, war dies doch schon in den Gegenstand der Untersuchung „Sport im Pay-TV“ bildenden Vergabeperioden der Fall.²²

47. Nicht relevant ist sodann, ob die im Verband Suisse-digital zusammengeschlossenen Kabelnetzbetreiber quasi als wirtschaftliche Einheit anzusehen sind bzw. welche Marktstellung die Gesuchstellerinnen allenfalls im TV-Plattformmarkt innehaben.

48. Irrelevant für Beurteilung der Marktstellung der Gesuchsgegnerin ist auch, aus welcher Motivation heraus die Gesuchstellerinnen ihr Gesuch gestellt haben.

49. Somit ist die Gesuchsgegnerin im nationalen Markt für die Bereitstellung von Schweizer Eishockeyübertragungen im Rahmen eines Liga-Wettbewerbs im Pay-TV für die Spiele der Saison 2017/18 bis 2021/22 voraussichtlich als marktbeherrschend zu qualifizieren.

C.2.3.1.3 Voraussichtliche Beurteilung der Verhaltensweise

50. Nach derzeitigem Kenntnisstand ist von der Marktbeherrschung der Gesuchsgegnerin auszugehen. Auch für ein marktbeherrschendes Unternehmen gilt das Prinzip der Vertragsfreiheit. Art. 7 Abs. 2 Bst. a i. V. m. Art. 7 Abs. 1 KG stellt jedoch eine Ausnahme dazu dar, sofern der Wettbewerb auf dem vor- oder nachgelagerten Markt erschwert oder behindert wird. Von einer missbräuchlichen Verweigerung von Geschäftsbeziehungen im Sinne des Gesetzes ist auszugehen, wenn folgende Voraussetzungen vorliegen:²³

²¹ Vgl. RPW 2016/4, 990 Rz 553, *Sport im Pay-TV*.

²² Vgl. RPW 2016/4, 975 f. Rz 442 ff., *Sport im Pay-TV*.

²³ Vgl. RPW 2016/4, 998 Rz 615, *Sport im Pay-TV*.

- a) Die anvisierte Verhaltensweise besteht in einer Verweigerung, Geschäftsbeziehungen zu unterhalten.
- b) Die Verweigerung betrifft einen Input, der objektiv notwendig ist, um auf einem nachgelagerten oder benachbarten Markt wirksam konkurrieren zu können.
- c) Die Verweigerung zeitigt wettbewerbsbehindernde Effekte.
- d) Die Verweigerung kann nicht durch „Legitimate Business Reasons“ bzw. Effizienzgründe gerechtfertigt werden.

Geschäftsverweigerung

51. Im Gesuch wird geltend gemacht, dass die Gesuchsgegnerin als marktbeherrschendes Unternehmen gegenüber den Gesuchstellerinnen die Abgabe eines Angebots für den Zugang zu den relevanten Eishockeyübertragungen verweigert habe.

52. Selbst die Gesuchsgegnerin stellt nicht in Abrede, dass sie den Gesuchstellerinnen kein Angebot für die Eishockeyübertragungen gemacht hat. Dass die Gesuchstellerinnen der Gesuchsgegnerin allenfalls kein akzeptables Angebot für Fussballübertragungen gemacht haben, ändert daran nichts, sondern ist allenfalls, ebenso wie die Ausführungen zum Ausschreibungswettbewerb, unter dem Aspekt der Rechtfertigung der Verhaltensweise zu prüfen (vgl. Rz 67 ff.). Ebenso wenig ist für die Frage des Vorliegens einer Verweigerung relevant, ob es sich um einen „Zweiparteienstreit“ handelt.

53. Den öffentlich verfügbaren Informationen ist zu entnehmen, dass die Übertragung der relevanten Eishockeyspiele exklusiv über den Sportsender „MySports“ erfolgt. So sollen die Eishockeyübertragungen nicht subliziert werden. „MySports“ soll dabei exklusiv den TV-Plattformen des Schweizer Kabelnetzes vorbehalten sein. Zwar schliesst die Gesuchsgegnerin künftige Verhandlungen mit den Gesuchstellerinnen nicht aus, allerdings erscheint dies aufgrund der medialen Äusserungen der Gesuchsgegnerin als nicht glaubwürdig.

54. Dass der Umfang und Preis des „MySports“-Angebots möglicherweise noch nicht feststehen, ändert zudem nichts daran, dass die Gesuchsgegnerin öffentlich kommuniziert hat, dass Eishockeyinhalte über die Plattformen der Gesuchstellerinnen überhaupt nicht erhältlich sein werden. Wären Unklarheiten bezüglich Umfang und Preis der Grund, könnte die Gesuchsgegnerin keine derart kategorische Aussage bezüglich der Verfügbarkeit von Eishockey exklusiv auf Kabel machen.

55. Daraus ist grundsätzlich zu schliessen, dass die Gesuchsgegnerin eine Strategie verfolgt, wonach anderen TV-Plattformen als denjenigen auf dem Schweizer Kabelnetz ein Angebot hinsichtlich der relevanten Eishockeyübertragungen verweigert wird. Allerdings lässt sich zum jetzigen Zeitpunkt nur eine Verweigerung gegenüber den Gesuchstellerinnen nachweisen. [...] Im Zweifel muss zu Gunsten der Gesuchsgegnerin davon ausgegangen werden, dass die Verweigerung zum jetzigen Zeitpunkt einzig die Gesuchstellerinnen betrifft.

56. Es ist davon auszugehen, dass sich aus der Verweigerung des Angebots unmittelbar auch eine Verweigerung des Zugangs zu den Übertragungen der relevanten Eishockeyspiele ergibt, da es unwahrscheinlich ist, dass die Abgabe eines Angebotes an die Gesuchstellerinnen zu keinem Vertragsabschluss führen würde. Mit anderen Worten kann sich die Gesuchsgegnerin nicht auf den Standpunkt stellen, dass sie sich selbst bei Unterbreitung eines Angebots mit den Gesuchstellerinnen nicht über den Zugang einigen könnte, sodass eine Verweigerung eines Angebots im Ergebnis keinen Unterschied machen würde.

Objektive Notwendigkeit und Wettbewerbsbehinderung

57. Im Verfahren „Sport im Pay-TV“ wurde festgestellt, dass Eishockeyübertragungen ein objektiv notwendiger Input für TV-Plattformen²⁴ sind. Prima facie ist aufgrund der Ergebnisse jenes Verfahrens davon auszugehen, dass der sich aus der Verfügbarkeit von Fussball- und Eishockeyübertragungen ergebende Wettbewerbsvorteil im TV-Plattformmarkt nicht durch andere Inhalte (die weder Fussball- noch Eishockeyübertragungen sind) ausgeglichen werden kann.

58. Da in jenem Verfahren eine Situation vorlag, in der ein und dasselbe Unternehmen sowohl über Eishockey- als auch über Fussballrechte verfügte, wurde allerdings keine Aussage darüber getroffen, ob die Vorenthaltung eines dieser Inputs durch die Verfügbarkeit eines anderen dieser Inputs in einer Situation ausgeglichen werden kann, in der kein Unternehmen über beide Inputs verfügt. Es wäre denkbar, dass in einer solchen Situation, in der keines der Unternehmen über beide Inputs verfügt, es für das Bestehen im Wettbewerb ausreichend ist, nur über einen der beiden Inputs zu verfügen. In einer solchen Situation (die aus Endkundensicht vollkommen ineffizient wäre, da diesfalls zwei Plattformen und Infrastrukturen bezogen werden müssten, um beide Sportarten zu schauen) könnte möglicherweise aus Sicht von TV-Plattformen eine gewisse Austauschbarkeit zwischen beiden Inputs bestehen, so dass ein Input für sich genommen nicht mehr objektiv notwendig sein könnte.

59. Vorliegend ist allerdings zu berücksichtigen, dass die Gesuchsgegnerin nicht nur über einen Input (Eishockey) verfügt, sondern auch über einen Teil des anderen Inputs (Fussball, vgl. Rz 45). Es ist daher zu prüfen, ob der Wettbewerbsvorteil, den die Gesuchstellerinnen gegenüber der Gesuchsgegnerin maximal erlangen können, nämlich die Verfügbarkeit des vollständigen Fussballpakets im Vergleich zum eingeschränkten Fussballpaket bei der Gesuchsgegnerin, den Wettbewerbsnachteil aus dem vollständigen Fehlen von Eishockey ausgleichen können. Hierbei ist zu berücksichtigen, dass gemäss den Ergebnissen der Untersuchung „Sport im Pay-TV“ in der Schweiz Fussball und Eishockey bezüglich Zuschauer- und Medieninteresse sowie wirtschaftlicher Bedeutung vergleichbar sind.²⁵ Vor diesem

²⁴ RPW 2016/4, 999 ff. Rz 627 ff., *Sport im Pay-TV*.

²⁵ Vgl. RPW 2016/4, 973 Rz 424, *Sport im Pay-TV*.

Hintergrund ist es nicht ersichtlich, wie die Gesuchstellerinnen mit dem Vorteil aus der Verfügbarkeit des vollständigen Fussballpakets im Vergleich zu dem bloss teilweisen Fussballpaket den Nachteil aus dem vollkommenen Fehlen von Eishockey ausgleichen können sollen. Damit dürfte in der vorliegenden Situation aus Sicht der mit der Gesuchsgegnerin konkurrierenden Gesuchstellerinnen keine Alternative zur Verfügbarkeit von Eishockey bestehen, und somit die objektive Notwendigkeit von Eishockey als Input zu bejahen sein.

60. Im Übrigen ist anzumerken, dass der nämliche Sachverhalt auch unter dem Aspekt der Koppelung im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. f KG geprüft werden könnte: So koppelt die Gesuchsgegnerin als marktbeherrschendes Unternehmen hinsichtlich der relevanten Eishockeyübertragungen (diesfalls in einem Markt gegenüber den Endkunden) allenfalls in unzulässiger Weise den Bezug der Eishockeyübertragungen an den Bezug eines Kabelanschlusses. Bei der Prüfung der Zulässigkeit dieses Verhaltens müsste nicht untersucht werden, ob eine Verweigerung eines objektiv notwendigen Inputs vorliegt. Selbstverständlich wäre der tatbestandsrelevante Wettbewerbseffekt auf den Plattformmarkt bei beiden Betrachtungsweisen derselbe. Da es für die Frage, ob eine Wettbewerbsbehinderung im Sinne von Art. 7 Abs. 1 KG vorliegt, keine Rolle spielen kann, aus welcher Optik (TV-Plattform oder Endkunden) ein und derselbe Sachverhalt betrachtet wird, sind vorliegend keine überhöhten Anforderungen an die Notwendigkeit des Inputs zu stellen.

61. Die Untersuchung „Sport im Pay-TV“ hat ergeben, dass die betrachtete Verweigerung eine wettbewerbsbehindernde Wirkung hat.²⁶ Diese Wirkung ergibt sich durch den Wechsel von Kunden der von der Verweigerung betroffenen TV-Plattform der Gesuchstellerinnen hin zu denjenigen TV-Plattformen, über welche die exklusiven Inhalte beziehbar sind.

62. Da es sich nach derzeitigem Kenntnisstand im Zweifel nur um eine Verweigerung gegenüber den Gesuchstellerinnen handelt, nicht jedoch gegenüber Anbietern, welche die Infrastruktur der Gesuchstellerinnen nutzen (wie beispielsweise Sunrise), ist der wettbewerbsbehindernde Effekt der Verhaltensweise zumindest in Bezug auf den Infrastrukturwettbewerb (Koaxialkabelnetz vs. Kupferkabelnetz) allenfalls zu relativieren. Für den TV-Plattformmarkt ergibt sich indes wegen der grossen Bedeutung der Gesuchstellerinnen in diesem Markt keine wesentliche Änderung in der Beurteilung.

63. Damit dürfte vorliegend auch unmittelbar das Tatbestandselement des wettbewerbsbehindernden Effekts der Verhaltensweise im TV-Plattformmarkt sowie in den benachbarten Fernmeldemärkten (Infrastrukturwettbewerb) gegeben sein.²⁷

64. Dabei kann es durchaus möglich sein, dass die Gesuchsgegnerin bei der Vermarktung der Eishockeyübertragungsrechte nicht gleich erfolgreich sein wird, wie dies die Gesuchstellerinnen in der Vergangenheit gewesen sind. Es wäre dabei von einem umso geringeren Effekt auf den Wettbewerb auszugehen, je geringer der Erfolg der Gesuchsgegnerin bei der Vermarktung wäre. Angesichts der Beliebtheit von Eishockey in der Schweizer Bevölkerung ist jedoch davon auszugehen, dass der

Erfolg der Gesuchsgegnerin bei der Vermarktung der Eishockeyübertragungsrechte nicht derart gering sein wird, dass Eishockeyübertragungen ihren Charakter als objektiv notwendigen Input für den Erfolg von TV-Plattformen verlieren würden.²⁸ Dem spricht nicht entgegen, dass die von den Gesuchstellerinnen und der Gesuchsgegnerin gemachten Angaben zu der Entwicklung von Abonnementszahlen noch keine dramatischen Kundenbewegungen widerspiegeln. Bereits jetzt ist aufgrund der Ergebnisse der Untersuchung „Sport im Pay-TV“ davon auszugehen, dass mittelfristig eine relevante Kundenbewegung zu beobachten sein würde, sofern die Verhaltensweise der Gesuchsgegnerin andauerte. Damit ist zur Beurteilung des vorliegenden Gesuchs um vorsorgliche Massnahmen von einem wettbewerbsbehindernden Effekt der Verhaltensweise auszugehen.

65. [...] Dadurch wäre die Übertragung im Rahmen des klassischen TV-Angebots nicht mehr als objektiv notwendiger Input für den Wettbewerb zwischen TV-Plattformen und den damit verbundenen Infrastrukturen²⁹ zu qualifizieren. Voraussetzung dafür wäre allerdings, dass das OTT-Angebot tatsächlich ein Substitut zum klassischen TV-Angebot darstellt. Zudem müsste das Angebot, sofern es für die Zuschauer überhaupt als Substitut wahrgenommen würde, tatsächlich existieren, um diese von einem Wechsel der Infrastruktur abzuhalten.

66. Unabhängig von der Beurteilung der Substituierbarkeit ist im Rahmen des vorliegenden summarischen Verfahrens festzustellen, dass bloss Pläne für ein OTT-Angebot nicht genügen. Dies insbesondere, da die Gesuchsgegnerin medial damit wirbt (vgl. Rz 53), dass Eishockeyübertragungen für Kunden der Gesuchstellerinnen nicht zugänglich sein werden und somit nicht davon ausgegangen werden kann, dass ein derartiges OTT-Angebot ausserhalb der Netze der Kabelnetzbetreiber verfügbar sein wird. [...]

Rechtfertigungsgründe

67. Nicht relevant ist im vorliegenden Zusammenhang, dass gemäss bisherigem Beweisergebnis die Gesuchstellerinnen gegenüber der Gesuchsgegnerin möglicherweise im Endeffekt ein Angebot für die Fussballübertragungen verweigert hat (vgl. Rz 13 ff.). Selbst wenn diesbezüglich eine kartellrechtlich unzulässige Verhaltensweise der Gesuchstellerinnen im nationalen Markt für die Bereitstellung von Schweizer Fussballübertragungen im Rahmen eines Liga-Wettbewerbs im Pay-TV vorliegen sollte, wäre damit keine tatbestandsmässige Verhaltensweise der Gesuchsgegnerin rechtfertigbar. Zwar hat das Bundesgericht ausgeführt, es sei nicht zum Vornherein ausgeschlossen, dass eine marktbeherrschende Unternehmung ihre beanstandete Verhaltensweise damit rechtfertigt, dass sie eine in einem anderen Bereich marktbeherrschende Anbieterin daran hindern will, ihrerseits Marktzutrittsschranken zu errichten und wirksamen Wettbewerb dort zu verunmöglichen.³⁰ Hier

²⁶ RPW 2016/4, 1002 ff. Rz 652 ff., *Sport im Pay-TV*.

²⁷ RPW 2016/4, 1002 ff. Rz 652 ff., *Sport im Pay-TV*.

²⁸ Vgl. RPW 2016/4, 1001 f. Rz 641 ff., *Sport im Pay-TV*.

²⁹ Vgl. RPW 2016/4, 928 Rz 70, *Sport im Pay-TV*.

³⁰ Vgl. Urteil des BGE 2A.142/2003 vom 5.9.2003, RPW 2003/4, 923 E. 5.2.2, *Cablecom GmbH/Teleclub AG, WEKO, REKO/WEF*.

liegt indes keine vergleichbare Situation vor. Es ist nicht ersichtlich, inwiefern die Verhaltensweise der Gesuchsgegnerin den Gesuchstellerinnen ihrerseits eine unzulässige Verhaltensweise verunmöglichen können sollte. Das Vorgehen der Gesuchsgegnerin macht vielmehr den Anschein einer eigentlichen Retorsion, d.h. einer blossen Vergeltung unzulässigen Verhaltens mit unzulässigem Verhalten, welche vom Kartellgesetz nicht vorgesehen ist.

68. Keine Rechtfertigung ist auch darin zu sehen, dass die Gesuchsgegnerin jahrelang Opfer der kartellrechtswidrigen Verhaltensweisen der Gesuchstellerinnen gewesen sei. Für die Wiedergutmachung erlittenen Unrechts steht der Gesuchsgegnerin der Zivilweg offen.

69. Abgesehen davon, dass, entgegen der Ansicht der Gesuchsgegnerin, keine Frist von mindestens drei Jahren für die Zulässigkeit exklusiver Sportrechte bei öffentlichen Ausschreibungen besteht, wird vorliegend die Exklusivität auf Ebene des Programmveranstalters überhaupt nicht in Frage gestellt. Aus einer allfälligen Zulässigkeit der Exklusivität auf Ebene der Programmveranstalter lässt sich keineswegs die Zulässigkeit einer Verweigerung auf einer nachgelagerten Ebene ableiten.

70. Schliesslich gehen die Ausführungen der Gesuchsgegnerin hinsichtlich eines fairen Ausschreibungsverfahrens an der Sache vorbei, da dies nur bei einem erneuten Erwerb der Rechte relevant wäre. Nur bei einem erneuten Erwerb der Rechte durch dieselbe Erwerberin wäre zu prüfen, ob sich die Erwerberin erneut auf Investitionsschutz berufen kann. Dafür wiederum wäre ein faires Ausschreibungsverfahren (bzw. ein fairer und regelmässiger Ausschreibungswettbewerb) Voraussetzung.

71. Diese Frage stellt sich vorliegend allerdings nicht. Die Gesuchsgegnerin ist als erstmalige Erwerberin anzusehen, weshalb die Prüfung der Voraussetzungen für das Vorliegen von Effizienzgründen bei der Berufung auf Investitionsschutz unabhängig vom Vorliegen eines fairen Ausschreibungsverfahrens vorzunehmen ist. Dies bedeutet, dass bei einer erstmaligen Erwerberin das Vorliegen eines fairen Ausschreibungsverfahrens weder notwendig noch hinreichend für das Vorliegen von Effizienzgründen ist.

72. Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass es in der von der Gesuchsgegnerin zitierten europäischen Praxis um die Frage geht, ob es zulässig ist, Rechte im Rahmen der zentralen Vermarktung der Übertragungsrechte mehrerer Vereine zu vergeben, bzw. ob diese Vermarktung im Rahmen von Art. 101 Abs. 3 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) freigestellt werden kann. Es geht mitnichten um die Beurteilung des Verhaltens der Erwerberin bei der Vermarktung dieser Rechte (vgl. Rz 69). Gleiches gilt für die Begleitung des Ausschreibungsverfahrens im Jahr 2016 durch das Sekretariat. Aus der Beurteilung der Zulässigkeit des Ausschreibungsverfahrens ergibt sich damit kein Vertrauensschutz bezüglich der Zulässigkeit der vorliegend zu beurteilenden Verweigerung. Daher spielt es keine Rolle, dass das Sekretariat bei dieser Ausschreibung der Eishockeyrechte nicht interveniert hat.

73. Es ist vorliegend unabhängig von der Beurteilung des Ausschreibungsverfahrens zu prüfen, ob sich die Verweigerung durch Investitionsschutz als Effizienzgrund rechtfertigen lässt. Nach Praxis der Europäischen Kommission müssen dazu folgende Voraussetzungen kumulativ erfüllt sein:³¹

- i. Die Effizienzvorteile wurden bzw. werden wahrscheinlich als Ergebnis des fraglichen Verhaltens erzielt. Hierzu zählen unter anderem technische Verbesserungen zur Qualitätssteigerung und Kostensenkungen in Herstellung oder Vertrieb.
- ii. Das Verhalten ist für das Erreichen der Effizienzvorteile unverzichtbar. Es dürfen keine weniger wettbewerbsbeschränkenden Alternativen zu dem betreffenden Verhalten bestehen, mit denen dieselben Effizienzvorteile erzielt werden können.
- iii. Die durch das Verhalten herbeigeführten Effizienzvorteile wiegen etwaige negative Auswirkungen auf den Wettbewerb und das Verbraucherverwohl auf den betroffenen Märkten auf.
- iv. Durch das Verhalten wird der wirksame Wettbewerb nicht ausgeschaltet, indem alle bzw. fast alle bestehenden Quellen tatsächlichen oder potenziellen Wettbewerbs zum Versiegen gebracht werden.

74. Zur Beurteilung, ob die Verweigerung Effizienzvorteile erzielt (Voraussetzung i.), ist zu prüfen, ob der Zustand mit Verweigerung – wobei an dieser Stelle der Effizienznachteil durch Einschränkung des Wettbewerbs noch nicht zu berücksichtigen ist – Effizienzvorteile gegenüber dem Zustand ohne Verweigerung hat. Konkret heisst das, dass zu prüfen ist, ob mit Verweigerung dem Endverbraucher ein besseres Produkt als ohne Verweigerung angeboten werden kann. Die Gesuchsgegnerin macht hierzu jedenfalls keine expliziten Angaben.

75. Zunächst ist festzuhalten, dass sich die Gesuchsgegnerin zum Zeitpunkt der Rechtevergabe durch eine zukünftige Verweigerung und die damit verbundene Einschränkung des Plattform- und Infrastrukturwettbewerbs möglicherweise höhere Gewinne erhoffen konnte als ohne Verweigerung. Vor dem Hintergrund, dass die Verweigerung aber auch gleichbedeutend ist mit dem Verzicht auf rund 500'000 Haushalte als potentielle Nachfrager³² des zukünftigen Pay-TV-Angebots der Gesuchsgegnerin, stellt sich jedoch die Frage, ob der Gewinn mit Verweigerung tatsächlich höher ist als ohne.

³¹ Vgl. RPW 2016/4, 1008 Rz 695, *Sport im Pay-TV*.

³² Gemäss dem Tätigkeitsbericht 2015 der Eidg. Kommunikationskommission (ComCom) (abrufbar unter <http://www.comcom.admin.ch/org/00452/index.html> [24.04.2017]), betrug die Reichweite des CATV-Anschlusses im Jahr 2015 83 % der Schweizer Haushalte. Im selben Jahr betrug die Reichweite des TV-Bezugs über das Kupferkabelnetz (ADSL) demgegenüber 97 % der Schweizer Haushalte. Im günstigsten Falle bedeutet dies, dass durch die Verweigerung 14 % der Schweizer Haushalte (basierend auf den Angaben zum Jahr 2015) von vorneherein vom Bezug der Eishockeyübertragungen ausgeschlossen werden. Gemäss den Angaben des Bundesamts für Statistik (<https://www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/statistiken/bevoelkerung/standentwicklung/haushalte.html> [24.04.2017]) gab es im Jahr 2015 3'631.4 Tsd. Haushalte in der Schweiz.

76. Sofern durch die Verweigerung aber tatsächlich ein höherer Gewinn erzielt werden kann, kann zunächst nicht gänzlich ausgeschlossen werden, dass die Gesuchsgegnerin überhaupt nur mit der Aussicht auf diesen höheren Gewinn ein Gebot für die Übertragungsrechte abgegeben hat, insbesondere angesichts der einmaligen Kosten (sunk costs) für den Neuaufbau eines entsprechenden Programms bzw. den Eintritt in einen neuen Markt als Programmveranstalter. Das Gebot der Gesuchsgegnerin für die Übertragungsrechte bewirkt entweder einen (intensiveren) Wettbewerb um die Übertragungsrechte, oder überhaupt erst die Entstehung des Produkts (Eishockeyübertragungen). Beide Ergebnisse könnten dann als Effizienzvorteil der Verweigerung angesehen werden, wenn ohne Verweigerung kein Gebot abgegeben würde, also der Eintritt in den Programmveranstaltermarkt ohne Verweigerung gar nicht rentabel zu bewerkstelligen wäre. Ansonsten würde lediglich ein Profitvorteil für die Gesuchsgegnerin, nicht aber ein Effizienzvorteil vorliegen.

77. Hierzu kann festgehalten werden, dass weder die Exklusivität als Anbieter der Eishockeyübertragungen noch deren Entgeltlichkeit³³ in Abrede stehen (vgl. Rz 69). Die Gesuchstellerin kann damit als Pay-TV-Anbieterin exklusiver Eishockeyübertragungen gegenüber den Endkunden auftreten. Es kann davon ausgegangen werden, dass die Gesuchsgegnerin die für die Erstellung des Produkts gänzlich unabdingbaren Investitionen auf dem Endkundenmarkt auch ohne Verweigerung rentabilisieren kann. Im Übrigen ist ohnehin zweifelhaft, ob die Gesuchsgegnerin überhaupt gewinnbringend auf die mindestens 500'000 nur über das Kupferkabel erschlossenen Haushalte (vgl. Rz 75) als potentielle Pay-TV-Kunden verzichten kann. Damit ist die Verweigerung nicht Bedingung für die grundsätzliche Bereitschaft, ein Gebot abzugeben, da diese Bereitschaft auch ohne Verweigerung gegeben sein dürfte. Die Voraussetzung i. ist damit in dieser Hinsicht nicht erfüllt. Weitere Ausführungen hierzu erübrigen sich, da die Voraussetzungen i. bis iv. kumulativ erfüllt sein müssen.

78. Sofern die Gesuchsgegnerin auch ohne Aussicht auf Verweigerung ein Gebot für die Übertragungsrechte abgegeben hätte, wäre es möglich, dass ihre Zahlungsbereitschaft in diesem Falle niedriger gewesen wäre, als wenn sie von der Möglichkeit der Verweigerung ausgegangen wäre (soweit die Verweigerung überhaupt profitabel ist, vgl. Rz 75). Dementsprechend dürfte die Gesuchsgegnerin einen höheren Betrag geboten und letztendlich an die SIHF bezahlt haben als ohne geplante Verweigerung. Ein höherer Betrag kann möglicherweise zu einer Verbesserung des Produkts Eishockey führen. Beispielsweise könnten die Vereine in die Lage versetzt werden, bessere Spieler zu verpflichten, die möglicherweise den Unterhaltungswert des Ligawettbewerbs steigern. Damit kann zumindest nicht ausgeschlossen werden, dass die Verweigerung in dieser zweiten Hinsicht, zumindest mittelbar, die in Voraussetzung i. geforderten Effizienzvorteile erzielt hat. Ob dem wirklich so ist, wird sich allerdings in Zukunft erst noch zeigen müssen.

79. Als weiterer Effizienzvorteil ist es denkbar, dass die Gesuchsgegnerin aufgrund des Vorteils, welcher sich aus der Verzerrung des Plattformwettbewerbs infolge Verweigerung ergibt, eine höhere Investitionsbereit-

schaft in die Qualität der Berichterstattung hat. Dabei ist jedoch festzustellen, dass die Gesuchsgegnerin soweit ersichtlich ihr Produkt „MySports“ nicht primär mit einer besonderen Qualität der Berichterstattung bewirbt. Vielmehr bewirbt die Gesuchsgegnerin vor allem die Kabel-TV-Plattform mit der exklusiven Verfügbarkeit von „MySports“ und den damit verbundenen exklusiven Eishockeyübertragungen. Deshalb ist nicht davon auszugehen, dass aufgrund der Verweigerung ein spürbarer Anreiz für eine zusätzliche, die Qualität der Berichterstattung steigernde Investition besteht und deshalb diesbezüglich auch kein Effizienzvorteil als Ergebnis der Verweigerung erzielt wird. Voraussetzung i. ist damit in dieser dritten Hinsicht nicht erfüllt.

80. Zusammenfassend kann sich ein Effizienzvorteil daraus ergeben, dass die Gesuchsgegnerin aufgrund der Verweigerung ein höheres Gebot abgegeben haben könnte (vgl. Rz 78), was letztlich zur Verbesserung des Produktes Eishockey führen könnte (Voraussetzung i.).

81. Im nächsten Schritt ist daher zu prüfen, ob das Verhalten für die Erreichung dieses Effizienzvorteils unverzichtbar ist (Voraussetzung ii.).

82. Dazu ist festzuhalten, dass fraglich ist, wie – bei sonst kartellrechtskonformem gewinnmaximierendem Verhalten der Gesuchsgegnerin – ohne die Verweigerung eine höhere Zahlungsbereitschaft für die Übertragungsrechte und damit eine Verbesserung des Produkts Eishockey erreicht werden könnte. Diese Frage kann aber letztlich offengelassen werden, da, wie nachfolgend gezeigt, Voraussetzung iii. nicht gegeben ist.

83. Weiter ist zu prüfen, ob die durch das Verhalten herbeigeführten Effizienzvorteile die negativen Auswirkungen auf den Wettbewerb und das Verbraucherwohl auf den betroffenen Märkten aufwiegen (Voraussetzung iii.).

84. Hierbei gilt es zu berücksichtigen, dass durch die Verweigerung etwa 500'000 Haushalten kategorisch die Möglichkeit genommen wird, die Eishockeyübertragungen zu beziehen (vgl. Rz 75), und sich damit ein dramatischer Einschnitt für das Verbraucherwohl ergibt. Dies wäre allenfalls zu relativieren, sofern eine andere, auf dem Kupferkabelnetz der Gesuchstellerinnen basierende TV-Plattform (bspw. Sunrise TV) Zugang zu den Eishockeyübertragungen erhielte. Weiter hat die Verweigerung einen nicht unerheblichen Einfluss auf den Plattformwettbewerb (vgl. Rz 63). Demgegenüber erweist sich ein allfälliger Vorteil aus der Verweigerung durch eine Verbesserung des Produkts Eishockey als eher ungewiss (vgl. Rz 78). Damit ist im Rahmen des vorliegenden summarischen Verfahrens zum heutigen Zeitpunkt festzuhalten, dass die durch die Verweigerung allenfalls herbeigeführten Effizienzvorteile die negativen Auswirkungen auf den Wettbewerb und das Verbraucherwohl auf den betroffenen Märkten nicht aufwiegen. Die Voraussetzung iii. ist damit nicht erfüllt.

85. Damit ist zum jetzigen Zeitpunkt keine Effizienzrechtfertigung für die Verweigerung ersichtlich.

³³ Vgl. RPW 2016/4, 1008 Rz 696, *Sport im Pay-TV*.

C.2.3.1.4 Ergebnis der Hauptsachenprognose

86. Insgesamt könnte damit grundsätzlich im Sinne der Gesuchstellerinnen von einer positiven Hauptsachenprognose ausgegangen werden. Die Prognose kann indes an dieser Stelle offen gelassen werden, da, wie nachfolgend aufzuzeigen ist, die Voraussetzung des nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteils vorliegend nicht gegeben ist. Die Voraussetzungen (Nachteil, Dringlichkeit und Verhältnismässigkeit) müssen aber in jedem Fall jeweils für sich genommen erfüllt sein.

C.2.3.2 Nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil

87. An dieser Stelle ist zu prüfen, ob es für die WEKO glaubhaft ist, dass bei einem Zuwarten bis zum Endentscheid dem wirksamen Wettbewerb ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil droht. In Bezug auf den wirksamen Wettbewerb ist ein solcher Nachteil jedenfalls dann gegeben, wenn gravierende und irreversible Strukturveränderungen des betroffenen Marktes drohen. Dies ist allerdings nur der klarste Fall eines nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteils. Gemäss der Lehre genügt es, wenn ein „schwerer Nachteil“ für die vom Gesetzgeber geschützten Rechtsgüter droht, d. h. im kartellverwaltungsrechtlichen Zusammenhang, wenn ein schwerer Nachteil für den wirksamen Wettbewerb droht. Zwischen dem Nachteil und der Wettbewerbsbeschränkung hat ein Kausalzusammenhang zu bestehen.³⁴

88. Besonders streng sind die Anforderungen an das Kriterium der Wiedergutmachung des Nachteils bei Leistungs- bzw. Gestaltungsmaßnahmen, wie sie vorliegend beantragt sind. Das Kriterium ist erfüllt, wenn der Nachteil des Gesuchstellers zu einem späteren Zeitpunkt voraussichtlich nicht mehr ermittelt oder ersetzt (insbesondere finanziell) werden kann. Dies ist dann als gegeben zu erachten, wenn eine irreversible Strukturveränderung des Marktes droht, sich die Gesuchstellerinnen in einer existenzbedrohenden Lage befinden oder die Gefahr besteht, dass sie Kunden unwiederbringlich verlieren. Ein (belegter) Kundenverlust bedeutet aber noch nicht ohne Weiteres einen nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteil. Vielmehr müssen die Verluste (und die Gefahr weiterer) so gross sein, dass dem Wettbewerb ein irreversibler Schaden droht bzw. die Gesuchstellerinnen während der Dauer des Hauptverfahrens in ihrer Existenz akut bedroht wären.³⁵

89. Der Gesuchsgegnerin ist darin zuzustimmen, dass die klare Hauptsachenprognose keine Erleichterung des Beweismasses für den Nachteil zur Folge hat. Es gilt also das Beweismass der Glaubhaftigkeit.³⁶ Vorliegend erscheint das Bestehen eines Nachteils für den Wettbewerb bereits aufgrund der im Rahmen der Hauptsachenprognose gemachten Ausführungen als glaubhaft (vgl. Rz 57 ff.). Aus diesem Grund ist an dieser Stelle nur noch zu prüfen, ob die Nichtwiedergutmachbarkeit dieses Nachteils glaubhaft erscheint.

90. Grundsätzlich ist, analog zu den Erwägungen zum Erlass vorsorglicher Massnahmen in der Untersuchung „Sport im Pay-TV“, nicht davon auszugehen, dass die Gesuchstellerinnen in ihrer Existenz bedroht wären und der Wettbewerb dadurch nachhaltig und irreversibel geschädigt würde.³⁷ Daher ist auch vorliegend nicht

davon auszugehen, dass die Gesuchsgegnerin während des Untersuchungsverfahrens die Gesuchstellerinnen vom Markt verdrängt. Zudem dürfte es auch vorliegend den Gesuchstellerinnen möglich sein, verlorene Kunden mit guten Angeboten und guten Dienstleistungen wieder zurück zu gewinnen.³⁸ Eine nachhaltige und irreversible Änderung der Marktstruktur erscheint auch sonst nicht als glaubhaft. Die beantragten gestaltenden Massnahmen rechtfertigen sich daher nicht. Soweit die Gesuchstellerinnen durch das Verhalten der Gesuchsgegnerin einen Schaden erleiden, steht ihnen der Weg ans Zivilgericht offen (Art. 12 KG).

91. Selbst wenn sich vorliegend die Hauptsachenprognose im Gegensatz zum soeben zitierten Entscheid als wenig zweifelhaft (vgl. Rz 86) präsentieren würde, sind damit die Anforderungen an den nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteil nicht gegeben. Allfällige Nachteile sind daher im Rahmen des Endentscheids zu korrigieren.

92. Da die Voraussetzungen für den Erlass vorsorglicher Massnahmen kumulativ erfüllt sein müssen, muss der Antrag der Gesuchstellerinnen bereits aufgrund des fehlenden nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteils abgewiesen werden. Es erübrigt sich die Prüfung der übrigen Voraussetzungen.³⁹

93. Dazu ist anzumerken, dass vorliegend nicht auf einen allfälligen Tatbestand der Diskriminierung abgestellt wird, wobei sich aber selbst bei Abstellen auf eine Diskriminierung kein anderes Ergebnis bezüglich des nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteils einstellen würde. Daher erübrigt sich die Betrachtung der entsprechenden Ausführungen der Gesuchstellerinnen und der Gesuchsgegnerin.

C.2.4 Entzug der aufschiebenden Wirkung

94. Gemäss Art. 55 Abs. 1 VwVG kommt einer allfälligen Beschwerde aufschiebende Wirkung zu. Bei einer gesuchsabweisenden (sog. negativen) Verfügung stösst Art. 55 Abs. 1 VwVG jedoch ins Leere, da die aufschiebende Wirkung funktionsgemäss zur Folge hat, dass es bei der Rechtslage bleibt, die vor Erlass der angefochtenen Verfügung geherrscht hat. Damit kann der mit seinen Rechtsbegehren nicht durchgedrungene Gesuchsteller nicht so gestellt werden, als ob dem Gesuch entsprochen worden wäre.⁴⁰

³⁴ RPW 2014/2, 389 Rz 18, *Sport im Pay-TV – vorsorgliche Massnahmen*, m.w.H.

³⁵ Vgl. RPW 2014/2, 389 Rz 19, *Sport im Pay-TV – vorsorgliche Massnahmen*, m.w.H.

³⁶ Vgl. Urteil des BVGer, RPW 2014/2, 458 E. 6, *upc cablecom GmbH, Quickline AG und sasag Kabelkommunikation AG gegen CT Cinetrade AG, Teleclub AG und Swisscom (Schweiz) AG*.

³⁷ Vgl. RPW 2014/2, 389 Rz 21, *Sport im Pay-TV – vorsorgliche Massnahmen*.

³⁸ Vgl. RPW 2014/2, 389 Rz 22, *Sport im Pay-TV – vorsorgliche Massnahmen*; vgl. auch *Stellungnahme*, Rz 70.

³⁹ Vgl. BGE 130 II 149, 160 E. 3.5 (= RPW 2004/2, 649 E. 3.5), *Sellita/ETA*.

⁴⁰ Vgl. REGINA KIENER, in: *Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren*, Auer/Müller/Schindler (Hrsg.), 2008, Art. 55 VwVG N 7.

95. Da die Voraussetzungen für den Erlass vorsorglicher Massnahmen nicht gegeben sind, erübrigen sich somit weitere Ausführungen zum Gesuch um Entzug der aufschiebenden Wirkung.

D Kosten

96. Gemäss Art. 2 Abs. 1 KG-Gebührenverordnung⁴¹ ist unter anderem gebührenpflichtig, wer Verwaltungsverfahren verursacht. Als Verwaltungsverfahren gilt auch das Verfahren auf Erlass vorsorglicher Massnahmen im Rahmen der Untersuchung (Art. 1 Abs. 1 Bst. a KG-Gebührenverordnung). Die Gebühr bemisst sich nach Zeitaufwand (Art. 4 Abs. 1 KG-Gebührenverordnung). Die Stundenansätze von CHF 100.– bis CHF 400.– richten sich nach der Dringlichkeit des Geschäfts und der Funktionsstufe des ausführenden Personals.

97. Den Erlass der vorliegenden Verfügung haben im vorliegenden Verfahren die Gesuchstellerinnen verursacht. Die Gebühr ist ihnen daher zu gleichen Teilen und unter solidarischer Haftung aufzuerlegen. [...]

E Dispositiv

Aufgrund des Sachverhalts und der vorangehenden Erwägungen verfügt die Wettbewerbskommission:

1. Das Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen wird abgewiesen.
2. Die Verfahrenskosten [...]
3. Die Verfügung ist zu eröffnen:
 - den Gesuchstellerinnen;
 - der Gesuchsgegnerin.

[Rechtsmittelbelehrung]

⁴¹ Verordnung vom 25. Februar 1998 über die Erhebung von Gebühren im Kartellgesetz (KG-Gebührenverordnung; SR 251.2).

B 2	2. Untersuchungen Enquêtes Inchieste
B 2.2	1. Hoch- und Tiefbauleistungen Münstertal

Verfügung vom 10. Juli 2017 in Sachen Untersuchung gemäss Art. 27 KG betreffend Hoch- und Tiefbauleistungen Münstertal wegen unzulässiger Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 Abs. 3 KG gegen 1. Foffa Conrad AG, in Zernez, 2. Scandella Bau AG, in Sta. Maria Val Müstair beide vertreten durch [...], 3. Hohenegger SA in Liquidation, c/o Konkursamt der Region Engiadina Bassa / Val Müstair, in Sta. Maria.

A Verfahren

A.1 Gegenstand der Untersuchung

1. Gegenstand der vorliegenden Untersuchung bildet die Frage, ob im Münstertal tätige Bauunternehmen Wettbewerbsabreden gemäss Art. 5 Abs. 3 Bst. a und c KG¹ getroffen haben, indem sie bei Ausschreibungen von Hoch- und Tiefbauleistungen Vereinbarungen über den designierten Zuschlagsempfänger oder die designierte Zuschlagsempfängerin sowie die jeweiligen Angebotspreise trafen.

A.2 Untersuchungsadressaten

A.2.1 Foffa Conrad AG

2. Die Foffa Conrad AG mit Sitz in Zernez wurde 1964 gegründet. Sie bezweckt die Übernahme und Ausführung von Hoch- und Tiefbauten aller Art sowie den Handel mit Baumaterialien. Verwaltungsratspräsident der Foffa Conrad AG ist Roland Conrad. Das Unternehmen beschäftigt in der Hochsaison über 130 Mitarbeitende.² Die Gesellschaft hat Zweigniederlassungen in Scuol, Samnaun und Val Müstair.

A.2.2 Scandella Bau AG

3. Die Scandella Bau AG mit Sitz in Val Müstair wurde im März 2013 gegründet. Sie bezweckt die Übernahme und Ausführung von Hoch- und Tiefbauten aller Art sowie den Handel mit Baumaterialien. [...] an der Scandella Bau AG werden von der Foffa Conrad AG gehalten. Verwaltungsratspräsident der Scandella Bau AG ist Roland Conrad.

A.2.3 Hohenegger SA

4. Die Hohenegger SA mit Sitz in Val Müstair wurde 1972 gegründet. Sie war in den Bereichen Hoch- und Tiefbau, Innen- und Aussenverputz, Plattenarbeiten, Sanitärarbeiten, Heizungen und Maler- bzw. Gipserarbeiten tätig.⁴ Geschäftsführer der Hohenegger SA war Hans-Peter Bernhart. Die Hohenegger SA beschäftigte bis zu 30 Personen.⁵

5. Mit Entscheid vom 4. Mai 2017 eröffnete der Konkursrichter des Regionalgerichts Engiadina Bassa/Val Müstair über die Hohenegger SA mit Wirkung ab dem

4. Mai 2017 den Konkurs. Sie trägt seither den Zusatz „in Liquidation“. Der Konkurs wird im summarischen Verfahren durchgeführt.⁶

A.3 Verfahrensgeschichte

A.3.1 Untersuchungseröffnung

6. Das Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend: Sekretariat) eröffnete am 30. Oktober 2012 im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums gegen 19 im Unterengadin tätige Unternehmen der Baubranche die Untersuchung 22-0433: Bau Unterengadin nach Art. 27 ff. KG, unter anderem gegen die Foffa Conrad AG.⁷

7. Dem Sekretariat lagen aufgrund einer Anzeige Anhaltspunkte für mutmassliche Wettbewerbsabreden in der Baubranche im Unterengadin vor, namentlich bezüglich der Märkte für Hoch-, Tief- und Strassenbau sowie Kies und Beton. Es bestand der Verdacht, dass sich im Unterengadin Vertreter verschiedener Bauunternehmen abgesprochen hatten, insbesondere um bei Ausschreibungen die Angebote bzw. Angebotssummen zu koordinieren und allenfalls die Bauprojekte bzw. Kunden aufzuteilen.

8. Vom 30. Oktober bis 1. November 2012 führte das Sekretariat insgesamt 13 Hausdurchsuchungen durch, unter anderem bei der Foffa Conrad AG. Während der Hausdurchsuchungen wurden insgesamt zehn Partei- einvernahmen und Zeugeneinvernahmen durchgeführt, so am 31. Oktober 2012 auch mit A., [...] der Foffa Conrad AG.⁸

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

² Vgl. <<http://foffa-conrad.ch/ueberuns.html>> (27.2.2017).

³ Act. VII.2 (22-0467). – Die Akten des vorliegenden Verfahrens setzen sich aus den Akten bis und mit der Verfahrenstrennung vom 23. November 2015 (Aktenverzeichnis 22-0433) und den Akten nach der Verfahrenstrennung (Aktenverzeichnis 22-0467) zusammen. Ist bei der Angabe der Aktenstücke (Act.) kein Hinweis auf das Aktenverzeichnis vermerkt, sind diese im Aktenverzeichnis 22-0433 erfasst.

⁴ Act. IV.025, Zeile 103 f.

⁵ Act. IV.025, Zeile 106.

⁶ SHAB vom 1.6.2017, Nr. 105.

⁷ Vgl. SHAB vom 13.11.2012, Nr. 221 (Act. I.025) und Untersuchungseröffnungsschreiben an die Parteien vom 30.10.2012 und 5.11.2012 (Act. I.002–I.022).

⁸ Vgl. Act. IV.002.

A.3.2 Selbstanzeige der Foffa Conrad AG und der Scandella Bau AG und deren Ergänzungen

9. Mit Fax-Bonusmeldung vom 2. November 2012 reichte die Foffa Conrad AG Selbstanzeige betreffend mutmassliche Wettbewerbsverstösse in der Baubranche im Münstertal ein.⁹ Sie ergänzte ihre Selbstanzeige betreffend das Münstertal mit Eingaben vom 12. November 2012,¹⁰ 29. November 2012¹¹ und 1. Februar 2012¹².

10. Zudem gaben folgende Personen dem Sekretariat im Rahmen von mündlichen Ergänzungen der Selbstanzeige der Foffa Conrad AG Auskunft über mutmassliche Wettbewerbsverstösse im Münstertal:

- A., [...] der Foffa Conrad AG (12. November 2012)¹³;
- B., [...] der Foffa Conrad AG (20. August 2015)¹⁴.

11. Mit Eingabe vom 14. März 2016 bestätigte die Scandella Bau AG, dass die Selbstanzeige der Foffa Conrad AG für die gesamte Unternehmensgruppe erfolgt sei und daher auch für die erst nach Untersuchungseröffnung gegründete Scandella Bau AG gelte.¹⁵

12. Am 15. März 2016 gab C., [...] der Scandella Bau AG, im Rahmen einer mündlichen Ergänzung der Selbstanzeige der Scandella Bau AG Auskunft über mutmassliche Wettbewerbsverstösse im Münstertal.¹⁶

A.3.3 Ausdehnung der Untersuchung, Verfahrenstrennung und weitere Ermittlungshandlungen

13. Am 22. und 23. April 2013 dehnte das Sekretariat die Untersuchung 22-0433: Bauleistungen Graubünden (vormals: Bau Unterengadin) im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums der WEKO in örtlicher Hinsicht auf den gesamten Kanton Graubünden und in persönlicher Hinsicht auf sieben weitere Unternehmen aus.¹⁷ Zwischen dem 23. und dem 24. April 2013 führte das Sekretariat weitere Hausdurchsuchungen durch.

14. Am 28. Oktober 2015 führte das Sekretariat eine Parteieinvernahme mit D., Hohenegger SA, durch.¹⁸

15. Mit Schreiben vom 23. November 2015 dehnte das Sekretariat die Untersuchung 22-0433: Bauleistungen Graubünden im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums auf weitere Gesellschaften aus, unter anderem auf die Hohenegger SA und die Scandella Bau AG.¹⁹

16. Mit Zwischenverfügung vom 23. November 2015 trennte das Sekretariat im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums der WEKO die Untersuchung 22-0467: Hoch- und Tiefbauleistungen Münstertal von der Untersuchung 22-0433: Bauleistungen Graubünden.²⁰ Das getrennte Verfahren 22-0467: Hoch- und Tiefbauleistungen Münstertal wurde gegen die Foffa Conrad AG, die Scandella Bau AG und die Hohenegger SA weitergeführt.

17. Am 16. März 2016 befragte das Sekretariat E., [...] der Hohenegger SA, zu den Vorwürfen gegen die Hohenegger SA.²¹

18. Mit Eingabe vom 27. Juni 2016 reichten die Foffa Conrad AG und die Scandella Bau AG ihre Antworten auf die Fragen des Sekretariats zu den Wettbewerbs-

verhältnissen im Münstertal in den Bereichen Hoch- und Tiefbau ein.²² Mit Schreiben vom 30. Juni 2016 beantwortete C. zusätzliche Fragen betreffend die frühere Einzelfirma Pio Scandella, Maurergeschäft.²³

19. Mit Eingabe vom 26. Juli 2016 nahm die Hohenegger SA zu den Fragen des Sekretariats betreffend die Wettbewerbsverhältnisse im Münstertal in den Bereichen Hoch- und Tiefbau sowie [...] Stellung.²⁴ Auf Aufforderung des Sekretariats hin ergänzte sie ihre Angaben mit Eingabe vom 2. September 2016.²⁵

A.3.4 Gewährung der Akteneinsicht

20. Am 7. Juni 2016 stellte das Sekretariat den Verfahrensparteien die Verfahrensakten auf einem gesicherten Server der Bundesbehörden zur Einsicht bereit.²⁶

21. Mit Schreiben vom 11. August 2016 informierte das Sekretariat die Verfahrensparteien, welche Unternehmen Selbstanzeige eingereicht haben. Weiter informierte es, wie in die entsprechenden Selbstanzeigedossiers eingesehen werden kann.²⁷

22. Die Einsicht in die Beilagen zu den Selbstanzeigen erfolgte am 30. März 2017 durch Versand der elektronischen Aktenverzeichnisse erfolgen. Zudem hatten die Verfahrensparteien die Gelegenheit, ab 3. April 2017 in die eigentlichen Selbstanzeigen vor Ort in den Räumlichkeiten des Sekretariats einzusehen.

A.3.5 Versand des Antrags und Stellungnahmen der Parteien

23. Am 29. März 2017 stellte das Sekretariat den Parteien seinen Antrag zur Stellungnahme zu. Sämtliche Parteien verzichteten auf eine Stellungnahme.

B Sachverhalt

B.1 Übersicht

24. Die nachfolgenden Ausführungen zum Sachverhalt sind wie folgt aufgebaut. Zunächst werden in den Vorbemerkungen die Grundlagen der Beweisführung dargelegt (Rz 25 ff. hiernach). Anschliessend wird die Hoch- und Tiefbaubranche im Münstertal beschrieben, insbesondere die dort tätigen Unternehmen sowie deren

⁹ Act. IX.C.001.

¹⁰ Act. IX.C.007.

¹¹ Act. IX.C.023.

¹² Act. IX.C.035.

¹³ Act. IX.C.005.

¹⁴ Act. IX.C.052.

¹⁵ Act. VII.5 (22-0467).

¹⁶ Act. VII.6 (22-0467).

¹⁷ Vgl. SHAB vom 28.5.2013, Nr. 100 (Act. I.080); Act. I.059–I.067.

¹⁸ Act. IV.025.

¹⁹ Act. I.518 und Act. I.534.

²⁰ Act. I.502–I.545.

²¹ Act. II.1 (22-0467).

²² Act. I.33 (22-0467).

²³ Act. III.1 (22-0467).

²⁴ Act. I.35 (22-0467).

²⁵ Act. I.43 (22-0467).

²⁶ Act. I.22 (22-0467).

²⁷ Act. I.37 (22-0467) und Act. I.38 (22-0467).

Marktanteile (Rz 28 ff. hiernach). Sodann wird – und hier liegt der Schwerpunkt der Ausführungen zum Sachverhalt – der kartellrechtlich relevante Sachverhalt im Einzelnen erörtert. Dabei wird zwischen der Zusammenarbeit im Rahmen von Vorversammlungen bis 2008 (Rz 52 ff. hiernach) und der Weiterführung dieser Zusammenarbeit bis 2012 (Rz 133 ff. hiernach) unterschieden.

B.2 Vorbemerkungen zum Beweis

25. Auf das Untersuchungsverfahren sind die Bestimmungen des Verwaltungsverfahrensgesetzes (VwVG)²⁸ anwendbar, soweit das Kartellgesetz nicht davon abweicht (Art. 39 KG). Auch im Kartellverwaltungsverfahren gilt der Grundsatz der freien Beweiswürdigung (Art. 39 KG i.V.m. Art. 19 VwVG und Art. 40 BZP²⁹).

26. Der Beweis einer Tatsache ist im Allgemeinen erbracht, wenn die Wettbewerbsbehörden nach objektiven Gesichtspunkten von deren Verwirklichung überzeugt sind. Die Verwirklichung der Tatsache braucht nicht mit Sicherheit (also ohne Zweifel) festzustehen, sondern es genügt, wenn allfällige Zweifel unerheblich erscheinen.³⁰ Bloss abstrakte und theoretische Zweifel sind nicht massgebend, weil solche immer möglich sind und absolute Gewissheit nicht verlangt werden kann. Es muss sich um erhebliche und unüberwindliche Zweifel handeln, d.h. um solche, die sich nach der objektiven Sachlage aufdrängen.³¹ Hinsichtlich bestimmter Tatsachen, namentlich komplexer wirtschaftlicher Sachverhalte, sind im Einklang mit der Rechtsprechung keine überspannten Anforderungen an das Beweismass zu stellen. Vielmehr schliesst die Komplexität wirtschaftlicher Sachverhalte, insbesondere die vielfache und verschlungene Interdependenz wirtschaftlich relevanten Verhaltens, eine strikte Beweisführung regelmässig aus.³²

27. Diesen Grundsätzen ist im Rahmen der nachfolgenden Ausführungen zum Sachverhalt Rechnung zu tragen.

B.3 Hoch- und Tiefbaubranche im Münstertal

28. Im Folgenden werden die Struktur und Verhältnisse der Hoch- und Tiefbaubranche im Münstertal dargelegt. Dabei ist vorab darauf hinzuweisen, dass der Hochbau dasjenige Teilgebiet des Bauwesens umfasst, das sich mit der Planung und Errichtung von Bauwerken befasst, die mehrheitlich oberhalb der Geländelinie liegen (zum Beispiel Wohnhäuser). Bauwerke, die sich mehrheitlich unterhalb oder auf der Geländelinie befinden, werden dagegen typischerweise dem Tiefbau zugeordnet (zum Beispiel Kanalisationen, Tunnelbau, Erdbau).

29. Im Einzelnen werden zunächst die Örtlichkeiten des Münstertals angesprochen (Rz 30 ff.). Anschliessend werden die im Münstertal in den Bereichen Hoch- und Tiefbau tätigen Bauunternehmen beschrieben (Rz 34 ff.). Schliesslich werden die Marktanteile dieser Bauunternehmen analysiert (Rz 38 ff.).

B.3.1 Münstertal

30. Das Münstertal ist rund 25 Kilometer lang und erstreckt sich vom Ofenpass im Westen zum oberen Teil des Etschals im Osten. Das Tal wird unter anderem von den Bergen Piz Daint, Piz Turettas, Piz Lad, Piz Chavalatsch im Süden und vom Piz Terza im Norden umgeben.

31. Topographisch kann das Münstertal in drei Talstufen eingeteilt werden. Auf der obersten liegen die Orte Tschier und Fuldera, auf der mittleren Valchava und Sta. Maria und auf der untersten Müstair und – in der italienischen Provinz Südtirol – Taufers.

32. Im Münstertal besteht auf Schweizer Gebiet mit der Gemeinde Val Müstair nur eine Gemeinde. In der Gemeinde leben rund 1'600 Menschen. Sie entstand am 1. Januar 2009 aus der Fusion der bis dahin selbstständigen Gemeinden Tschier, Fuldera, Lü, Valchava, Sta. Maria und Müstair.

33. Das Münstertal ist mit einer Strasse über den Ofenpass mit dem Engadin verbunden. Mit Italien ist es durch die SS 41 erschlossen.

B.3.2 Tätige Bauunternehmen

34. Mit Schreiben vom 10. Juni 2016 ersuchte das Sekretariat die Verfahrensparteien, ihre Konkurrenten in den Bereichen Hoch- und Tiefbau in den Jahren 2004 bis 2012 zu bezeichnen.³³ Die Foffa Conrad AG nannte daraufhin mit Eingabe vom 27. Juni 2016 die Hohenegger SA und die frühere Einzelfirma Pio Scandella, Maurergeschäft als wesentliche Konkurrentinnen in diesem Zeitraum, und zwar sowohl im Bereich Hochbau als auch im Bereich Tiefbau.³⁴ In geringem Umfang seien auch die Terza Bau AG (bis 2007) und die Einzelfirma Arthur Pinggera (bis 2008) tätig gewesen.³⁵

35. Die Hohenegger SA bezeichnete in ihrer Eingabe vom 26. Juli 2016 grundsätzlich die gleichen Marktteilnehmerinnen im Zeitraum von 2004 bis 2012 in den Bereichen Hoch- und Tiefbau, nämlich die Foffa Conrad AG, die frühere Einzelfirma Pio Scandella, Maurergeschäft sowie die Hohenegger SA. Allerdings erwähnte die Hohenegger SA die Terza Bau AG nicht als weitere Konkurrentin. Zudem sei die Einzelfirma Arthur Pinggera – im Unterschied zur Angabe der Foffa Conrad AG – bis ins Jahr 2010 tätig gewesen.³⁶

36. Die Tätigkeit der Terza Bau AG und der Einzelfirma Arthur Pinggera war im fraglichen Zeitraum von untergeordneter Bedeutung. Die Terza Bau AG wurde am 29. Februar 2008 aufgelöst und am 7. September 2009 im Handelsregister gelöscht.³⁷ Über die Einzelfirma

²⁸ Bundesgesetz vom 20.12.1968 über das Verwaltungsverfahren (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG; SR 172.021).

²⁹ Bundesgesetz vom 4.12.1947 über den Bundeszivilprozess (BZP; SR 273).

³⁰ Urteil des BVGer B-8430/2010 vom 23.9.2014, E. 5.3.2 f., *Paul Koch AG/WEKO*; Urteil des BVGer B-8399/2010 vom 23.9.2014, E. 4.3.2 f., *Siegenia-Aubi AG/WEKO*; vgl. auch etwa Urteil des BGer 2A.500/2002 vom 24.03.2003, E. 3.5; RPW 2009/4, 341 Rz 15, *Submission Beton-sanierung am Hauptgebäude der Schweizerischen Landesbibliothek (SLB)*.

³¹ Vgl. z.B. BGE 124 IV 86, E. 2a.

³² BGE 139 I 72, 91 E. 8.3.2 (= RPW 2013/1, 126 f. E. 8.3.2), *Publigroupe SA et al./WEKO*; Urteil des BVGer B-8430/2010 vom 23.9.2014, E. 5.3.7, *Paul Koch AG/WEKO*; Urteil des BVGer B-8399/2010 vom 23.9.2014, E. 4.3.7, *Siegenia-Aubi AG/WEKO*; je m.w.Hinw.

³³ Act. I.26 (22-0467) und Act. I.27 (22-0467).

³⁴ Act. I.33 (22-0467), Seite 4 f.

³⁵ Act. I.33 (22-0467), Seite 7 f.

³⁶ Act. I.36 (22-0467), Seite 6 f.

³⁷ Vgl. Auszug aus dem Handelsregister der früheren Terza Bau AG, <www.zefix.ch> (27.2.2017).

Arthur Pinggera eröffnete der Konkursrichter des Bezirksgerichts Inn am 17. März 2010 den Konkurs. Die Firma wurde am 29. August 2011 im Handelsregister gelöscht.³⁸

37. Soweit vorliegend relevant sind die Parteiangaben glaubhaft. Daraus folgt, dass im Zeitraum von 2004 bis 2012 im Wesentlichen folgende Bauunternehmen in den Bereichen Hoch- und Tiefbau im Münstertal tätig gewesen sind:

- die Foffa Conrad AG;
- die Einzelfirma Pio Scandella, Maurergeschäft;
- die Hohenegger SA.

B.3.3 Marktanteile

38. Im Folgenden werden die Marktanteile der im Münstertal im Zeitraum von 2004 bis 2012 tätigen Unternehmen erörtert. Dabei werden zunächst die auf Schätzungen beruhenden Angaben der Parteien dargelegt (Rz 39 f.). Anschliessend werden diese Angaben den Informationen aus den Offertöffnungsprotokollen des Kantons Graubünden und der Gemeinde Val Müstair gegenübergestellt und überprüft (Rz 41 ff.).

B.3.3.1 Angaben der Parteien (Schätzungen)

39. Die Foffa Conrad AG gab mit Eingabe vom 27. Juni 2016³⁹ die geschätzten Marktanteile ihres Unternehmens und diejenigen der Konkurrentinnen in den Jahren 2004 bis 2012 im Münstertal an. Danach habe die Foffa Conrad AG in diesem Zeitraum im Bereich Hochbau jeweils über einen Marktanteil von [...] % bis [...] % verfügt, die frühere Einzelfirma Pio Scandella, Maurergeschäft über einen Marktanteil von [...] % bis [...] % und die Hohenegger SA über einen Marktanteil von [...] % bis [...] %. Die Terza Bau AG und die Einzelfirma Arthur Pinggera hätten bis zur Einstellung ihrer Geschäftstätigkeit je einen Marktanteil von [...] % bis [...] % gehabt. Dabei fällt auf, dass nach Angaben der Foffa Conrad AG ihre Marktanteile und diejenigen der Einzelfirma Pio Scandella, Maurergeschäft und der Hohenegger SA zwischen 2008 und 2009 gestiegen seien. Angesichts der Geschäftsaufgabe bzw. Liquidation der Terza Bau AG und der Einzelfirma Arthur Pinggera in diesen Jahren erscheint dies nachvollziehbar. Die Schätzungen der Marktanteile der Foffa Conrad AG für den Bereich Tiefbau sind mit denjenigen für den Bereich Hochbau vergleichbar.

40. Die Scandella Bau AG schätzte die Marktanteile der im Münstertal in den Bereichen Hoch- und Tiefbau tätigen Unternehmen mit Eingabe vom 27. Juni 2016⁴⁰ gleich wie die Foffa Conrad AG. Die Hohenegger SA reichte keine Angaben oder Schätzungen zu den Marktanteilen der im Münstertal tätigen Bauunternehmen ein.

B.3.3.2 Analyse der Offertöffnungsprotokolle des Kantons Graubünden und der Gemeinde Val Müstair

41. Die Schätzungen der Parteien zu den Marktanteilen erachtet die Behörde als glaubhaft. Um deren Stichhaltigkeit besser beurteilen zu können, sind die Angaben der Parteien mit den Informationen zu vergleichen, die sich aus der Analyse der Offertöffnungsprotokolle des

Kantons Graubünden und der Gemeinde Val Müstair ergeben.

a. Grundlagen

42. Im Rahmen der Amtshilfe reichten der Kanton Graubünden und die Gemeinde Val Müstair die Offertöffnungsprotokolle betreffend Aufträge im Strassenbau sowie in den Bereichen Hoch- und Tiefbau ein.⁴¹ Dabei ist zu beachten, dass die Gemeinde Val Müstair aus einer Fusion der Gemeinden Fuldera, Lü, Tschier, Sta. Maria, Valchava und Val Müstair im Jahr 2009 hervorgegangen ist. Die kommunalen Offertöffnungsprotokolle vor der Gemeindefusion im Jahr 2009 liegen der Behörde nicht vor.⁴²

43. Der nachfolgenden Würdigung liegen 24 Offertöffnungsprotokolle zwischen 2004 und 2012 betreffend Hoch- und Tiefbauprojekte im Münstertal mit einem Bauvolumen von insgesamt CHF 7'491'177.22 zugrunde. Nicht berücksichtigt werden Installationsarbeiten und reine Belagsarbeiten.

b. Würdigung

44. Die nachfolgende Tabelle 1 zeigt – auf der Grundlage der 24 Bauprojekte im öffentlichen Sektor (vgl. Rz 42 f.) – die Marktanteile der im Münstertal tätigen Bauunternehmen im Zeitraum von 2004 bis 2012 auf. Die zweite Spalte „Eingereichte Offerten“ gibt die Anzahl der vom betreffenden Unternehmen in den Jahren 2004 bis 2012 eingereichten Offerten wieder, während die dritte Spalte „Offerten mit Zuschlag“ die Anzahl der erfolgreichen Offerten des Unternehmens nennt. In der vierten Spalte wird der Anteil der erfolgreichen Offerten des Unternehmens an sämtlichen 24 Bauprojekten kalkuliert. Die fünfte Spalte „Umsatz“ enthält den Umsatz des betreffenden Unternehmens im Rahmen dieser 24 Bauprojekte, während schliesslich in der sechsten Spalte „Umsatz in %“ der Umsatz in Prozent angegeben wird.

³⁸ Vgl. Auszug aus dem Handelsregister der früheren Einzelfirma Arthur Pinggera, <www.zefix.ch> (27.2.2017).

³⁹ Act. I.33 (22-0467).

⁴⁰ Act. I.33 (22-0467).

⁴¹ Act. VI.036; Act. VI.128.

⁴² Act. VI.010.

Unternehmen	Eingereichte Offerten	Offerten mit Zuschlag	Anteil Offerten mit Zuschlag an allen Bauprojekten	Umsatz (in CHF)	Umsatz in %
Foffa Conrad AG	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Hohenegger SA	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Pio Scandella	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Arthur Pinggera	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Terza Bau AG	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Gesamt	78	24	100 %	7'491'177.22	100 %

Tabelle 1: Marktanteile der im Münstertal tätigen Bauunternehmen für Hoch- und Tiefbauaufträge der öffentlichen Hand (2004–2012)

45. Daraus folgt, dass die Foffa Conrad AG im Zeitraum von 2004 bis 2012 bei [...] % aller Projekte den Zuschlag erhielt, damit aber über [...] des Bauvolumens im öffentlichen Sektor im Münstertal auf sich vereinte, nämlich [...] %. Die Hohenegger SA und die Einzelfirma Pio Scandella, Maurergeschäft erzielten einen Anteil am Bauvolumen im öffentlichen Sektor von [...] % bzw. von [...] %. Während die Hohenegger SA bei [...] % aller Bauprojekte den Zuschlag erhielt, war dies bei der Einzelfirma Pio Scandella, Maurergeschäft bei [...] % aller Bauprojekte der Fall. Das durchschnittliche Volumen der Bauprojekte, bei denen die Foffa Conrad AG den Zuschlag erhielt, beläuft sich auf CHF [...]. Bei der Hohenegger SA beträgt das durchschnittliche Projektvolumen CHF [...], bei der Einzelfirma Pio Scandella, Maurergeschäft CHF [...].

46. Diese Auswertungen zeigen somit, dass die Foffa Conrad AG tendenziell bei grösseren Bauprojekten den Zuschlag erhielt als ihre Konkurrentinnen. Weiter bestätigen sie, dass die Foffa Conrad AG in den Jahren 2004 bis 2012 das umsatzstärkste Unternehmen im Hoch- und Tiefbau im Münstertal war. Den Anteil der Einzelfirma Pio Scandella, Maurergeschäft am Bauvolumen im öffentlichen Sektor von [...] % liegt eher [...] des von den Parteien geschätzten Marktanteils von [...] % bis [...] %. Umgekehrt verhält es sich bei der Hohenegger SA. Ihr Anteil am Bauvolumen im öffentlichen Sektor von [...] % liegt eher [...] dem von den Parteien geschätzten Marktanteil von [...] % bis [...] %.

47. Sodann geht aus diesen Auswertungen hervor, dass die Einzelfirma Arthur Pinggera nur bei [...] der 24 analysierten Bauprojekte den Zuschlag erhielt und zwar vor 2009. Allerdings ist dies nicht sehr aussagekräftig: Erstens geriet die Einzelfirma Arthur Pinggera im Jahr 2010 in Konkurs. Zweitens liegen der Behörde – wie erwähnt – die kommunalen Offertöffnungsprotokolle erst ab dem Jahr 2009 vor.

48. Schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass das Unternehmen [...], welches von den Parteien nicht als Konkurrent in den Bereichen Hoch- und Tiefbau im Münstertal genannt worden ist, eine (einzige) Offerte einreichte, dabei jedoch den Zuschlag nicht erhielt.

B.3.3.3 Umsatzangaben der Parteien in den Bereichen Hoch- und Tiefbau

49. Die Parteien gaben folgende Umsätze in den Bereichen Hoch- und Tiefbau an, welche in der untenstehenden Tabelle aufgeführt sind.⁴³ Die Spalte „Umsatz“ gibt darin den Jahresumsatz des jeweiligen Unternehmens in diesen Bereichen wieder. Die Spalte „%“ hält den Anteil des Jahresumsatzes des betreffenden Unternehmens am Total der Jahresumsätze aller Unternehmen fest (vgl. die Spalte „Total Ums.“). Die Zeile „Total 2010–2012“ gibt den in den Jahren 2010 bis 2012 realisierten Umsatz der einzelnen Unternehmen in den Bereichen Hoch- und Tiefbau wieder.

⁴³ Act. I.43 (22-0467), Act. III.1 (22-0467), Act. I.33 (22-0467).

Jahr	Foffa Conrad AG		Pio Scandella ⁴⁴		Hohenegger SA		Total Ums.
	Umsatz	%	Umsatz	%	Umsatz	%	
2010	[...]	[...]	[...]	[...] %	[...]	[...] %	7'215'300
2011	[...]	[...]	[...]	[...] %	[...]	[...] %	6'049'500
2012	[...]	[...]	[...]	[...] %	[...]	[...] %	6'699'200
2013	[...]	[...]	[...]	[...] %	[...]	[...] %	6'511'000
2014	[...]	[...]	[...]	[...] %	[...]	[...] %	7'350'000
2015	[...]	[...]	[...]	[...] %	[...]	[...] %	7'478'000
Total	[...]	[...]	[...]	[...] %	[...]	[...] %	41'303'000
Total 2010–2012	[...]	[...]	[...]	[...] %	[...]	[...] %	19'964'000

Tabelle 2: Umsatzangaben der Parteien für die Bereiche Hoch- und Tiefbau

50. Diese Umsatzangaben bestätigen die Schätzungen der Marktanteile der Parteien (vgl. Rz. 39).

B.3.3.4 Zwischenfazit

51. Zusammenfassend können folgende Schlüsse gezogen werden:

- Die Foffa Conrad AG war im Zeitraum von 2004 bis 2012 das umsatzstärkste Bauunternehmen im Münstertal. Vom gesamten im Münstertal in den Bereichen Hoch- und Tiefbau realisierten Umsatz erzielte sie rund [...].
- Die Hohenegger SA und die Einzelfirma Pio Scandella, Maurergeschäft bildeten – jedenfalls nach 2010 – die einzigen gewichtigen Konkurrentinnen der Foffa Conrad AG. Ihr Anteil am Bauvolumen betrug [...].
- Im Zeitraum von 2004 bis 2012 waren die Foffa Conrad AG, die Einzelfirma Pio Scandella, Maurergeschäft und die Hohenegger SA mit keinen weiteren im Münstertal domizilierten Konkurrenten im Bereich Hoch- und Tiefbau konfrontiert. Ausgenommen sind die Terza Bau AG und die Einzelfirma Arthur Pinggera, welche ihre Geschäftstätigkeit aber 2008 bzw. 2010 einstellten.

B.4 Zusammenarbeit im Rahmen von Vorversammlungen

52. Gegenstand der vorliegenden Untersuchung bildet unter anderem die Zusammenarbeit von Bauunternehmen anlässlich von Vorversammlungen betreffend Hoch- und Tiefbauleistungen im Münstertal. Dabei stellen sich folgende Sachverhaltsfragen:

- ob und ggf. ab wann ein tatsächlicher Konsens über eine solche Zusammenarbeit vorlag und was ggf. der Inhalt dieses Konsenses war (Rz 54 ff.);
- welche Unternehmen ggf. an dieser Zusammenarbeit beteiligt waren (Rz 78 ff.);
- was ggf. der verfolgte Zweck dieser Zusammenarbeit war (Rz 92 ff.);
- wie lange dieser allfällige Konsens bestand (Rz 101 ff.);

- ob sich die beteiligten Unternehmen ggf. entsprechend ihrem Konsens verhielten und welches ggf. die Auswirkungen ihres Verhaltens waren (Rz 113 ff.).

53. Im Folgenden wird bezüglich dieser Sachverhaltsfragen zunächst das genaue Beweisthema umschrieben. Weiter werden die in Bezug auf den vorgeworfenen Kartellrechtsverstoss vorhandenen Beweismittel dargestellt. Anschliessend wird anhand dieser Beweismittel die konkrete Beweislage hinsichtlich der genannten Sachverhaltsfragen gewürdigt, bevor schliesslich das Beweisergebnis festgehalten wird.

B.4.1 Konsens und Inhalt

B.4.1.1 Beweisthema

54. In tatsächlicher Hinsicht ist zu prüfen, ob und ggf. ab wann zwischen im Münstertal tätigen Bauunternehmen übereinstimmende wirkliche Willenserklärungen über die Zusammenarbeit anlässlich von Vorversammlungen betreffend Hoch- und Tiefbauleistungen im Münstertal vorlagen (*Vorliegen eines natürlichen Konsenses*). Ist ein solcher Konsens zu bejahen, ist alsdann der Inhalt dieses Konsenses zu ermitteln.

B.4.1.2 Beweismittel

55. Im Folgenden werden die Beweismittel genannt, auf die sich die Behörde bei der Würdigung der in diesem Abschnitt zu beurteilenden Sachverhaltsfragen stützt.

a. Urkunden

56. Im Protokoll der Generalversammlung des GBV Sektion Unterengadin/Münstertal vom 13. März 2003 wird unter Traktandum 15 „Varia“ ausgeführt, dass A. F. für seinen Einsatz als Submissionsleiter danke. Sein Nachfolger werde G. sein.⁴⁵

⁴⁴ Bei der Spalte „Pio Scandella“ wurden bis 2012 die Umsätze der früheren Einzelfirma Pio Scandella, Maurergeschäft berücksichtigt. Nach 2012 liegen der Tabelle die Angaben der Scandella Bau AG zugrunde.

⁴⁵ Act. III.B.018.

57. Des Weiteren liegt der Behörde ein Reglement über die Entschädigung von Leistungen im Auftrage des Graubündnerischen Baumeisterverbandes, genehmigt am 23. Juni 2006, vor.⁴⁶ Für die Aufgabe des Submissionsleiters sind darin folgende Entschädigungen vorgesehen:

Einfache Submittentenversammlung	CHF	75.00
Doppelsitzung	CHF	105.00
Dreifachsitzung	CHF	140.00
Reisekosten pro km	CHF	0.60

58. Aus den Spesenabrechnungen des GBV für die Submissionsleiter und deren Stellvertreter⁴⁷ geht sodann hervor, dass der GBV G. im Jahr 2006 CHF 3'605.00, im

Jahr 2007 CHF 1'605.00 und im Jahr 2008 CHF 550.00 Entschädigung entrichtete. In diesen Beträgen nicht inbegriffen sind die Spesen und Reisekosten.

59. Weiter beschlagnahmte das Sekretariat anlässlich der Hausdurchsuchung bei G. dessen Agenda.⁴⁸ Darin führte G. über seine Tätigkeit als Submissionsleiter im Auftrag des GBV in den Jahren 2003 bis 2008 buch. Die Einträge, welche den GBV betrafen, sind in der Agenda blau markiert. Gewisse Einträge von G. enthalten den Zusatz „Müstair“ oder „Mü“. G. vermerkte bei diesen Einträgen zudem jeweils Zusätze wie „1x“, „2x“, „3x“ oder „4x“.

60. Exemplarisch ist an dieser Stelle der Auszug der Agenda von G. betreffend den Februar 2007⁴⁹ abgebildet:

2007 Februar Février													Febbraio February 2007						
	07	08	09	10	11	12	13	14	15	16	17	18	19	20					
1 Do Je										1 GBV SC 3x					Gi Th 1				
2 Fr Ve															○ Ve Fr 2				
3 Sa Sa															Sa Sa 3				
4 So Di															Do Su 4				
5 Mo Lu															Lu Mo 5				
6 Di Ma															Ma Tu 6				
7 Mi Me															Me We 7				
8 Do Je															Gi Th 8				
9 Fr Ve										1 GBV Mü 1x					Ve Fr 9				FEL
10 Sa Sa															☾ Sa Sa 10				
11 So Di															Do Su 11				MA
12 Mo Lu															Lu Mo 12				
13 Di Ma															Ma Tu 13				API
14 Mi Me															Me We 14				
15 Do Je										GBV					Gi Th 15				MA
16 Fr Ve										1 GBV Mü 1x					Ve Fr 16				
17 Sa Sa															● Sa Sa 17				
18 So Di															Do Su 18				JUT
19 Mo Lu *															Lu Mo 19				
20 Di Ma *															Ma Tu 20				
21 Mi Me															Le Ceneri Me We 21				JUT
22 Do Je										1 GBV SC 4x					Th 22				ALU
23 Fr Ve *															Ve Fr 23				
24 Sa Sa															☾ Sa Sa 24				
25 So Di															Do Su 25				SEI
26 Mo Lu															Mo 26				
27 Di Ma															Ma Tu 27				OC
28 Mi Me															Me We 28				NO
																			DE
	07	08	09	10	11	12	13	14	15	16	17	18	19	20					
* 19.2. ☾ ☾ ☾ ☾ * 20.2. ☾ ☾ * 23.2. ☾																			

⁴⁶ Act. IV.1 (22-0467).

⁴⁷ Act. IV.1 (22-0467).

⁴⁸ Act. III.R.002, Act. III.R.003, Act. III.R.004, Act. III.R.005, Act. III.R.006 und Act. III.R.007.

⁴⁹ Act. III.R.006.

61. Schliesslich ist in den Jahresberichten des Präsidenten des GBV Sektion Unterengadin/Münstertal – jeweils unter der Ziffer 2.1 – Folgendes zu Vorversammlungen festgehalten:

- Jahresbericht vom März 2005 betreffend das Jahr 2004⁵⁰:
„Bis Mitte Jahr mit Erfolg durchgeführt, im Sommer und Herbst keine mehr. (aus bekannten Gründen)“.
- Jahresbericht vom März 2006 betreffend das Jahr 2005⁵¹:
„anfangs Jahr mit schwachem Erfolg durchgeführt, im Sommer und Herbst keine mehr“.
- Jahresbericht vom März 2008 betreffend das Jahr 2007⁵²:
„Im Münstertal regelmässig durchgeführt“.
- Jahresbericht vom März 2009 betreffend das Jahr 2008⁵³:
„Im Münstertal z.T. durchgeführt“.

b. Auskünfte von Parteien

62. Mit Faxschreiben vom 2. November 2012 zeigte die Foffa Conrad AG ihre Beteiligung an einer mutmasslichen Wettbewerbsbeschränkung im Münstertal an.⁵⁴

63. Weiter gab A. anlässlich der mündlichen Ergänzung der Selbstanzeige der Foffa Conrad AG vom 12. November 2012⁵⁵ folgende Aussagen zu Protokoll (Seite 2 unten und Seite 3):

- Die Foffa Conrad AG pflege geschäftliche Beziehungen im Münstertal. Ihre dortige Niederlassung werde eigenständig geführt. Das Münstertal sei ein eigener Markt. Neben der Foffa Conrad AG gebe es im Münstertal nur noch zwei Bauunternehmen. Mit Ausnahme der Foffa Conrad AG sei kein Bauunternehmen aus dem Engadin im Münstertal tätig. Umgekehrt sei auch kein Bauunternehmen aus dem Münstertal im Engadin tätig.
- Das, was er im Münstertal gesehen habe, habe ihn dazu veranlasst, eine Bonusmeldung einzureichen. Im Münstertal hätten wettbewerbsbehindernde Massnahmen stattgefunden.

64. Mit Eingabe vom 1. Februar 2013 führte die Foffa Conrad AG aus, dass sich im Münstertal die Unternehmer von Zeit zu Zeit zu Sitzungen getroffen hätten, in welchen die Auftragslage und die bevorstehenden Ausschreibungen diskutiert worden seien. Die Preisbereinigung sei dann in weiteren Sitzungen erfolgt oder vielfach auch bilateral.⁵⁶

65. B. gab anlässlich der mündlichen Ergänzung der Selbstanzeige der Foffa Conrad AG vom 20. August 2015 folgende Aussagen zu Protokoll:

- In den 80er Jahren habe es sechs Bauunternehmen im Münstertal gegeben. Dies seien Schulkollegen von ihm gewesen und sie hätten sich sehr gut gekannt. Man habe immer miteinander gesprochen. Fünf der Bauunternehmen seien Mitglieder des Baumeisterverbandes gewesen. Der

Baumeisterverband habe ihnen diktiert, was sie hätten tun müssen. Konkret hätten sie Sitzungen durchführen müssen. Diese Sitzungen seien Submissionssitzungen genannt worden und die Teilnahme daran sei obligatorisch gewesen. Man sei bestraft worden, wenn man nicht daran teilgenommen habe oder sich nicht an das gehalten habe, was dort beschlossen worden sei. Der Baumeisterverband habe einen Submissionsleiter gestellt. Sie hätten jeweils eine Einladung zur Sitzung erhalten. An den Sitzungen sei zuerst über den Devis gesprochen worden.⁵⁷

- Weiter habe man sich an den Sitzungen geeinigt, wer das Bauprojekt ausführen sollte.⁵⁸ Dabei habe der Submissionsleiter gefragt, ob ein Bauunternehmen spezielle Interessen habe. Jede Gemeinde habe natürlich ihr dort ansässiges Bauunternehmen unterstützen wollen. Ebenfalls in die Überlegungen eingeflossen seien, wenn jemand einen Verwandten gehabt habe. Ein weiteres Kriterium für die Zuteilung der Bauprojekte sei die Auslastung der Bauunternehmen gewesen.⁵⁹
- Zur Berechnung der Eingabesummen habe es an den Sitzungen verschiedene Verfahren gegeben. Dabei habe es sich um eine Art Ausgleichsverfahren gehandelt. Man habe dem Submissionsleiter den Devis gezeigt. Die (kalkulierten) Eingabesummen der anderen Bauunternehmen habe man aber nicht erfahren.⁶⁰ Anschliessend habe der Submissionsleiter die vorgelegten Zahlen analysiert und den Billigsten und den Teuersten ausgeschlossen. Dies, damit es keine Spekulationen gegeben habe.⁶¹ Der Ausschluss sei nur erfolgt, wenn es zwischen den einzelnen Offerten grosse Differenzen gegeben habe. Daraufhin habe der Submissionsleiter einen Mittelwert berechnet. Derjenige, der den Zuschlag erhalten sollte, habe nicht höher als den Mittelwert eingeben dürfen. Der Mittelwert sei nur dem Submissionsleiter bekannt gewesen. Dieser habe den Teilnehmern die einzugebenden Summen auf einem Zettel mitgeteilt. Der Submissionsleiter habe eine Liste mit den Bauunternehmen und ihren Eingabesummen erstellt und diese dem GBV in Chur geschickt.⁶²

⁵⁰ Act. III.C.087.

⁵¹ Act. III.C.088.

⁵² Act. III.C.085.

⁵³ Act. III.C.089.

⁵⁴ Act. IX.C.001.

⁵⁵ Act. IX.C.005.

⁵⁶ Act. IX.C.035, pag. 4.

⁵⁷ Act. IX.C.052, Zeilen 46 ff.

⁵⁸ Act. IX.C.052, Zeile 84.

⁵⁹ Act. IX.C.052, Zeilen 69 ff.

⁶⁰ Act. IX.C.052, Zeilen 61 ff.

⁶¹ Act. IX.C.052, Zeilen 67 ff.

⁶² Act. IX.C.052, Zeilen 76 ff.

- Die Beteiligten hätten diese Verfahren als gerecht empfunden. Man habe sich nicht bereichern wollen.⁶³ Vielmehr habe das Ziel darin bestanden, die Aufträge fair zu verteilen und das Überleben der Bauunternehmen im Münstertal sicherzustellen.⁶⁴ Im Münstertal sei nur wenig Geld vorhanden. Es sei den Beteiligten wichtig gewesen, dass sie Arbeit gehabt hätten und dies zu fairen Preisen. Das Münstertal sei ein eigener Markt. Es sei ein Überlebenskampf gewesen im Münstertal.⁶⁵ Rund 98 Prozent der privaten Aufträge seien von drei Architekten ausgeschrieben worden. Der Markt sei sehr klein. Das gesamte Bauvolumen betrage im Münstertal nur etwa fünf Millionen Franken. Dies bedeute, dass es Arbeit nur für zirka 50 Personen gebe. Von diesen fünf Millionen habe die Foffa Conrad AG zirka [...] Millionen ausgeführt, die restlichen [...] Millionen hätten die anderen fünf Bauunternehmen ausgeführt.⁶⁶

66. Weiter sagte B. am 20. August 2015 Folgendes zu Vorversammlungen im Münstertal aus:

- Vorversammlungen seien diejenigen Sitzungen gewesen, welche die Submissionssitzungen abgelöst hätten. Für die Beteiligten sei es das Gleiche gewesen, aber es habe keinen Sitzungsleiter mehr gegeben. Die Bauunternehmen hätten nun dem GBV die Eingabesummen selber melden müssen. Dabei seien sie davon ausgegangen, dass der GBV diese Summen zur Markterfassung gebraucht habe.⁶⁷
- Als Vorversammlungen seien die Sitzungen ungefähr nach dem Jahr 2000 oder noch später bezeichnet worden. Dabei hätten die Beteiligten das Gleiche gemacht wie vorher. Es habe über 30 Jahre funktioniert, deshalb hätten sie die Zusammenarbeit weiterhin so praktiziert, auch wenn der GBV nicht mehr mitgemacht habe. Man habe weiterhin miteinander gesprochen. Vielleicht seien sie naiv gewesen. Sie hätten nicht gewusst, dass dies unzulässig sei. Sie hätten sich nicht viel mit dem Gesetz befasst. Sie seien eigenständig gewesen im Münstertal. Die Bauunternehmen hätten immer noch gekämpft im Münstertal und hätten dafür sorgen müssen, dass ihre Mitarbeiter Arbeit gehabt hätten.⁶⁸

67. C. gab anlässlich der mündlichen Ergänzung der Selbstanzeige der Scandella Bau AG vom 15. März 2016⁶⁹ folgende Aussagen zu Vorversammlungen im Münstertal zu Protokoll:

- Ihm sei bekannt, dass der GBV in der Vergangenheit zu sogenannten Vorversammlungen eingeladen habe. Bei den Vorversammlungen habe es sich um Arbeitsvergaben gehandelt.⁷⁰ Die entsprechenden Sitzungen seien von G. geleitet worden. Dieser habe im Auftrag des GBV gehandelt. Wenn mit G. ein Termin vereinbart worden sei, habe jeweils auch eine Vorversammlung stattgefunden. Andere Sitzungen hätten mit G. im Münstertal nicht stattgefunden.⁷¹
- Er habe persönlich an Vorversammlungen teilgenommen⁷², allerdings in seiner Funktion bei der

früheren Einzelfirma Pio Scandella, Maurergeschäft. Die Scandella Bau AG habe mit den Vorversammlungen nichts zu tun gehabt.⁷³ Seit 2013 hätten solche Vorversammlungen nicht mehr stattgefunden.⁷⁴

- An den Vorversammlungen habe man sich getroffen, über Preise gesprochen und die Aufträge untereinander verteilt.⁷⁵ Konkret habe jedes Unternehmen vorgängig seine Offerte berechnet. Anschliessend habe man geschaut, welches Unternehmen welche Aufträge benötigt habe. Dabei sei zusammen bestimmt worden, wer die Aufträge erhalten sollte und zu welchem Preis. Manchmal seien Offerten auch nach unten korrigiert worden, wenn es beispielsweise Kalkulationsfehler gegeben habe. Dass man Preise nach oben korrigiert habe, sei nicht vorgekommen. Die Preise seien nicht übertrieben gewesen. Oftmals habe es sich um öffentliche Ausschreibungen gehandelt. Der Kanton hätte zu hohe Preise nicht akzeptiert.⁷⁶
- In den letzten Jahren seien im Münstertal vier Bauunternehmen Konkurs gegangen. Die Bauunternehmen hätten wenig Arbeit gehabt und die Preise seien katastrophal gewesen. Mit den Vorversammlungen habe man wohl versucht, die bestehenden Unternehmen zu retten.⁷⁷ Es sei nicht primär um den Preis gegangen.⁷⁸

68. Weiter führte das Sekretariat am 16. März 2016 eine Parteieinvernahme der Hohenegger SA durch.⁷⁹ Für die Hohenegger SA sagte E., [...], aus. Er gab unter anderem folgende Aussagen zu Protokoll:

- Es sei ihm bekannt, dass der GBV in der Vergangenheit zu sogenannten Vorversammlungen eingeladen habe.⁸⁰ Er habe daran persönlich teilgenommen. Als er seine Tätigkeit bei der Hohenegger SA begonnen habe, seien Vorversammlungen noch zulässig gewesen.⁸¹
- Die Vorversammlungen seien seiner Erinnerung nach von Herrn F. aus Zerneß und von G. geleitet worden.⁸² Dabei seien die anfallenden Projekte vorgestellt worden und anschliessend untereinander aufgeteilt worden, je nachdem wer die entsprechenden Kapazitäten gehabt habe. Die Foffa

⁶³ Act. IX.C.052, Zeile 81 f.

⁶⁴ Act. IX.C.052, Zeile 74 f.

⁶⁵ Act. IX.C.052, Zeilen 64 ff.

⁶⁶ Act. IX.C.052, Zeilen 55 ff.

⁶⁷ Act. IX.C.052, Zeilen 140 ff.

⁶⁸ Act. IX.C.052, Zeilen 145 ff.

⁶⁹ Act. VII.6 (22-0467).

⁷⁰ Act. VII.6 (22-0467), Zeilen 106 ff.

⁷¹ Act. VII.6 (22-0467), Zeilen 170 ff.

⁷² Act. VII.6 (22-0467), Zeile 120 f.

⁷³ Act. VII.6 (22-0467), Zeile 117 f.

⁷⁴ Act. VII.6 (22-0467), Zeile 110 f.

⁷⁵ Act. VII.6 (22-0467), Zeile 115 f.

⁷⁶ Act. VII.6 (22-0467), Zeilen 140 ff.

⁷⁷ Act. VII.6 (22-0467), Zeile 113 f.

⁷⁸ Act. VII.6 (22-0467), Zeile 146.

⁷⁹ Act. II.1 (22-0467).

⁸⁰ Act. II.1 (22-0467), Zeile 100 f.

⁸¹ Act. II.1 (22-0467), Zeilen 111 ff.

⁸² Act. II.1 (22-0467), Zeilen 128 ff.

Conrad AG habe sich mehr für die grösseren Projekte interessiert, die Hohenegger SA eher für die kleineren Projekte.⁸³ Neben der Auslastung sei bei der Arbeitsaufteilung auch die Kapazitäten der Maschinen berücksichtigt worden, über welche die Unternehmen verfügt hätten.⁸⁴

B.4.1.3 Beweiswürdigung

69. Im Rahmen der Beweiswürdigung ist zu beurteilen, ob im Münstertal tätige Unternehmen den *übereinstimmenden* wirklichen Willen geäussert haben, im Rahmen von Vorversammlungen zusammenzuarbeiten und dabei den designierten Zuschlagsempfänger oder die designierte Zuschlagsempfängerin sowie die jeweiligen Angebotspreise für Hoch- und Tiefbauleistungen im Münstertal festzulegen. Hierbei handelt es sich um eine Tatfrage, die durch subjektive Auslegung des Verhaltens der Beteiligten zu beantworten ist.⁸⁵

70. Der wirkliche Wille der Parteien ist eine innere Tatsache, die dem direkten Beweis nicht zugänglich ist, sondern in der Regel lediglich anhand von indirekten Beweismitteln ermittelt werden kann (Indizienbeweis).⁸⁶ Vorliegend bestand keine schriftliche Vereinbarung, welche die Zusammenarbeit im Rahmen von Vorversammlungen betreffend das Münstertal regelte. Zu prüfen ist, ob ein solcher Konsens mündlich oder konkludent zustande gekommen war.

71. Zunächst sind hierzu die Aussagen der Verfahrensparteien zu würdigen. Vorliegend räumten sämtliche Verfahrensparteien ein, dass sich im Münstertal tätige Bauunternehmen im Rahmen von Vorversammlungen getroffen hätten. Die Vorversammlungen seien namentlich von G. geleitet worden. Konkret hätten sich die Beteiligten an diesen Vorversammlungen über die einzugebenden Preise „abgesprochen“ und die Bauaufträge untereinander aufgeteilt. Anzeichen, dass diese übereinstimmenden Aussagen der Verfahrensparteien nicht der Wahrheit entsprechen, bestehen nicht. Vielmehr erscheinen diese Aussagen schlüssig, kohärent und konkret. Zudem beruhen sie auf den eigenen Wahrnehmungen der befragten Unternehmensvertreter. B., C. und E. räumten allesamt ein, persönlich an den Vorversammlungen teilgenommen zu haben.

72. Die Aussagen der Parteien werden durch objektive Beweismittel gestützt. So belegt die Agenda von G., dass im Münstertal während vielen Jahren Vorversammlungen unter seiner Leitung durchgeführt wurden (dazu auch Rz 120 ff. hiernach). Weiter sind die Spesenabrechnungen des GBV betreffend G. zu beachten. Daraus geht hervor, dass G. vom GBV für seine Tätigkeit als Submissionsleiter entschädigt wurde. Auch dies belegt, dass er die Funktion des Submissionsleiters tatsächlich ausübte. Schliesslich zeigen auch die Jahresberichte des Präsidenten des GBV der Sektion Unterengadin/Münstertal betreffend die Jahre 2004 bis 2005 und 2007 bis 2008 auf, dass im Münstertal über Jahre hinweg Vorversammlungen stattfanden.

73. Vor diesem Hintergrund ist erstellt, dass im Münstertal während vielen Jahren Vorversammlungen durchgeführt wurden. Im Lichte der konkreten Beweislage, insbesondere aufgrund der übereinstimmenden und glaubhaften Aussagen der Verfahrensparteien, ist ebenso

erwiesen, dass an diesen Vorversammlungen Bauprojekte im Münstertal unter den beteiligten Bauunternehmen aufgeteilt und die Angebotspreise festgelegt wurden. Daran bestehen keine vernünftigen Zweifel.

74. Dass nun im Münstertal tätige Bauunternehmen während vielen Jahren im Rahmen von Vorversammlungen Bauaufträge aufgeteilt und die Angebotspreise der Bauunternehmen festgelegt haben, ist als Ausfluss eines entsprechenden Konsenses der Beteiligten zu betrachten. Hätten zwischen den Beteiligten diesbezüglich keine übereinstimmenden Willenserklärungen bestanden, hätten sie sich nicht während Jahren auf eine solchen Verhaltensmodus eingelassen. Dass das Verhalten der Beteiligten anders zu erklären wäre, ist nicht ersichtlich und wurde von keiner Partei vorgebracht. Unerheblich ist dabei, dass dieser Konsens nicht in einer Vertragsurkunde verbrieft worden ist. Vielmehr ist erwiesen, dass dieser Konsens durch mündliche oder konkludente Willenserklärungen zustande kam bzw. aufrechterhalten wurde.

75. Wie die Aussagen von B. zeigen⁸⁷, kam dieser Konsens vermutlich in den 80er Jahren des 20. Jahrhunderts zustande. In zeitlicher Hinsicht ist vorliegend aber relevant, dass dieser Konsens spätestens seit dem Jahr 2004 bestand. Dies ist – neben den übereinstimmenden und glaubhaften Aussagen der Parteien – unter anderem aufgrund des Jahresberichts des Präsidenten des GBV Sektion Unterengadin/Münstertal vom März 2005 betreffend das Jahr 2004⁸⁸ und der von G. im Jahr 2004 geführten Agenda erwiesen.

76. Schliesslich ist erstellt, dass der Konsens, sich über die Zuteilung und Angebotspreise für Bauaufträge im Münstertal zu einigen, sämtliche Leistungen des Hoch- und Tiefbaus erfasste.⁸⁹ Anzeichen, dass eine Einschränkung für gewisse Sparten bestand, bestehen nicht und wurden von den Parteien auch nicht vorgebracht. Ausgenommen waren jedoch Leistungen des Baunebengewerbes wie etwa Maler-, Schlosser- und Schreinereiarbeiten.

B.4.1.4 Beweisergebnis

77. Nach dem Gesagten ist erwiesen, dass:

- zwischen im Münstertal tätigen Bauunternehmen seit spätestens dem Jahr 2004 tatsächlich übereinstimmende Willenserklärungen über die Zusammenarbeit im Rahmen von Vorversammlungen betreffend Hoch- und Tiefbauleistungen vorlagen (*Vorliegen eines natürlichen Konsenses*);
- dass dieser Konsens beinhaltete, im Rahmen von Vorversammlungen für sämtliche Hoch- und Tiefbauleistungen im Münstertal den designierten Zuschlagsempfänger oder die designierte Zuschlagsempfängerin sowie die jeweiligen Angebotspreise festzulegen.

⁸³ Act. II.1 (22-0467), Zeilen 125 ff.

⁸⁴ Act. II.1 (22-0467), Zeile 100.

⁸⁵ Statt vieler BGE 133 II 675 E. 3.3; BGE 131 II 467 E. 1.1; BGE 126 II 171 E. 4c/bb.

⁸⁶ Vgl. etwa Urteil des BGer 4A_264/2014 vom 17.10.2014, E. 3.2.

⁸⁷ Act. IX.C.052, Zeilen 46 f. und 146.

⁸⁸ Act. III.C.087.

⁸⁹ Act. VII.6 (22-0467), Zeilen 263 ff.

B.4.2 Beteiligte

B.4.2.1 Beweisthema

78. Im Folgenden ist in tatsächlicher Hinsicht zu prüfen, welche Unternehmen an der Zusammenarbeit im Rahmen von Vorversammlungen im Münstertal beteiligt waren. Zudem ist der Zusammenhang zwischen der im Jahr 2013 gegründeten Scandella Bau AG und der früheren Einzelfirma Pio Scandella, Maurergeschäft zu klären.

79. Bei der Beurteilung dieser Sachverhaltsfragen stützt sich die Behörde auf die nachfolgend genannten Beweismittel.

B.4.2.2. Beweismittel

80. Die Scandella Bau AG führte in ihrer Eingabe vom 8. Oktober 2015 aus, dass C. keine Nachfolge für seine Einzelfirma gehabt habe. Dies habe zur Übernahme durch die Foffa Conrad AG geführt.⁹⁰ Die Foffa Conrad AG sei zu [...] % an der im Jahr 2013 gegründeten Scandella Bau AG beteiligt.⁹¹

81. Weiter habe die Foffa Conrad AG bzw. die Scandella Bau AG Inventar, Personal, gewisse Bauaufträge und Garantieverpflichtungen des Einzelunternehmens Pio Scandella, Maurergeschäft übernommen.⁹² Auch die Geschäftstätigkeit der Scandella Bau AG entspreche der Tätigkeit der früheren Einzelfirma Pio Scandella, Maurergeschäft.

82. B. gab am 20. August 2015 im Rahmen der mündlichen Ergänzung der Selbstanzeige der Foffa Conrad AG zu Protokoll, dass man sich jeweils zwischen denjenigen Unternehmen ausgetauscht habe, die im Münstertal übrig geblieben seien. Im Jahr 2008 beispielsweise sei dieser Austausch zwischen der Foffa Conrad AG, der Einzelfirma Pio Scandella, Maurergeschäft, der Hohenegger SA und der Einzelfirma Arthur Pinggera erfolgt.⁹³

83. C. sagte im Rahmen der mündlichen Ergänzung der Selbstanzeige der Scandella Bau AG vom 15. März 2016 aus, dass an den Vorversammlungen die Verfahrensparteien Foffa Conrad AG und Hohenegger SA teilgenommen hätten. Er nannte weitere im Münstertal tätige Bauunternehmen, die heute aber nicht mehr bestehen, unter anderem die Terza Bau AG und die Einzelfirma Arthur Pinggera.⁹⁴ Selber habe er an den Vorversammlungen für die Einzelfirma Pio Scandella, Maurergeschäft teilgenommen. Die spätere Scandella Bau AG habe mit den Vorversammlungen nichts zu tun gehabt.⁹⁵

84. Weiter gab C. zu Protokoll, dass bei der Gründung der Scandella Bau AG mit dieser Firmenbezeichnung der Bezug zur früheren Einzelfirma Pio Scandella, Maurergeschäft hergestellt werden sollte. Es habe Kunden gegeben, die weiterhin mit ihm hätten zusammenarbeiten wollen und nicht mit der Foffa Conrad AG, obwohl es sich dabei um die gleiche Unternehmung handle.⁹⁶ Weiter habe die Scandella Bau AG – mit einer Ausnahme – das gesamte Personal der früheren Einzelfirma Pio Scandella, Maurergeschäft übernommen.⁹⁷ Auch habe die Scandella Bau AG Bauaufträge von der früheren Einzelfirma Pio Scandella, Maurergeschäft übernommen. Sie habe ihn auch dafür bezahlt und sei immer

noch mit Arbeiten beschäftigt, die ursprünglich von der Einzelfirma Pio Scandella, Maurergeschäft stammten.⁹⁸

85. Nach Aussagen von E., [...] der Hohenegger SA, anlässlich der Parteieinvernahme der Hohenegger SA vom 16. März 2016 hätten an den Vorversammlungen die Verfahrensparteien Foffa Conrad AG und Hohenegger SA teilgenommen. Weiter hätten weitere, inzwischen aufgelöste Unternehmen teilgenommen wie die Terza Bau AG und die Einzelfirma Arthur Pinggera.⁹⁹ Für die Hohenegger SA habe er persönlich an den Vorversammlungen teilgenommen.¹⁰⁰

B.4.2.3 Beweismittelwürdigung

a. An der Zusammenarbeit beteiligte Unternehmen

86. Sowohl die Foffa Conrad AG als auch die Hohenegger SA räumen ein, dass sie sich an der Zusammenarbeit im Rahmen von Vorversammlungen beteiligt hätten. Insofern anerkennen sie ihre eigene Tatbeteiligung. Sie bestätigen zudem, dass die jeweils andere Verfahrenspartei ebenfalls in diese Zusammenarbeit im Rahmen von Vorversammlungen involviert gewesen sei. Übereinstimmend gaben sie zudem an, dass sich weitere im Münstertal tätige Bauunternehmen an der Zusammenarbeit beteiligt hätten, die mittlerweile nicht mehr existieren. Dazu zählen namentlich die Terza Bau AG und die Einzelfirma Arthur Pinggera.

87. Diese übereinstimmenden Aussagen der Verfahrensparteien sind glaubhaft. Hinweise, dass sie nicht der Wahrheit entsprechen, bestehen nicht. Vor diesem Hintergrund ist erwiesen, dass die Verfahrensparteien Foffa Conrad AG und Hohenegger SA an der Zusammenarbeit im Rahmen von Vorversammlungen beteiligt waren, ebenso die frühere Terza Bau AG und die frühere Einzelfirma Arthur Pinggera. Daran bestehen keine vernünftigen Zweifel.

88. In Bezug auf die Scandella Bau AG steht fest, dass sie nicht an Vorversammlungen teilgenommen hat. Unbestritten ist jedoch auch, dass die frühere Einzelfirma Pio Scandella, Maurergeschäft an dieser Zusammenarbeit beteiligt war. Dies ist aufgrund der übereinstimmenden und glaubhaften Aussagen der einvernommenen Personen erstellt.

b. Zusammenhang zwischen der Scandella Bau AG und der früheren Einzelfirma Pio Scandella, Maurergeschäft

89. Was den Zusammenhang zwischen der Scandella Bau AG und der früheren Einzelfirma Pio Scandella, Maurergeschäft betrifft, erachtet die Behörde die Antworten der Scandella Bau AG vom 8. Oktober 2015 auf den

⁹⁰ Act. I.440, Antwort auf Frage 6.

⁹¹ Act. I.440, Antwort auf Frage 4.

⁹² Act. I.440, Antworten auf die Fragen 7–9.

⁹³ Act. IX.C.052, Zeilen 229–233.

⁹⁴ Act. VII.6 (22-0467), Zeilen 128–130.

⁹⁵ Act. VII.6 (22-0467), Zeilen 112–121.

⁹⁶ Act. VII.6 (22-0467), Zeilen 64–72.

⁹⁷ Act. VII.6 (22-0467), Zeilen 77–82.

⁹⁸ Act. VII.6 (22-0467), Zeilen 83–86.

⁹⁹ Act. II.1 (22-0467), Zeile 122 f.

¹⁰⁰ Act. II.1 (22-0467), Zeilen 111–113.

Fragebogen des Sekretariats vom 19. September 2015 und die Ausführungen von C. anlässlich der mündlichen Ergänzung der Selbstanzeige der Scandella Bau AG vom 15. März 2016 als glaubhaft. Auf diese Aussagen kann daher im Rahmen der vorliegenden Beweiswürdigung vollumfänglich abgestellt werden.

90. Damit ist erwiesen, dass bei der Gründung der Scandella Bau AG mit der gewählten Firmenbezeichnung der Bezug zur früheren Einzelfirma Pio Scandella, Maurergeschäft hergestellt werden sollte. Ebenso ist erwiesen, dass die Scandella Bau AG – mit einer Ausnahme – das gesamte Personal, das Inventar, Bauaufträge sowie Garantieverpflichtungen der früheren Einzelfirma Pio Scandella, Maurergeschäft, übernahm. Dies erlaubt den Schluss, dass die Scandella Bau AG das zuvor unter der Einzelfirma Pio Scandella, Maurergeschäft betriebene Bauunternehmen – wirtschaftlich betrachtet – weiterführte.

B.4.2.4 Beweisergebnis

91. Nach dem Gesagten ist folgender Sachverhalt erstellt:

- Die Verfahrensparteien Foffa Conrad AG und Hohenegger SA waren an der Zusammenarbeit im Rahmen von Vorversammlungen beteiligt, ebenso die frühere Terza Bau AG und die frühere Einzelfirma Arthur Pinggera.
- Die Scandella Bau AG nahm nie an Vorversammlungen teil. Allerdings war an der Zusammenarbeit im Rahmen von Vorversammlungen die frühere Einzelfirma Pio Scandella, Maurergeschäft beteiligt.
- Die Scandella Bau AG führte nach ihrer Gründung das zuvor unter der Einzelfirma Pio Scandella, Maurergeschäft betriebene Bauunternehmen – wirtschaftlich betrachtet – weiter.

B.4.3 Verfolgter Zweck

B.4.3.1 Beweisthema

92. In tatsächlicher Hinsicht ist weiter zu prüfen, welchen Zweck die beteiligten Verfahrensparteien mit der Zusammenarbeit im Rahmen von Vorversammlungen verfolgten. Dabei stützt sich die Behörde auf die nachfolgend aufgeführten Beweismittel.

B.4.3.2 Beweismittel

93. B., Foffa Conrad AG, sagte am 20. August 2015 im Rahmen der mündlichen Ergänzung der Selbstanzeige der Foffa Conrad AG einerseits aus, dass die Submissionsitzungen unter dem Diktat des GBV stattgefunden hätten.¹⁰¹ Dieser habe vorgegeben, wie sich die Unternehmen zu verhalten hätten. Andererseits habe man diese Art der Zusammenarbeit auch dann noch praktiziert, als der GBV die Sitzungen nicht mehr organisiert habe.¹⁰² An anderer Stelle erwähnte B., dass der Zweck der „Absprachen“ unter den Münstertaler Unternehmen darin bestanden habe, sicherzustellen, dass dasjenige Bauunternehmen den Auftrag erhalte, das die entsprechenden Maschinen und Kapazitäten für die Ausführung des Projekts gehabt habe.¹⁰³

94. C., Scandella Bau AG, gab am 15. März 2016 anlässlich der mündlichen Ergänzung der Selbstanzeige der Scandella Bau AG zu Protokoll, dass die Beteiligten mit der Zusammenarbeit im Rahmen von Vorversammlungen bezweckt hätten, dass die Unternehmen überleben könnten. Das Münstertal sei ein kleines Tal. Es habe Firmen gegeben, die aus Italien hereingekommen seien. Ohne Vorversammlungen hätten die Beteiligten das Licht löschen und gehen können.¹⁰⁴

95. Nach Aussagen von E., Hohenegger SA, vom 16. März 2016, habe man bei den Vorversammlungen – wenn mehrere Arbeiten angestanden hätten – geschaut, welche Unternehmen welche Arbeit ausführen sollten. Es sei darum gegangen, die Arbeit aufzuteilen, auch unter Berücksichtigung der Kapazitäten von Maschinen und der Arbeitsauslastung.¹⁰⁵

B.4.3.3 Beweiswürdigung

96. Die Aussagen der Verfahrensparteien sind uneinheitlich, was den Zweck der Zusammenarbeit im Rahmen von Vorversammlungen betrifft. B., Foffa Conrad AG, hob die Rolle des GBV hervor. Dieser habe den Beteiligten diktiert, wie sie sich zu verhalten hätten. Allerdings relativierte B. diese Aussage selber, indem er einräumte, dass die Zusammenarbeit in der gleichen Form auch noch dann weitergeführt wurde, als der GBV nicht mehr involviert war. Dies belegt, dass die Beteiligten diese Art der Zusammenarbeit selber auch wollten. Ansonsten hätten sie die Zusammenarbeit anschliessend nicht fortgesetzt.

97. Gemäss C., Scandella Bau AG, habe bei der Zusammenarbeit im Rahmen der Vorversammlungen das Überleben der beteiligten Unternehmen im Vordergrund gestanden. Hätte man nicht zusammengearbeitet, hätten die Beteiligten der Konkurrenz aus Italien nicht standhalten können.¹⁰⁶

98. Nach E., Hohenegger SA, sei es hingegen darum gegangen, untereinander die Arbeiten unter Berücksichtigung der entsprechenden Kapazitäten aufzuteilen.¹⁰⁷

99. Die Aussagen der befragten Personen zeigen einzelne Aspekte auf, die im Kontext der Vorversammlungen möglicherweise eine Rolle spielten. Um ein kompletteres Bild der Beweggründe der Beteiligten zu erhalten, sind allerdings dem Inhalt und der Art der Zusammenarbeit Rechnung zu tragen. Wie erstellt ist (vgl. Rz 77 hier vor), hatte die Zusammenarbeit im Rahmen von Vorversammlungen die Aufteilung von Hoch- und Tiefbauleistungen und die Festlegung bzw. Abstimmung der Angebotspreise zum Gegenstand. Einer solchen Form der Zusammenarbeit ist immanent, dass sie darauf abzielt, den Wettbewerb unter den Beteiligten auszuschalten. Die Beteiligten sollten sich nicht konkurrenzieren. Vielmehr wollten sie im Einvernehmen darüber entscheiden, welches Unternehmen welche Bauaufträge erhält und zu

¹⁰¹ Act. IX.C.052, Zeilen 48–54.

¹⁰² Act. IX.C.052, Zeilen 146 f.

¹⁰³ Act. IX.C.052, Zeilen 204–207.

¹⁰⁴ Act. VII.6 (22-0467), Zeilen 147–150.

¹⁰⁵ Act. II.1 (22-0467), Zeilen 104–106.

¹⁰⁶ Act. VII.6 (22-0467), Zeilen 147–150.

¹⁰⁷ Act. II.1 (22-0467), Zeilen 104–106.

welchem Preis ausführt. Insofern bestand der Zweck der Vorversammlungen – neben möglichen weiteren Zielen – auch in der Zuschlagsteuerung und der Verhinderung des Preiswettbewerbs. Dass die Beteiligten mit ihrem Verhalten ausschliesslich andere Zwecke verfolgten, kann bei der vorliegend zu beurteilenden Form der Zusammenarbeit ausgeschlossen werden.

B.4.3.4 Beweisergebnis

100. Nach dem Gesagten ist erstellt, dass die Beteiligten mit der Zusammenarbeit im Rahmen von Vorversammlungen unter anderem bezweckten:

- sich betreffend den Zuschlag für Hoch- und Tiefbauleistungen im Münstertal nicht zu konkurrenzieren;
- sich betreffend den Preis für Hoch- und Tiefbauleistungen im Münstertal nicht zu konkurrenzieren.

B.4.4 Dauer

B.4.4.1 Beweisthema

101. Im Folgenden ist zu prüfen, wie lange der Konsens der beteiligten Verfahrensparteien bestand, im Rahmen von Vorversammlungen für sämtliche Hoch- und Tiefbauleistungen im Münstertal den designierten Zuschlagsempfänger oder die designierte Zuschlagsempfängerin sowie die jeweiligen Angebotspreise festzulegen.

B.4.4.2 Beweismittel

a. Urkunden

102. Zur Beurteilung der vorliegenden Sachverhaltsfrage sind folgende Urkunden relevant:

- Reglement über die Entschädigung von Leistungen im Auftrage des GBV und Spesenabrechnungen des GBV für die Submissionsleiter und deren Stellvertreter (vgl. Rz 57 hiervor)¹⁰⁸;
- Spesenabrechnungen des GBV für die Submissionsleiter und deren Stellvertreter betreffend die Jahre 2006 bis 2010 (vgl. dazu Rz 58 hiervor)¹⁰⁹;
- Auszüge aus der Finanzbuchhaltung des GBV der Jahre 2008 bis 2010¹¹⁰;
- Agenda von G. betreffend die Jahre 2007 bis 2008 (vgl. dazu Rz 59 f. hiervor)¹¹¹;
- Jahresbericht des Präsidenten des GBV Sektion Unterengadin/Münstertal vom März 2008 betreffend das Jahr 2007 (vgl. dazu Rz 61 hiervor)¹¹²;
- Jahresbericht des Präsidenten des GBV Sektion Unterengadin/Münstertal vom März 2009 betreffend das Jahr 2008 (vgl. dazu Rz 61 hiervor)¹¹³.

b. Auskünfte von Parteien

103. E., Hohenegger SA, räumte an der Parteieinvernahme vom 16. März 2016 – auf Vorhalt der Jahresberichte des Präsidenten des GBV vom März 2008, Ziff. 2.1, und vom März 2009, Ziff. 2.1 – ein, dass in den Jahren 2007 und 2008 noch Vorversammlungen durchgeführt worden seien.¹¹⁴ Auf die Frage, ob an den Vorversammlungen in den Jahren 2007 und 2008 Bauaufträge zwischen den Unternehmen aufgeteilt worden seien,

antwortete er: „Ja, das ist möglich.“¹¹⁵ Wann im Münstertal letztmals Vorversammlungen stattfanden, konnte E. hingegen nicht beantworten. Er wisse nicht, ob es im Jahr 2008 zu Ende gewesen sei.¹¹⁶

104. Nach Aussage von C., Scandella Bau AG, hätten im Münstertal Vorversammlungen bis September/Oktober 2012 stattgefunden. Diese seien mit der Eröffnung der kartellrechtlichen Untersuchung im Unterengadin eingestellt worden. Allerdings könne er nicht sagen, bis wann Vorversammlungen unter der Leitung von G. durchgeführt worden seien.¹¹⁷ Auf die Frage, ob es an den Vorversammlungen in Jahren 2007 und 2008 zu „Absprachen“ gekommen sei, antwortete er: [Ja, das sei klar. Man habe Bauaufträge untereinander aufgeteilt. In den schlechten Jahren habe es schlechter funktioniert, in den guten Jahren habe es besser funktioniert.]¹¹⁸

105. B., Foffa Conrad AG, führte aus, dass im Jahr 2007 und 2008 Vorversammlungen stattgefunden hätten. Diese seien aber nicht mehr vom GBV organisiert worden.¹¹⁹

c. Zeugnis von Drittpersonen

106. G. gab im Rahmen seiner Zeugeneinvernahme vom 31. Oktober 2012 zunächst an, dass er die Aufgabe des Berechnungsleiters wohl bis ungefähr im Jahr 2004 wahrgenommen habe.¹²⁰ Im späteren Verlauf der Zeugeneinvernahme gab er zu Protokoll, dass er sich bei dieser Jahresangabe geirrt habe.¹²¹

B.4.4.3 Beweiswürdigung

107. Sämtliche Verfahrensparteien anerkennen, dass bis mindestens ins Jahr 2008 Vorversammlungen durchgeführt worden seien und es dabei zu „Absprachen“ gekommen sei. Ihre übereinstimmenden Aussagen erachtet die Behörde als glaubhaft. Aus den Aussagen der Parteien geht allerdings nicht hervor, wie lange solche Sitzungen vom GBV organisiert und unter der Leitung von G. stattfanden. Hierzu sind objektive Beweismittel heranzuziehen.

108. Die Agenda von G. belegt, dass im Münstertal in den Jahren 2007 und 2008 Vorversammlungen unter seiner Leitung durchgeführt wurden. Die Vorversammlungen im Münstertal vermerkte G. in seiner Agenda jeweils mit blauen Markierungen und dem Betreff „Mü“ oder „Müstair“ (zum Ganzen auch Rz 120 ff. hiernach). Die letzte Vorversammlung im Münstertal fand danach am 4. September 2008 statt. Für das Jahr 2008 insgesamt finden sich diverse solcher Einträge.

¹⁰⁸ Act. IV.1 (22-0467).

¹⁰⁹ Act. IV.1 (22-0467).

¹¹⁰ Act. IV.1 (22-0467).

¹¹¹ Act. III.R.006 und Act. III.R.007.

¹¹² Act. III.C.085.

¹¹³ Act. III.C.089.

¹¹⁴ Act. II.1 (22-0467), Zeile 166 f.

¹¹⁵ Act. II.1 (22-0467), Zeilen 178–180.

¹¹⁶ Act. II.1 (22-0467), Zeilen 184–187.

¹¹⁷ Act. VII.6 (22-0467), Zeilen 206–209.

¹¹⁸ Act. VII.6 (22-0467), Zeilen 219–221.

¹¹⁹ Act. IX.C.052, Zeilen 183–188.

¹²⁰ Act. IV.004, Zeile 59 f.

¹²¹ Act. IV.004, Zeile 76 f.

109. Weiter sind die Spesenabrechnungen des GBV betreffend G. zu beachten. Daraus geht hervor, dass G. vom GBV für seine Tätigkeit als Submissionsleiter bis 2008 entschädigt wurde. Für das Jahr 2008 erhielt er eine Entschädigung von CHF 555.00. Auch dies belegt, dass G. die Funktion des Submissionsleiters bis ins Jahr 2008 ausübte. Dagegen ist in den Auszügen der Finanzbuchhaltung des GBV der Jahre 2009 und 2010 der Posten „Submissionsleiter“ weiterhin enthalten, jedoch wurde kein entsprechender Aufwand mehr verbucht. Dies belegt, dass G. nach dem Jahr 2008 keine Vorversammlungen mehr leitete.

110. Schliesslich ist in den Jahresberichten des Präsidenten des GBV der Sektion Unter-engadin/Münstertal betreffend die Jahre 2007 und 2008 erwähnt, dass im Münstertal noch Vorversammlungen durchgeführt worden sind. Ein Hinweis, dass diese Vorversammlungen nicht mehr vom GBV organisiert worden wären, enthalten diese Berichte nicht. Hätten diese Sitzungen keinen Zusammenhang mehr zum GBV gehabt, hätten sie wohl keine Erwähnung in den Jahresberichten gefunden oder wären zumindest nicht mehr als „Vorversammlungen“ bezeichnet worden.

111. Vor diesem Hintergrund ist erwiesen, dass bis ins Jahr 2008 Vorversammlungen stattfanden, die vom GBV organisiert wurden, und die beteiligten Verfahrensparteien in diesem Rahmen – hiervor aufgezeigte (Rz 77) – Absprachen trafen. Ebenso ist erstellt, dass es nach dem Jahr 2008 keine solchen vom GBV organisierten Vorversammlungen mehr gab. Daraus kann geschlossen werden, dass die beteiligten Verfahrensparteien bis ins Jahr 2008 auch den Willen hatten, im Rahmen von Vorversammlungen zusammenzuarbeiten, sowie dass sie diesen Willen mündlich oder durch konkludentes Verhalten kundtaten. Hätten sie diese Form der Zusammenarbeit nicht mehr gewollt, hätten sie sich daran nicht bis ins Jahr 2008 beteiligt.

B.4.4.4 Beweisergebnis

112. Damit ist erwiesen, dass der Konsens der beteiligten Verfahrensparteien, im Rahmen von Vorversammlungen für sämtliche Hoch- und Tiefbauleistungen im Münstertal den designierten Zuschlagsempfänger oder die designierte Zuschlagsempfängerin sowie die jeweiligen Angebotspreise festzulegen (vgl. dazu Rz 77 hiervor), bis ins Jahr 2008 bestand.

B.4.5 Umsetzung und Auswirkungen

B.4.5.1 Beweisthema

113. Im Folgenden ist zu prüfen, ob sich die beteiligten Verfahrensparteien tatsächlich entsprechend ihrem Konsens über die Zusammenarbeit anlässlich von Vorversammlungen verhielten. Sodann sind die Auswirkungen zu beurteilen, welche dieses Verhalten ggf. zur Folge hatte.

B.4.5.2 Beweismittel

a. Urkunden

114. Zur Beurteilung der vorliegenden Sachverhaltsfragen sind folgende Urkunden zu würdigen:

- Reglement über die Entschädigung von Leistungen im Auftrage des GBV und Spesenabrechnun-

gen des GBV für die Submissionsleiter und deren Stellvertreter (vgl. Rz 57 hiervor)¹²²;

- Spesenabrechnungen des GBV für die Submissionsleiter und deren Stellvertreter betreffend die Jahre 2006 bis 2010 (vgl. dazu Rz 58 hiervor)¹²³;
- Auszüge aus der Finanzbuchhaltung des GBV der Jahre 2008 bis 2010¹²⁴;
- Agenda von G. betreffend die Jahre 2003 bis 2008 (vgl. dazu Rz 59 f. hiervor)¹²⁵;
- Jahresberichte des Präsidenten des GBV Sektion Unterengadin/Münstertal betreffend die Jahre 2004 bis 2005 und die Jahre 2007 und 2008 (vgl. dazu Rz 61 hiervor)¹²⁶.

b. Auskünfte von Parteien

115. Am 11. November 2012 reichte die Foffa Conrad AG Projektlisten ein, auf denen diejenigen Projekte mit handschriftlichen Kreuzen gekennzeichnet sind, die „abgesprochen“ worden seien. A. gab hierzu am 12. November 2012 zu Protokoll, er habe diese Listen mit seinen Mitarbeitern der Niederlassung im Münstertal geprüft und Kreuze gemacht, wo es zu „Absprachen“ gekommen sei.¹²⁷ Diese Listen betreffen den Zeitraum von 2007 bis 2012 (dazu eingehend Rz. 154 hiernach).

116. B., Foffa Conrad AG, führte am 20. August 2015 aus, dass im Münstertal Vorversammlungen tatsächlich stattgefunden hätten, im Jahr 2008 nur zum Teil.¹²⁸ Dabei sei jeweils auf der Grundlage der von den beteiligten Unternehmen vorkalkulierten Offerten ein Mittelwert berechnet worden. Dasjenige Unternehmen, das den Zuschlag habe erhalten sollen, habe nicht höher als diesen Mittelwert eingeben dürfen.¹²⁹ Kriterien für die Aufteilung der Projekte seien besondere Interessen der Unternehmen am Projekt oder in Bezug auf den Bauherrn (zum Beispiel Verwandtschaft) gewesen. Weiter seien auch die Lage des Projekts berücksichtigt worden, namentlich dass ein Unternehmen am Ausführungsort ansässig gewesen sei, sowie die Auslastung der Bauunternehmen.¹³⁰ Allerdings betonte B., dass die „Absprachen“ nur teilweise funktioniert hätten. In vielen Fällen habe man sich nicht einigen können.¹³¹

117. C., Scandella Bau AG, gab am 15. März 2016 zu Protokoll, dass die Anzahl der durchgeführten Vorversammlungen vom Arbeitsvolumen abhängig gewesen sei. In einem Jahr hätten vielleicht 12, in einem anderen Jahr vielleicht 15 Vorversammlungen stattgefunden, an denen er teilgenommen habe.¹³² Die „Absprachen“ hätten in den schlechten Jahren schlechter funktioniert, in den guten Jahren hätten sie besser funktioniert.¹³³ Weiter führte C. aus, dass es sich bei multilateralen Treffen

¹²² Act. IV (22-0467).

¹²³ Act. IV (22-0467).

¹²⁴ Act. IV (22-0467).

¹²⁵ Act. III.R.006 und Act. III.R.007.

¹²⁶ Act. III.C.085, Act. III.C.087, Act. III.C.088 und Act. III.C.089.

¹²⁷ Act. IX.C.005, pag. 5 f. und pag. 10 ff.

¹²⁸ Act. IX.C.052, Zeilen, 186–188.

¹²⁹ Act. IX.C.052, Zeile 76 f.

¹³⁰ Act. IX.C.052, Zeilen 69–74.

¹³¹ Act. IX.C.052, Zeilen, 197–211.

¹³² Act. VII.6 (22-0467), Zeile 126 f.

¹³³ Act. VII.6 (22-0467), Zeile 220 f.

der Unternehmen mit G. im Münstertal stets um Vorversammlungen gehandelt habe.¹³⁴ Wenn ein Termin mit G. vereinbart gewesen sei, habe eine Vorversammlung stets auch tatsächlich stattgefunden.¹³⁵ Konkret habe man sich an den Vorversammlungen zuerst zu einigen versucht, welches Unternehmen die Arbeit erhalten sollte.¹³⁶ Dabei habe man unter anderem die Auslastung der Unternehmen berücksichtigt,¹³⁷ aber auch die Lage des Bauprojekts sei wichtig gewesen. Arbeiten in Müstair und Lü seien typischerweise der Foffa Conrad AG zugeeignet worden, Arbeiten in Fuldera und Tschiers der Hohenegger SA und Arbeiten in Sta. Maria und Valchava der Einzelfirma Pio Scandella, Maurergeschäft.¹³⁸ Nur wenn man sich auf den Zuschlagsempfänger habe einigen können, habe man sich die Eingabepreise ausgetauscht.¹³⁹ Bei der Preisberechnung sei es auf einen Mittelwert hinausgelaufen.¹⁴⁰

118. E., Hohenegger SA, bestätigte am 16. März 2016, dass im Münstertal Vorversammlungen durchgeführt worden seien.¹⁴¹ Auch in den Jahren 2007 und 2008 hätten noch Vorversammlungen stattgefunden.¹⁴² Auf die Frage, ob an diesen Vorversammlungen Bauaufträge zwischen den Unternehmen aufgeteilt worden sind, antwortete er: „Ja, das ist möglich.“¹⁴³

B.4.5.3 Beweismittelwürdigung

119. Sämtliche Verfahrensparteien räumen ein, dass im Münstertal tatsächlich Vorversammlungen durchgeführt worden sind. Zudem bestätigen sie, dass auch in den Jahren 2007 und 2008 noch Vorversammlungen stattgefunden haben, an denen es zu „Absprachen“ gekommen sei. Die übereinstimmenden Aussagen der Verfahrensparteien in diesen Punkten erachtet die Behörde als glaubhaft. Anzeichen, dass sie nicht der Wahrheit entsprechen, bestehen nicht.

120. Die Aussagen der Verfahrensparteien werden so- dann durch objektive Beweismittel untermauert. So finden sich in der Agenda von G. der Jahre 2003 bis 2008 blaue Einträge, die den Vermerk „Müstair“ oder „Mü“ enthalten. Zu beachten sind in diesem Zusammenhang die Vermerke „1x“, „2x“, „3x“ oder „4x“, die G. bei den entsprechenden Einträgen in seiner Agenda vorgenommen hat. Dabei handelt es sich um die Anzahl der Bauprojekte, die an den betreffenden Vorversammlungen besprochen wurden. Der Vermerk „1x“ steht danach für eine „Einfache Submittentenversammlung“, der Vermerk „2x“ für eine „Doppelsitzung“ und der Vermerk „3x“ für eine Dreifachsitzung im Sinne des Reglements über die Entschädigung von Leistungen im Auftrag des GBV. Zu berücksichtigen ist dabei, dass die in den Jahren 2006 bis 2008 effektiv vom GBV an G. bezahlten Entschädigungen (vgl. die Auszüge aus der Finanzbuchhaltung des GBV, Rz 114) in der Grössenordnung denjenigen Beträgen entsprechen, die der GBV G. unter Zugrundelegung dieser Annahme aufgrund des Spesenreglements geschuldet hätte. Weiter ist zu beachten, dass es sich bei multilateralen Treffen der Unternehmen mit G. im Münstertal stets um Vorversammlungen handelte. Dies bestätigte C., Scandella Bau AG, mit seinen Aussagen vom 15. März 2016.¹⁴⁴ Zudem fand nach seinen Aussagen stets eine Vorversammlung statt, wenn ein Termin mit G. vereinbart worden war.¹⁴⁵

121. Damit ist erstellt, dass die Einträge „Mü“ und „Müstair“ in der Agenda von G. die im Münstertal durchgeführten Vorversammlungen kennzeichnen. Aus diesen Einträgen lässt sich die Anzahl Vorversammlungen eruieren, die im Münstertal von 2003 bis 2008 unter der Leitung von G. stattgefunden haben und wie viele Bauprojekte dabei thematisiert wurden. Nicht zu berücksichtigen sind dabei die Einträge, die in der Agenda durchgestrichen sind. Diesbezüglich ist – zugunsten der Parteien – davon auszugehen, dass die entsprechenden Vorversammlungen abgesagt worden sind.

122. Die nachfolgende Übersicht gibt die Anzahl der im Münstertal durchgeführten Vorversammlungen (2. Spalte) und die Anzahl der dabei thematisierten Projekte (3. Spalte) in den Jahren 2003 bis 2008 wieder. Die rechte Spalte enthält zusätzlich die von der Foffa Conrad AG in den Jahren 2007 und 2008 als „abgesprochen“ gekennzeichneten Projekte. Dies ergibt folgendes Bild:

¹³⁴ Act. VII.6 (22-0467), Zeile 175–177.

¹³⁵ Act. VII.6 (22-0467), Zeile 172–174.

¹³⁶ Act. VII.6 (22-0467), Zeile 164–166.

¹³⁷ Act. VII.6 (22-0467), Zeile 159–161.

¹³⁸ Act. VII.6 (22-0467), Zeilen 350–352.

¹³⁹ Act. VII.6 (22-0467), Zeilen 164–166.

¹⁴⁰ Act. VII.6 (22-0467), Zeile 199 f.

¹⁴¹ Act. II.1 (22-0467), Zeile 108.

¹⁴² Act. II.1 (22-0467), Zeile 166 f.

¹⁴³ Act. II.1 (22-0467), Zeilen 178–180.

¹⁴⁴ Act. VII.6 (22-0467), Zeile 175–177.

¹⁴⁵ Act. VII.6 (22-0467), Zeile 172–174.

Jahr	Anzahl Vorversammlungen	Anzahl thematisierter Bauprojekte	Anzahl der von Foffa Conrad AG angezeigten Bauprojekte
2003	9	22	-
2004	9	23	-
2005	11	21	-
2006	8	14	-
2007	10	11	10
2008	2	3	20
Total	49	94	30

Tabelle 3: Übersicht über die Anzahl Vorversammlungen

123. Der Vergleich zwischen der Anzahl bei Vorversammlungen thematisierter Bauprojekte und der Anzahl der von der Foffa Conrad AG als „abgesprochen“ gekennzeichneten Bauprojekte zeigt Folgendes: Erstens ist die Anzahl der Bauprojekte, welche die Foffa Conrad AG betreffend das Jahr 2007 als „abgesprochen“ gekennzeichnete, praktisch identisch mit der Anzahl Bauprojekte, die gemäss der Agenda von G. im gleichen Jahr thematisiert wurden. Die Angaben der Foffa Conrad AG (gemäss Projektliste) stehen somit im Einklang mit den objektiven Beweismitteln (Agenda von G.).

124. Zweitens ist die Anzahl der von der Foffa Conrad AG betreffend das Jahr 2008 als „abgesprochen“ gekennzeichneten Bauprojekte deutlich höher als die gemäss der Agenda von G. anlässlich von Vorversammlungen thematisierten Bauprojekte. Während gemäss der Agenda von G. an den Vorversammlungen im Jahr 2008 nur drei Bauprojekte besprochen wurden, sind gemäss den Angaben der Foffa Conrad AG in diesem Jahr 20 Bauprojekte „abgesprochen“ worden. Anhaltspunkte, dass die Angaben der Foffa Conrad AG nicht zutreffen, bestehen nicht. Daraus folgt zum einen, dass die Vorversammlungen im Jahr 2008 als Ausläufer der unter Mitwirkung des GBV praktizierten Zusammenarbeitsform zu betrachten sind. Zum anderen deutet dies darauf hin, dass die involvierten Unternehmen im Jahr 2008 begannen, ihre Zusammenarbeit ausserhalb des vom GBV organisierten Kooperationsgefässes weiterzuverfolgen. Ob, wie und in welchem Umfang die beteiligten Unternehmen ihre Zusammenarbeit nach 2008 weitergeführt haben, wird noch im Einzelnen darzulegen sein (vgl. dazu Rz. 133 ff. hiernach).

125. Darüber hinaus räumen sämtliche Verfahrensparteien ein, dass die Aufteilung von Bauprojekten und die Preisabstimmung anlässlich von Vorversammlungen teilweise funktioniert habe. Bei der Projektzuteilung habe man verschiedene Kriterien berücksichtigt, insbesondere die Auslastung der Unternehmen, die Lage des Projekts und besondere Beziehungen zum Bauherrn. Wenn sich die Unternehmen hätten einigen können, wer das Pro-

jekt habe erhalten sollen, habe man die Eingabepreise besprochen. Hierzu sei anhand der von den Unternehmen vorkalkulierten Eingabesummen ein Mittelwert berechnet worden. Dasjenige Unternehmen, das als Zuschlagsempfänger auserkoren worden sei, habe nicht höher als diesen Mittelwert eingeben dürfen. Die übrigen Unternehmen hätten über diesem Mittelwert liegende Eingaben gemacht. Diese Aussagen erachtet die Behörde als glaubhaft. Wie erwiesen ist (Rz 77 hiervor), sollten an den Vorversammlungen der designierte Zuschlagsempfänger bzw. die designierte Zuschlagsempfängerin und die jeweiligen Angebotspreise bestimmt werden. Hätte diese Art der Zusammenarbeit nicht zumindest teilweise funktioniert, hätten die Beteiligten nicht über eine so lange Dauer hinweg Vorversammlungen durchgeführt. Erwiesen ist zudem, dass bei denjenigen Projekten, bei denen es zu einer Projektzuteilung kam, der Wettbewerb unter den Beteiligten ausgeschlossen wurde. Aufgrund der praktizierten Projektzuteilung bestehen daran keine vernünftigen Zweifel.

B.4.5.4 Beweisergebnis

126. Nach dem Gesagten ist erstellt, dass sich die beteiligten Verfahrensparteien von 2004 bis 2008 entsprechend ihrem Konsens verhielten und im Rahmen von Vorversammlungen – zumindest teilweise – den designierten Zuschlagsempfänger oder die designierte Zuschlagsempfängerin sowie die jeweiligen Angebotspreise für Hoch- und Tiefbauleistungen im Münstertal festlegten. Erwiesen ist auch, dass bei denjenigen Bauprojekten, bei denen es zu einer Projektzuteilung kam, der Wettbewerb unter den Beteiligten ausgeschlossen wurde.

B.4.6 Zwischenfazit

127. Zusammenfassend ist folgender Sachverhalt betreffend die Zusammenarbeit im Rahmen von Vorversammlungen bis 2008 erstellt:

128. Zwischen im Münstertal tätigen Bauunternehmen lagen seit spätestens dem Jahr 2004 tatsächlich übereinstimmende Willenserklärungen über die Zusammenarbeit im Rahmen von Vorversammlungen betreffend Hoch- und Tiefbauleistungen vor (*Vorliegen eines natürlichen Konsenses*). Dieser Konsens beinhaltete, im Rahmen von Vorversammlungen für sämtliche Hoch- und Tiefbauleistungen im Münstertal den designierten Zuschlagsempfänger oder die designierte Zuschlagsempfängerin sowie die jeweiligen Angebotspreise festzulegen.

129. An der Zusammenarbeit im Rahmen von Vorversammlungen waren die Verfahrensparteien Foffa Conrad AG und Hohenegger SA beteiligt, ebenso die frühere Terza Bau AG und die frühere Einzelfirma Arthur Pinggera. Die Scandella Bau AG nahm nie an Vorversammlungen teil. Allerdings war an der Zusammenarbeit die frühere Einzelfirma Pio Scandella, Maurergeschäft beteiligt. Die Scandella Bau AG führte nach ihrer Gründung im Jahr 2013 das zuvor unter der Einzelfirma Pio Scandella, Maurergeschäft betriebene Bauunterunternehmen – wirtschaftlich betrachtet – weiter.

130. Die Beteiligten bezweckten mit der Zusammenarbeit im Rahmen von Vorversammlungen unter anderem, sich betreffend den Zuschlag für Hoch- und Tiefbauleistungen im Münstertal nicht zu konkurrenzieren. Zudem bezweckten sie, sich bei diesen Bauleistungen nicht betreffend den Preis zu konkurrenzieren.

131. Der Konsens der beteiligten Verfahrensparteien, im Rahmen von Vorversammlungen für sämtliche Hoch- und Tiefbauleistungen im Münstertal den designierten Zuschlagsempfänger oder die designierte Zuschlagsempfängerin sowie die jeweiligen Angebotspreise festzulegen, hatte bis ins Jahr 2008 Bestand.

132. Die beteiligten Verfahrensparteien verhielten sich von 2004 bis 2008 entsprechend ihrem Konsens und legten im Rahmen von Vorversammlungen – zumindest teilweise – den designierten Zuschlagsempfänger oder die designierte Zuschlagsempfängerin sowie die jeweiligen Angebotspreise für Hoch- und Tiefbauleistungen im Münstertal fest. Bei denjenigen Bauprojekten, bei denen es zu einer Projektzuteilung kam, wurde der Wettbewerb unter den Beteiligten ausgeschlossen.

B.5 Weiterführung der Zusammenarbeit bis 2012

133. Wie erwiesen ist, fanden nach dem Jahr 2008 keine vom GBV organisierten Vorversammlungen mehr statt. Zu prüfen ist, ob und ggf. inwiefern die zuvor praktizierte Zusammenarbeit von Münstertaler Bauunternehmen in den Jahren 2009 bis 2012 weitergeführt worden ist. In diesem Zusammenhang stellen sich folgende Sachverhaltsfragen:

- ob der tatsächliche Konsens, bei Hoch- und Tiefbauleistungen im Münstertal den designierten Zuschlagsempfänger oder die designierte Zuschlagsempfängerin sowie die jeweiligen Angebotspreise festzulegen, nach dem Jahr 2008 noch bestand;
- zwischen welchen Verfahrensparteien dieser Konsens ggf. weiterbestand;

- was ggf. der verfolgte Zweck der allenfalls fortgesetzten Zusammenarbeit war;
- wie lange dieser allfällige Konsens bestand;
- ob sich die betreffenden Verfahrensparteien ggf. entsprechend ihrem Konsens verhielten und was ggf. die Auswirkungen ihres Verhaltens waren.

B.5.1 Weiterbestand des Konsenses, Beteiligte und verfolgter Zweck

B.5.1.1 Beweisthema

134. Gegenstand der nachfolgenden Ausführungen bildet die Sachverhaltsfrage, ob und ggf. zwischen welchen Verfahrensparteien der tatsächliche Konsens, bei Hoch- und Tiefbauleistungen im Münstertal den designierten Zuschlagsempfänger oder die designierte Zuschlagsempfängerin sowie die jeweiligen Angebotspreise festzulegen, nach dem Jahr 2008 noch bestand. Ist der Weiterbestand eines solchen Konsenses zu bejahen, ist sodann der von den Beteiligten verfolgte Zweck zu ermitteln.

B.5.1.2 Beweismittel

135. Zur Beurteilung dieser Sachverhaltsfragen stützt sich die Behörde auf die nachfolgend genannten Beweismittel.

a. Urkunden

136. Zur Beurteilung der vorliegenden Sachverhaltsfragen sind folgende Urkunden relevant:

- Handschriftliche Besprechungsnotiz vom 5. März 2012¹⁴⁶.

¹⁴⁶ Act. III.C.007.

- o E-Mail von H., Foffa Conrad AG, an D., Hohenegger SA, vom 16. Juli 2012 betreffend „Offerte Fadri Conrad“¹⁵³;
- o E-Mail von D., Hohenegger SA an H., Foffa Conrad AG, vom 18. Juli 2012 betreffend „Neubau Stall Koller-Mengiardi“¹⁵⁴;
- o E-Mail von D., Hohenegger SA an H., Foffa Conrad AG, vom 23. Juli 2012 betreffend „Neubau Stall Koller-Mengiardi“¹⁵⁵;
- o E-Mail von H., Foffa Conrad AG, an D., Hohenegger SA, vom 23. Juli 2012 betreffend „AW: Offerte Koller-Mengiardi“¹⁵⁶;
- o E-Mail von D., Hohenegger SA an H., Foffa Conrad AG, vom 16. August 2012 betreffend „211 Baumeisterarbeiten, 211.1 Gerüste“¹⁵⁷;
- o E-Mail von D., Hohenegger SA an B., Foffa Conrad AG, vom 21. August 2012 betreffend „Offerte Wasserleitung Haus Vanoli – Tschier“¹⁵⁸;
- o E-Mail von D., Hohenegger SA H., Foffa Conrad AG, vom 13. September 2012 betreffend „Offerte Spital Val Müstair“¹⁵⁹.

b. Parteiauskünfte

137. Mit Eingabe vom 12. November 2012 reichte die Foffa Conrad AG eine Offertliste betreffend Baumeisterarbeiten im Münstertal ein, welche in der Spalte „Bemerkungen“ Kreuze enthält.¹⁶⁰ Nach Auskunft von A. vom 12. November 2012 seien auf dieser Liste diejenigen Bauprojekte angekreuzt worden, bei denen es zu „Absprachen“ gekommen sei.¹⁶¹ Die Foffa Conrad AG kreuzte auf dieser Liste rund 100 Bauprojekte in den Jahren 2007 bis 2012 an.

138. Mit Eingabe vom 1. Februar 2013 führte die Foffa Conrad AG aus, dass sich im Münstertal die Unternehmer von Zeit zu Zeit zu Sitzungen getroffen hätten, in welchen die Auftragslage und die bevorstehenden Ausschreibungen diskutiert worden seien. Die Preisbereinigung sei dann in weiteren Sitzungen erfolgt oder vielfach auch bilateral. Die Besprechungsnotiz vom 5. März 2012 (vgl. Rz 136 hiavor) enthalte eine Liste mit 17 verschiedenen Arbeiten, welche auf die Unternehmungen Hohenegger, Pio Scandella und Foffa Conrad aufgeteilt worden seien. Dieses Dokument stehe stellvertretend für die Systematik der „Preisabsprachen“ im Raum Münstertal zwischen 2007 und 2012.¹⁶²

139. B., Foffa Conrad AG, sagte am 20. August 2015 aus, dass die Münstertaler Bauunternehmen weiterhin miteinander über anstehende Bauprojekte gesprochen hätten, auch als der GBV nicht mehr involviert gewesen sei. Es habe schon über 30 Jahre so funktioniert, deshalb hätten sie so weitergemacht, auch wenn der GBV nicht mehr mitgemacht habe.¹⁶³ Bei Ausschreibungen von Gemeinden habe man immer miteinander gesprochen, wenn es noch ging. Die Zusammenarbeit sei in dieser Phase nicht mehr schriftlich erfolgt. Teilweise hätten die Unternehmen miteinander telefoniert, später habe man sich auch E-Mails geschrieben.¹⁶⁴ Dabei sei man wie folgt vorgegangen: Derjenige, der die Arbeit wollte, habe dem anderen telefoniert. Man habe mitei-

einander gesprochen. Wenn die Offerte gerechnet gewesen sei, sei man zusammengesessen. Dabei habe man sich offen über die Kapazitäten ausgetauscht. Es sei unter Kollegen gewesen. Man habe nicht gesagt, man „müsse“ zu einem Preis eingeben. Vielmehr habe man sich die Offertsummen gegenseitig mitgeteilt und die Preise verglichen. Es sei darum gegangen, entweder „Schutzofferten“ einzuholen oder „Schutz“ zu gewähren.¹⁶⁵ Zuletzt hätten nur noch zwei Bauunternehmen im Münstertal bestanden. Die verbliebenen Unternehmen hätten versucht, die Arbeiten im Münstertal auslastungsgerecht untereinander aufzuteilen.¹⁶⁶

140. C., Scandella Bau AG, gab am 15. März 2016 zu Protokoll, dass sich die Münstertaler Bauunternehmen weiterhin getroffen hätten, nachdem G. die Funktion des Sitzungsleiters nicht mehr wahrgenommen habe. Im Prinzip sei es ähnlich weitergegangen wie vorher. Diese Sitzungen seien aber nicht mehr Vorversammlungen genannt worden. Vielmehr habe man telefoniert oder sich eine E-Mail geschrieben, wo man sich treffen wollte. Wer kommen wollte, sei gekommen, wer nicht kommen wollte, habe es sein lassen.¹⁶⁷ An den Sitzungen hätten die Unternehmen zusammen gesprochen und versucht, sich zu einigen. Es sei gleich gelaufen wie vorher. Auf die Frage, ob an diesen Sitzungen Preisabsprachen getroffen worden seien, antwortete er: [Ja, das sei klar. Mal sei gegen oben korrigiert worden, mal gegen unten. Bei Offertfehlern sei es vorgekommen, dass man die Preise nach oben korrigiert habe, sonst nicht.]¹⁶⁸ Weiter hätten die Sitzungen sowohl für Hoch- und Tiefbauprojekte der öffentlichen Hand als auch privater Bauherren stattgefunden.¹⁶⁹ Der Zweck der Sitzungen habe darin bestanden, sich darauf zu einigen, wer den Zuschlag erhalten sollte.¹⁷⁰ An dieser Form der Zusammenarbeit seien die gleichen Unternehmen beteiligt gewesen wie früher bei den Vorversammlungen, so insbesondere auch die Hohenegger SA. Für die Hohenegger SA habe jeweils E. an den betreffenden Sitzungen teilgenommen.¹⁷¹

141. E., Hohenegger SA, führte am 16. März 2016 aus, dass nach der Abschaffung der Vorversammlungen nur noch die Firmen Foffa, Scandella und Hohenegger bestanden hätten. Diese Unternehmen hätten dann einfach direkt untereinander diskutiert. Sitzungen, die vom GBV organisiert worden seien, habe es nicht mehr gegeben.¹⁷² Auf Vorhalt der Aussagen von C. vom 15. März

¹⁵³ Act. III.C.107.

¹⁵⁴ Act. III.C.076.

¹⁵⁵ Act. III.C.078.

¹⁵⁶ Act. III.C.108.

¹⁵⁷ Act. III.C.075.

¹⁵⁸ Act. III.C.077.

¹⁵⁹ Act. III.C.074.

¹⁶⁰ Act. IX.C.007.

¹⁶¹ Act. IX.C.006, Seite 4 unten.

¹⁶² Act. IX.C.035, pag. 4.

¹⁶³ Act. IX.C.052, Zeilen 146–148.

¹⁶⁴ Act. IX.C.052, Zeilen 153 f.

¹⁶⁵ Act. IX.C.052, Zeilen 238–245.

¹⁶⁶ Act. IX.C.052, Zeilen 208–210.

¹⁶⁷ Act. VII.6 (22-0467), Zeilen 226–236.

¹⁶⁸ Act. VII.6 (22-0467), Zeile 271 f.

¹⁶⁹ Act. VII.6 (22-0467), Zeilen 263–267.

¹⁷⁰ Act. VII.6 (22-0467), Zeilen 250–256.

¹⁷¹ Act. VII.6 (22-0467), Zeilen 241–247.

¹⁷² Act. II.1 (22-0467), Zeile 189 f.

2016 räumte er ein, dass die Hohenegger SA an „Absprachen“ im Münstertal bis ins Jahr 2012 beteiligt gewesen sei und er persönlich dabei die Hohenegger SA vertreten habe. Konkret sagte er: *„Wenn Herr C. das so sagt, wird es schon so gewesen sein.“*¹⁷³

142. D., Hohenegger SA, sagte am 28. Oktober 2015 aus, dass es im Jahr 2012 zwischen den Münstertaler Bauunternehmen zur Aufteilung von Bauprojekten und „Preisabsprachen“ gekommen sei. Im März 2012 hätten sich B., C. und er getroffen und alle im Münstertal anstehenden bzw. zu erwartenden Arbeiten aufgelistet und untereinander aufgeteilt. Dieses Treffen habe im Büro von C. in Sta. Maria stattgefunden.¹⁷⁴ Bei der handschriftlichen Besprechungsnotiz vom 5. März 2012¹⁷⁵ handle es sich um die Liste der aufgeteilten Bauaufträge, die an diesem Treffen erstellt worden sei.¹⁷⁶ In der Folge hätten die involvierten Unternehmen bezüglich der jeweiligen Ausschreibungen der Bauprojekte die Preise abgesprochen. Dabei habe jedes Unternehmen die Offerte zunächst selber kalkuliert. Anschliessend habe man gemeinsam den Schlusspreis inklusive Mehrwertsteuer abgesprochen.¹⁷⁷ Diese „Preisabsprachen“ seien per Telefon oder per E-Mail getroffen worden.¹⁷⁸ Daran beteiligt seien C. für die Einzelfirma Pio Scandella, Maurergeschäft und B., H. sowie A. für die Foffa Conrad AG gewesen. Er selber sei für die Hohenegger SA an diesen „Preisabsprachen“ beteiligt gewesen.¹⁷⁹

B.5.1.3 Beweismwürdigung

a. Weiterbestand des Konsenses

143. Sämtliche Verfahrensparteien anerkennen, dass die bis ins Jahr 2008 unter der Mitwirkung des GBV praktizierte Zusammenarbeit in den darauffolgenden Jahren fortgesetzt wurde. Konkret hätten die Beteiligten weiterhin die Hoch- und Tiefbauaufträge im Münstertal untereinander aufgeteilt und die jeweiligen Angebotspreise untereinander ausgetauscht bzw. festgelegt. Man habe die zuvor praktizierte Zusammenarbeit weitergeführt. Daran beteiligt seien die Verfahrensparteien Foffa Conrad AG, Einzelfirma Pio Scandella, Maurergeschäft, und Hohenegger SA gewesen.

144. Diese übereinstimmenden Aussagen der Verfahrensparteien erachtet die Behörde als glaubhaft. Zudem decken sie sich mit den objektiven Beweismitteln. Die Besprechungsnotiz vom 5. März 2012 und die dazu gemachten Aussagen der Parteien belegen, dass die Verfahrensparteien auch im Jahr 2012 noch Bauaufträge untereinander aufgeteilt haben. Der E-Mailverkehr zwischen H., D., und C. aus dem Jahr 2012 (Rz 136) zeigt sodann auf, dass sich die Foffa Conrad AG, die Hohenegger SA und die Einzelfirma Pio Scandella, Maurergeschäft vor Ablauf der Eingabefristen jeweils ihre kalkulierten Offerten zuschickten und sich gegenseitig die Eingabesummen mitteilten.

145. Angesichts dieser Beweislage ist erwiesen, dass die im Münstertal tätigen Bauunternehmen nach dem Jahr 2008 weiterhin untereinander die Bauaufträge aufgeteilt und die Angebotspreise festgelegt haben. Daran bestehen keine vernünftigen Zweifel. Dass sie diese – bereits zuvor praktizierte – Zusammenarbeit fortsetzten, erlaubt den Schluss, dass ihr diesbezüglicher Konsens nicht zu Ende ging, als der GBV seine Mitwirkung ein-

stellte. Vielmehr ist erwiesen, dass ihr Konsens über diese Zusammenarbeit auch in den darauffolgenden Jahren Bestand hatte.

146. Sodann ist erstellt, dass der Konsens, sich über die Zuteilung von Bauaufträgen im Münstertal und die entsprechenden Angebotspreise zu einigen, weiterhin sämtliche Leistungen des Hoch- und Tiefbaus erfasste. Anzeichen, dass eine Einschränkung für gewisse Sparten bestand, bestehen nicht und wurden von keiner Partei vorgebracht. Vielmehr bestätigte C., dass davon Hoch- und Tiefbauprojekte der öffentlichen Hand und privater Bauherren erfasst waren.¹⁸⁰ Auch die Besprechungsnotiz vom 5. März 2012, auf welcher Bauprojekte aufgelistet sind, die sich die Beteiligten im Jahr 2012 zuteilten, sind Hoch- und Tiefbauprojekte der öffentlichen Hand und privater Bauherren aufgeführt.

b. Beteiligte

147. Sowohl die Foffa Conrad AG als auch die Hohenegger SA räumen ein, dass sie sich weiterhin an dieser Zusammenarbeit beteiligt hätten. Sie anerkennen somit ihre eigene Tatbeteiligung. Zudem bestätigen sie, dass die jeweils andere Verfahrenspartei und die Einzelfirma Pio Scandella, Maurergeschäft ebenfalls involviert gewesen seien. Angesichts dieser übereinstimmenden und glaubhaften Aussagen ist erwiesen, dass die Verfahrensparteien Foffa Conrad AG und Hohenegger SA auch nach dem Jahr 2008 noch an der Zusammenarbeit beteiligt waren. Dagegen steht fest, dass die im Jahr 2013 gegründete Scandella Bau AG darin nicht verwickelt war. Unbestritten ist jedoch, dass die frühere Einzelfirma Pio Scandella, Maurergeschäft an der weitergeführten Zusammenarbeit beteiligt war.

c. Verfolgter Zweck

148. In Bezug auf den verfolgten Zweck ist zu beachten, dass die Beteiligten mit der fortgeführten Zusammenarbeit nach dem Jahr 2008 – wie zuvor – untereinander Hoch- und Tiefbauleistungen aufteilen und die entsprechenden Angebotspreise festlegen bzw. abstimmen wollten. Einer solchen Form der Zusammenarbeit ist immanent, dass sie darauf abzielt, den Wettbewerb unter den Beteiligten auszuschalten. Wie bis anhin ging es darum, dass sich die Beteiligten nicht konkurrenzieren sollten. Vielmehr strebten sie danach, im Einvernehmen darüber zu entscheiden, welches Unternehmen welche Bauaufträge erhält und zu welchem Preis ausführt. Damit bestand der Zweck der weitergeführten Zusammenarbeit – neben möglichen weiteren Zielen – auch in der Zuschlagssteuerung und der Verhinderung des Preiswettbewerbs. Dass die Beteiligten mit ihrem Verhalten ausschliesslich andere Zwecke verfolgten, kann bei einer solchen Zusammenarbeitsform ohne vernünftige Zweifel ausgeschlossen werden.

¹⁷³ Act. II.1 (22-0467), Zeilen 202–211.

¹⁷⁴ Act. IV.025, Zeilen 204–237.

¹⁷⁵ Act. III.C.007.

¹⁷⁶ Act. IV.025, Zeilen 252–254.

¹⁷⁷ Act. IV.025, Zeilen 271–275.

¹⁷⁸ Act. IV.025, Zeilen 276 f.

¹⁷⁹ Act. IV.025, Zeilen 280–286.

¹⁸⁰ Act. VII.6 (22-0467), Zeilen 263–267.

B.5.1.4. Beweisergebnis

149. Nach dem Gesagten ist folgender Sachverhalt erstellt:

- Der tatsächliche Konsens, bei Hoch- und Tiefbauleistungen im Münstertal den designierten Zuschlagsempfänger oder die designierte Zuschlagsempfängerin sowie die jeweiligen Angebotspreise festzulegen, bestand zwischen den Beteiligten auch noch nach dem Jahr 2008.
- An der nach dem Jahr 2008 weitergeführten Zusammenarbeit waren die Verfahrensparteien Foffa Conrad AG und Hohenegger SA beteiligt, ebenso die Einzelfirma Pio Scandella, Maurergeschäft. Darin nicht verwickelt war hingegen die 2013 gegründete Scandella Bau AG.
- Die Beteiligten bezweckten mit der nach dem Jahr 2008 weitergeführten Zusammenarbeit unter anderem, sich betreffend den Zuschlag für Hoch- und Tiefbauleistungen im Münstertal nicht zu konkurrenzieren. Ebenso bezweckten sie weiterhin, sich bei diesen Bauleistungen nicht betreffend den Preis zu konkurrenzieren.

B.5.2 Dauer, Umsetzung und Auswirkungen

B.5.3.1 Beweisthema

150. Im Folgenden ist zu prüfen, wie lange der Konsens der Beteiligten bestand, im Rahmen der weitergeführten Zusammenarbeit für Hoch- und Tiefbauleistungen im Münstertal den designierten Zuschlagsempfänger oder die designierte Zuschlagsempfängerin sowie die jeweiligen Angebotspreise festzulegen.

151. Weiter ist zu prüfen, ob sich die beteiligten Unternehmen tatsächlich entsprechend ihrem Konsens über die nach dem Jahr 2008 weitergeführte Zusammenarbeit verhielten. Sodann sind die Auswirkungen zu beurteilen, welche dieses Verhalten ggf. zur Folge hatte.

B.5.3.2 Beweismittel

152. Im Folgenden werden die Beweismittel genannt, auf die sich die Behörde bei der Beurteilung der in diesem Abschnitt zu erörternden Sachverhaltsfragen stützt.

a. Urkunden

153. In Bezug auf die Umsetzung der beschlossenen Zusammenarbeit und deren allfälligen Auswirkungen sind die handschriftliche Besprechungsnotiz vom 5. März 2012¹⁸¹ und der E-Mailverkehr zwischen H., D. und C. aus dem Jahr 2012 (vgl. Rz 136 hiuvor) zu würdigen.

b. Auskünfte von Parteien

154. In der Offertliste betreffend Baumeisterarbeiten im Münstertal, eingereicht am 12. November 2012¹⁸², kreuzte die Foffa Conrad AG in der Spalte „Bemerkungen“ rund 100 Bauprojekte in den Jahren 2007 bis 2012 an, bei denen es zu „Absprachen“ gekommen sei.¹⁸³ A., Foffa Conrad AG, gab am 12. November 2012 zu Protokoll, dass diese Liste nach seiner Meinung weitestgehend vollständig sein dürfte.¹⁸⁴ Weiter führte er aus, dass die Preise, die man abgesprochen habe, sicherlich in Ordnung gewesen seien. Es sei nicht so, dass man

wahnsinnig reich geworden sei bei diesen Arbeiten.¹⁸⁵ Zudem sei es schwierig gewesen, die Preise wieder zu verbessern, da sich die Bauherrenvertreter an die Preise gewöhnen und sich gegen Erhöhungen wehren würden. Nur weil man sich abspreche, heisse dies noch nicht, dass auch der Preis gut wäre. Im Münstertal sei es ein Existenzkampf gewesen, trotz dieser Abreden. Die Bauherren würden regulierend wirken und bezögen sich etwa bei den Rabatten auf die in Vorjahren gewährten Rabatte.¹⁸⁶

155. Weiter führte die Foffa Conrad AG in ihrer Eingabe vom 12. November 2012 aus, dass die Besprechungsnotiz vom 5. März 2012 (vgl. Rz 136 hiuvor) eine Liste mit 17 verschiedenen Arbeiten enthalte, welche auf die Unternehmungen Hohenegger, Pio Scandella und Foffa Conrad aufgeteilt worden seien. Dieses Dokument stehe stellvertretend für die Systematik der „Preisabsprachen“ im Raum Münstertal zwischen 2007 und 2012.¹⁸⁷

156. B., Foffa Conrad AG, brachte am 20. August 2015 vor, dass Südtiroler Unternehmen versucht hätten, im Münstertal Fuss zu fassen. Dies sei ihnen aber nicht gelungen. Die Münstertaler Bauunternehmen hätten auch die kompetitiveren Preise gehabt.¹⁸⁸

157. C., Scandella Bau AG, sagte am 15. März 2016 aus, dass die „Absprachen“ zwischen den Münstertaler Bauunternehmen bis ins Jahr 2012 stattgefunden hätten.¹⁸⁹ Mit der Eröffnung der kartellrechtlichen Untersuchung im Herbst 2012 seien diese eingestellt worden.¹⁹⁰ Weiter sagte er aus, dass die „Absprachen“ im Münstertal nach seinem Wissen ohne Unterbruch bis ins Jahr 2012 stattgefunden hätten. Zwischendurch sei es zu Unterbrüchen von zwei bis drei Monaten gekommen, in denen sich die Beteiligten nicht hätten einigen können. Anschliessend hätten sich die Beteiligten jeweils wieder gefunden. Ihm sei nicht bekannt, dass man sich während eines ganzen Jahres nicht „abgesprochen“ hätte.¹⁹¹ Weiter gab er an, dass sich die Beteiligten nicht in allen Fällen hätten darauf einigen können, wer den Zuschlag erhalten sollte. Zu einer Einigung sei es in rund 70 % der Fälle gekommen.¹⁹²

158. D., Hohenegger SA, gab am 28. Oktober 2015 zu Protokoll, dass die Münstertaler Bauunternehmen im Jahr 2012 „Absprachen“ getroffen hätten, anschliessend jedoch nicht mehr.¹⁹³ Weiter gab er in Bezug auf die Besprechungsnotiz vom 5. März 2012¹⁹⁴ zu Protokoll, dass die Aufträge so aufgeteilt worden seien, wie dies gemäss der Auflistung in dieser Notiz vorgesehen gewesen sei. Die Bauunternehmen hätten diejenigen Bauprojekte tatsächlich ausgeführt, die ihnen auf dieser Liste

¹⁸¹ Act. III.C.007.

¹⁸² Act. IX.C.005.

¹⁸³ Vgl. Act. IX.005, Seite 4 unten.

¹⁸⁴ Act. IX.005, Seite 5.

¹⁸⁵ Act. IX.005, Seite 5.

¹⁸⁶ Act. IX.005, Seite 5 unten.

¹⁸⁷ Act. IX.C.035, pag 4.

¹⁸⁸ Act. IX.C.052, Zeilen 272–281.

¹⁸⁹ Act. VII.6 (22-0467), Zeile 286.

¹⁹⁰ Act. VII.6 (22-0467), Zeile 207.

¹⁹¹ Act. VII.6 (22-0467), Zeilen 286–289.

¹⁹² Act. VII.6 (22-0467), Zeilen 257–262.

¹⁹³ Act. IV.025, Zeilen 260–266.

¹⁹⁴ Act. III.C.007.

zugeteilt worden seien.¹⁹⁵ Die entsprechenden Angebotspreise hätten die Beteiligten nach der Besprechung vom 5. März 2012 jeweils in Bezug auf die konkrete Ausschreibung per E-Mail oder per Telefon abgesprochen.¹⁹⁶

159. E., Hohenegger SA, anerkannte auf Vorhalt der Aussagen von C., dass im Münstertal „Absprachen“ bis ins Jahr 2012 getroffen worden seien.¹⁹⁷

B.5.3.3 Beweismwürdigung

a. Dauer

160. Die beteiligten Verfahrensparteien räumen übereinstimmend ein, dass die nach dem Jahr 2008 fortgeführte Zusammenarbeit zwischen Münstertaler Unternehmen bis ins Jahr 2012 gedauert habe. Mit der Eröffnung der kartellrechtlichen Untersuchung im Engadin sei sie eingestellt worden. Diese Aussagen sind glaubhaft. An deren Wahrheitsgehalt bestehen keine vernünftigen Zweifel.

161. Auch die Besprechungsnotiz vom 5. März 2012¹⁹⁸ sowie der E-Mailverkehr zwischen H., D. und C. aus dem Jahr 2012 (vgl. Rz 136 hiervor) zeigen auf, dass im Jahr 2012 Bauaufträge zwischen den Beteiligten aufgeteilt und die entsprechenden Angebotspreise festgelegt wurden. Für die darauffolgenden Jahre liegen keine solchen Urkunden mehr vor.

162. Vor diesem Hintergrund ist erwiesen, dass die weitergeführte Zusammenarbeit zwischen den beteiligten Münstertaler Bauunternehmen bis Herbst 2012 dauerte. Ebenso ist erstellt, dass sie anschliessend eingestellt wurde. Daraus kann geschlossen werden, dass die Beteiligten bis Herbst 2012 den Willen hatten, die besagte Zusammenarbeit fortzusetzen, sowie dass sie diesen Willen mündlich oder durch konkludentes Verhalten kundtaten. Hätten sie diese Form der Zusammenarbeit nicht mehr gewollt, hätten sie sich daran nicht bis im Herbst 2012 beteiligt.

b. Umsetzung und Auswirkungen

163. Sämtliche Verfahrensparteien räumen ein, dass im Münstertal die Zusammenarbeit zwischen Münstertaler Bauunternehmen nach dem Jahr 2008 weitergeführt worden sei. Auch anerkennen sie, dass im Rahmen dieser Zusammenarbeit Hoch- und Tiefbauprojekte zugeteilt und die entsprechenden Angebotspreise festgelegt worden seien. Die übereinstimmenden Aussagen der Verfahrensparteien in diesen Punkten erachtet die Behörde als glaubhaft. Anzeichen, dass sie nicht der Wahrheit entsprechen, bestehen nicht. Sodann belegen auch die Besprechungsnotiz vom 5. März 2012 und der E-Mailverkehr zwischen H., D. und C. aus dem Jahr 2012, dass eine solche Zusammenarbeit tatsächlich praktiziert wurde.

164. Gestützt werden die genannten Beweismittel auch durch die Projektliste, in welcher die Foffa Conrad AG die ihrer Auffassung nach koordinierten Bauprojekte kennzeichnete.¹⁹⁹ Vor dem Hintergrund, dass die Foffa Conrad AG im relevanten Zeitraum, d.h. bis 2012, das bedeutendste Bauunterunternehmen im Münstertal war und rund [...] des Bauvolumens sowohl im Hochbau als auch im Tiefbau auf sich vereinte (vgl. Rz 51), kann angenommen werden, dass sie für einen wesentlichen Teil

der ausgeschriebenen Bauprojekte eine Offerte einreichte, insbesondere bei Ausschreibungen der Gemeinwesen. Die besagte Projektliste der Foffa Conrad AG erfasst daher einen wesentlichen Teil der überhaupt im Münstertal ausgeschriebenen Projekte des Hoch- und Tiefbaus.

165. Unbestritten ist schliesslich, dass die Aufteilung von Bauprojekten teilweise funktioniert hat. Nach Aussage von C. sei dies zu rund 70 % der Fall gewesen. Diese Aussage erachtet die Behörde als glaubhaft. Wie erwiesen ist (Rz 149 hiervor), sollten im Rahmen der weitergeführten Zusammenarbeit der designierte Zuschlagsempfänger bzw. die designierte Zuschlagsempfängerin und die jeweiligen Angebotspreise bestimmt werden. Hätte diese Art der Zusammenarbeit nicht zumindest teilweise funktioniert, hätten die Beteiligten nicht über eine so lange Dauer entsprechende Bemühungen unternommen. Erwiesen ist zudem, dass bei denjenigen Projekten, bei denen es zu einer Projektzuteilung kam, der Wettbewerb unter den Beteiligten ausgeschlossen wurde. Aufgrund der praktizierten Projektzuteilung bestehen daran keine vernünftigen Zweifel.

166. Dass es vorliegend tatsächlich in grossem Masse zu einer Angebotskoordination kam, untermauern sodann auch die Angaben der Foffa Conrad AG, wie die nachfolgende Übersicht zeigt. Darin wird das Volumen der von der Foffa Conrad AG gemäss ihrer Projektliste²⁰⁰ als „abgesprochen“ gekennzeichneten Bauprojekte dem Volumen aller erhaltenen Bauprojekten gegenübergestellt, die sie als „Total“ bezeichnete.

¹⁹⁵ Act. IV.025, Zeilen 249–251.

¹⁹⁶ Act. IV.025, Zeilen 271–275.

¹⁹⁷ Act. II.1 (22-0467), Zeilen 205–214.

¹⁹⁸ Act. III.C.007.

¹⁹⁹ Act. IX.007.

²⁰⁰ Act. IX.007.

Jahr	Total (CHF)	Volumen "abgesprochener" Bauprojekte (CHF)	in %
2007	[...]	[...]	41 %
2008	[...]	[...]	68 %
2009	[...]	[...]	45 %
2010	[...]	[...]	65 %
2011	[...]	[...]	66 %
2012	[...]	[...]	67 %
Total	[...]	[...]	59 %

Tabelle 4: Verhältnis zwischen den von der Foffa Conrad AG als „abgesprochen“ bezeichneten Projekte und den von der Foffa Conrad AG eingereichten Offerten

167. Daraus folgt, dass in den Jahren 2007 bis 2012 insgesamt 59 % der von der Foffa Conrad AG im Münstertal eingereichten Offerten – nach ihren eigenen Angaben – mit anderen Unternehmen koordiniert worden

sind. Dieser Anteil ist höher, wenn man dem Vergleich ausschliesslich die von Gemeinwesen ausgeschriebenen Bauprojekte zugrunde legt, wie folgende Tabelle zeigt.

Jahr	Öffentliche Ausschreibungen (CHF)	Volumen "abgesprochener" öffentlichen Ausschreibungen (CHF)	in %
2007	[...]	[...]	91%
2008	[...]	[...]	94%
2009	[...]	[...]	56%
2010	[...]	[...]	95%
2011	[...]	[...]	60%
2012	[...]	[...]	96%
Total	[...]	[...]	85%

Tabelle 5: Verhältnis zwischen sämtlichen öffentlichen Ausschreibungen und den von der Foffa Conrad AG als „abgesprochen“ bezeichneten öffentlichen Ausschreibungen

168. Von den auf der Liste der Foffa Conrad AG erfassten Bauprojekten sind 72 Ausschreibungen öffentlichen Bauherren (Bund, Kanton, Gemeinden) zuzuordnen (Volumen von insgesamt CHF [...]). Davon sind nach Angabe der Foffa Conrad AG 51 Ausschreibungen mit einem Volumen von CHF [...] mit anderen Bauunternehmen koordiniert worden. Dies entspricht einem Anteil von 85 %.

B.5.3.4. Beweisergebnis

169. Nach dem Gesagten ist erstellt, dass der Konsens der beteiligten Unternehmen, im Rahmen der fortgesetzten Zusammenarbeit bezüglich Hoch- und Tiefbauleistungen im Münstertal den designierten Zuschlagsempfänger oder die designierte Zuschlagsempfängerin sowie die jeweiligen Angebotspreise festzulegen (vgl. dazu Rz 134 ff. hiervor), bis im Herbst 2012 Bestand hatte.

170. Ebenso ist erstellt, dass sich die Beteiligten bis im Herbst 2012 entsprechend ihrem Konsens verhielten und im Rahmen der weitergeführten Zusammenarbeit – zumindest teilweise – den designierten Zuschlagsempfänger oder die designierte Zuschlagsempfängerin sowie die jeweiligen Angebotspreise für Hoch- und Tiefbauleis-

tungen im Münstertal festlegten. Erwiesen ist auch, dass bei denjenigen Bauprojekten, bei denen es zu einer Projektzuteilung kam, der Wettbewerb unter den Beteiligten ausgeschlossen wurde.

B.5.3 Zwischenfazit

171. Zusammenfassend ist folgender Sachverhalt betreffend die Weiterführung der Zusammenarbeit bis 2012 erstellt:

172. Der tatsächliche Konsens, bei Hoch- und Tiefbauleistungen im Münstertal den designierten Zuschlagsempfänger oder die designierte Zuschlagsempfängerin sowie die jeweiligen Angebotspreise festzulegen, bestand zwischen den Beteiligten auch noch nach dem Jahr 2008. An der weitergeführten Zusammenarbeit beteiligt waren die Verfahrensparteien Foffa Conrad AG und Hohenegger SA, ebenso die Einzelfirma Pio Scandella, Maurergeschäft. Nicht involviert war hingegen die 2013 gegründete Scandella Bau AG, die aber das zuvor unter der Einzelfirma Pio Scandella, Maurergeschäft betriebene Bauunternehmen – wirtschaftlich betrachtet – weiterführte.

173. Die Beteiligten bezweckten mit der nach dem Jahr 2008 weitergeführten Zusammenarbeit unter anderem, sich betreffend den Zuschlag für Hoch- und Tiefbauleistungen im Münstertal nicht zu konkurrenzieren. Ebenso bezweckten sie weiterhin, sich bei diesen Bauleistungen nicht betreffend den Preis zu konkurrenzieren.

174. Der Konsens der beteiligten Unternehmen, im Rahmen der fortgesetzten Zusammenarbeit bezüglich Hoch- und Tiefbauleistungen im Münstertal den designierten Zuschlagsempfänger oder die designierte Zuschlagsempfängerin sowie die jeweiligen Angebotspreise festzulegen (vgl. dazu Rz 134 ff. hiervor), hatte bis im Herbst 2012 Bestand.

175. Die Beteiligten verhielten sich bis im Herbst 2012 entsprechend ihrem Konsens und legten im Rahmen der weitergeführten Zusammenarbeit – zumindest teilweise – den designierten Zuschlagsempfänger oder die designierte Zuschlagsempfängerin sowie die jeweiligen Angebotspreise für Hoch- und Tiefbauleistungen im Münstertal fest. Bei denjenigen Bauprojekten, bei denen es zu einer Projektzuteilung kam, wurde der Wettbewerb unter den Beteiligten ausgeschlossen.

B.6 Fazit zum Sachverhalt

B.6.1 Hoch- und Tiefbaubranche im Münstertal

176. Im vorliegend relevanten Zeitraum von 2004 bis 2012 waren im Münstertal die Foffa Conrad AG, die Einzelfirma Pio Scandella, Maurergeschäft und die Hohenegger SA in den Bereichen Hoch- und Tiefbau tätig; in geringerem Umfang auch die Einzelfirma Arthur Pinggera und die Terza Bau AG. Allerdings stellten die Terza Bau AG (freiwillige Geschäftsaufgabe) und die Einzelfirma Arthur Pinggera (Konkurs) ihre Geschäftstätigkeit in den Jahren 2008 und 2010 ein. Damit richtet sich die vorliegende kartellrechtliche Untersuchung gegen sämtliche noch existierende Unternehmen, die im Münstertal von 2004 bis 2012 in den Bereichen Hoch- und Tiefbau tätig waren.

177. Zur Marktstellung dieser Unternehmen ist Folgendes festzuhalten: Die Foffa Conrad AG war im Zeitraum von 2004 bis 2012 das umsatzstärkste Bauunternehmen im Münstertal. Vom gesamten im Münstertal in den Bereichen Hoch- und Tiefbau realisierten Umsatz erzielte sie rund [...]. Die Hohenegger SA und die Einzelfirma Pio Scandella, Maurergeschäft bildeten – jedenfalls nach 2010 – die einzigen gewichtigen Konkurrenten der Foffa Conrad AG. Ihr Anteil am Bauvolumen betrug [...]. Die Marktanteile der Terza Bau AG und der Einzelfirma Arthur Pinggera vor ihrer Geschäftsaufgabe waren gering.

B.6.2 Zusammenarbeit im Rahmen von Vorversammlungen bis 2008

178. Zwischen im Münstertal tätigen Bauunternehmen lagen seit spätestens dem Jahr 2004 tatsächlich übereinstimmende Willenserklärungen über die Zusammenarbeit im Rahmen von Vorversammlungen betreffend Hoch- und Tiefbauleistungen vor (*Vorliegen eines natürlichen Konsenses*). Dieser Konsens beinhaltete, im Rahmen von Vorversammlungen für sämtliche Hoch- und Tiefbauleistungen im Münstertal den designierten Zuschlagsempfänger oder die designierte Zuschlags-

empfängerin sowie die jeweiligen Angebotspreise festzulegen (Rz 54 ff. hiervor).

179. An der Zusammenarbeit im Rahmen von Vorversammlungen waren die Verfahrensparteien Foffa Conrad AG und Hohenegger SA beteiligt, ebenso die frühere Terza Bau AG und die frühere Einzelfirma Arthur Pinggera. Die Scandella Bau AG nahm nie an Vorversammlungen teil. Allerdings war an der Zusammenarbeit die frühere Einzelfirma Pio Scandella, Maurergeschäft beteiligt. Die Scandella Bau AG führte nach ihrer Gründung im Jahr 2013 das zuvor unter der Einzelfirma Pio Scandella, Maurergeschäft betriebene Bauunternehmen – wirtschaftlich betrachtet – weiter (Rz 78 ff. hiervor).

180. Die Beteiligten bezweckten mit der Zusammenarbeit im Rahmen von Vorversammlungen unter anderem, sich betreffend den Zuschlag für Hoch- und Tiefbauleistungen im Münstertal nicht zu konkurrenzieren. Ebenso bezweckten sie, sich bei diesen Bauleistungen nicht betreffend den Preis zu konkurrenzieren (Rz 92 ff. hiervor).

181. Der Konsens der beteiligten Verfahrensparteien, im Rahmen von Vorversammlungen für sämtliche Hoch- und Tiefbauleistungen im Münstertal den designierten Zuschlagsempfänger oder die designierte Zuschlagsempfängerin sowie die jeweiligen Angebotspreise festzulegen, hatte bis ins Jahr 2008 Bestand (Rz 101 ff. hiervor).

182. Die beteiligten Verfahrensparteien verhielten sich von 2004 bis 2008 entsprechend ihrem Konsens und legten im Rahmen von Vorversammlungen – zumindest teilweise – den designierten Zuschlagsempfänger oder die designierte Zuschlagsempfängerin sowie die jeweiligen Angebotspreise für Hoch- und Tiefbauleistungen im Münstertal fest. Bei denjenigen Bauprojekten, bei denen es zu einer Projektzuteilung kam, wurde der Wettbewerb unter den Beteiligten ausgeschlossen (Rz 113 ff. hiervor).

B.6.3 Weiterführung der Zusammenarbeit bis 2012

183. Der tatsächliche Konsens, bei Hoch- und Tiefbauleistungen im Münstertal den designierten Zuschlagsempfänger oder die designierte Zuschlagsempfängerin sowie die jeweiligen Angebotspreise festzulegen, bestand zwischen den Beteiligten auch noch nach dem Jahr 2008. An der weitergeführten Zusammenarbeit beteiligt waren die Verfahrensparteien Foffa Conrad AG und Hohenegger SA, ebenso die Einzelfirma Pio Scandella, Maurergeschäft. Nicht involviert war hingegen die 2013 gegründete Scandella Bau AG, die aber das zuvor unter der Einzelfirma Pio Scandella, Maurergeschäft betriebene Bauunternehmen – wirtschaftlich betrachtet – weiterführte (Rz 134 ff. hiervor).

184. Die Beteiligten bezweckten mit der nach dem Jahr 2008 weitergeführten Zusammenarbeit unter anderem, sich betreffend den Zuschlag für Hoch- und Tiefbauleistungen im Münstertal nicht zu konkurrenzieren. Ebenso bezweckten sie weiterhin, sich bei diesen Bauleistungen nicht betreffend den Preis zu konkurrenzieren (Rz 134 ff. hiervor).

185. Der Konsens der beteiligten Unternehmen, im Rahmen der fortgesetzten Zusammenarbeit bezüglich

Hoch- und Tiefbauleistungen im Münstertal den designierten Zuschlagsempfänger oder die designierte Zuschlagsempfängerin sowie die jeweiligen Angebotspreise festzulegen (vgl. dazu Rz 134 ff. hiervor), hatte bis im Herbst 2012 Bestand (Rz 150 ff. hiervor).

186. Die Beteiligten verhielten sich bis im Herbst 2012 entsprechend ihrem Konsens und legten – zumindest teilweise – im Rahmen der weitergeführten Zusammenarbeit den designierten Zuschlagsempfänger oder die designierte Zuschlagsempfängerin sowie die jeweiligen Angebotspreise für Hoch- und Tiefbauleistungen im Münstertal fest. Bei denjenigen Bauprojekten, bei denen es zu einer Projektzuteilung kam, wurde der Wettbewerb unter den Beteiligten ausgeschlossen (Rz 150 ff. hiervor).

C Erwägungen

C.1 Geltungsbereich

187. Das Kartellgesetz (KG)²⁰¹ gilt in persönlicher Hinsicht sowohl für Unternehmen des privaten als auch für solche des öffentlichen Rechts (Art. 2 Abs. 1 KG). Als Unternehmen im Sinne des Kartellgesetzes gelten sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform (Art. 2 Abs. 1^{bis} KG). Sämtliche Parteien erfüllten im Untersuchungszeitraum die Merkmale privatrechtlicher Unternehmen, womit das KG in persönlicher Hinsicht anwendbar ist.

188. In sachlicher Hinsicht erstreckt sich das Kartellgesetz auf das Treffen von Kartell- und anderen Wettbewerbsabreden, auf die Ausübung von Marktmacht sowie auf die Beteiligung an Unternehmenszusammenschlüssen (Art. 2 Abs. 1 KG). Ob die Parteien eine Wettbewerbsabrede getroffen haben, wird im Rahmen der materiellen Beurteilung noch im Einzelnen zu prüfen sein (vgl. dazu Rz 192 ff.). Es wird auf die dortigen Ausführungen verwiesen und an dieser Stelle auf deren Wiedergabe verzichtet.

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

C.2 Vorbehaltene Vorschriften

190. 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).

191. Im hier zu beurteilenden Markt gibt es keine Vorschriften, die Wettbewerb nicht zulassen.

C.3 Unzulässige Wettbewerbsabrede

192. Abreden, die den Wettbewerb auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen erheblich beeinträch-

tigen und sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lassen, sowie Abreden, die zur Beseitigung wirksamen Wettbewerbs führen, sind unzulässig (Art. 5 Abs. 1 KG).

193. Im Folgenden ist in einem ersten Schritt zu prüfen, ob eine Wettbewerbsabrede vorliegt (vgl. Rz 194 ff. hiernach). Ist dies zu bejahen, ist in einem zweiten Schritt zu beurteilen, ob diese gemäss Art. 5 Abs. 1 i.V.m. Abs. 3 KG unzulässig ist (vgl. Rz 206 ff. hiernach).

C.3.1 Wettbewerbsabrede

194. 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). Eine formelle vertragliche Grundlage ist nicht notwendig, vielmehr sind abgestimmte Verhaltensweisen bis hin zu verbindlichen Vereinbarungen einschlägig,²⁰² wobei sich Vereinbarungen von den aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen durch den vorhandenen resp. nicht vorhandenen Bindungswillen unterscheiden.²⁰³

195. Eine Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG liegt vor, wenn erstens ein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken der an der Abrede beteiligten Unternehmen und zweitens ein Bezwecken oder ein Bewirken einer Wettbewerbsbeschränkung durch die Abrede gegeben sind.²⁰⁴ Diese Kriterien sind im Folgenden im Einzelnen zu beurteilen.

C.3.1.1 Bewusstes und gewolltes Zusammenwirken

196. Unter das bewusste und gewollte Zusammenwirken fallen nach dem Gesagten Vereinbarungen und abgestimmte Verhaltensweisen.

197. Für das Vorliegen einer Vereinbarung ist erforderlich, dass ein Konsens zwischen den beteiligten Unternehmen über die Art und Weise der Zusammenarbeit vorliegt. Mit Blick auf das Obligationenrecht kommt ein solcher Konsens durch übereinstimmende Willenserklärungen der Parteien zustande (Art. 1 Abs. 1 OR²⁰⁵). Die entsprechenden Erklärungen können entweder ausdrücklich (schriftlich oder mündlich) oder durch konkludentes Verhalten erfolgen (Art. 1 Abs. 2 OR).

198. Ob Willenserklärungen von Unternehmen vorliegen und ob diese zu einem tatsächlichen Konsens (auch: natürlichen Konsens) der Unternehmen geführt haben, ist eine Tatfrage.²⁰⁶

²⁰¹ Bundesgesetz vom 6.10.1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251).

²⁰² Siehe dazu etwa RPW 2009/3, 204 Rz 49, *Elektroinstallationsbetriebe Bern*; ferner THOMAS NYDEGGER/WERNER NADIG, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 4 Abs. 1 KG N 78 und 81.

²⁰³ BSK KG-NYDEGGER/NADIG (Fn 202), Art. 4 Abs. 1 KG N 78 und N 81.

²⁰⁴ RPW 2009/3, 204 Rz 50, *Elektroinstallationsbetriebe Bern*.

²⁰⁵ Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30.3.1911 (OR); SR 220.

²⁰⁶ Vgl. etwa Urteil des BGer 5A_127/2013 vom 1.7.2013, E. 4.1; BGE 116 II 695, E. 2.

199. Beweismässig ist vorliegend erstellt, dass zwischen im Münstertal tätigen Bauunternehmen tatsächlich übereinstimmende Willenserklärungen über die Zusammenarbeit betreffend Hoch- und Tiefbauleistungen vorlagen (*Vorliegen eines natürlichen Konsenses*). Dieser Konsens beinhaltete, für sämtliche Hoch- und Tiefbauleistungen im Münstertal den designierten Zuschlagsempfänger oder die designierte Zuschlagsempfängerin sowie die jeweiligen Angebotspreise festzulegen (Rz 178 und Rz 183). An dieser Zusammenarbeit waren die Verfahrensparteien Foffa Conrad AG und Hohenegger SA beteiligt, ebenso die frühere Einzelfirma Pio Scandella, Maurergeschäft, die frühere Terza Bau AG und die frühere Einzelfirma Arthur Pinggera (Rz 179 und Rz 183). Damit ist das Tatbestandsmerkmal der Vereinbarung im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG erfüllt.

C.3.1.2 Bezwecken oder Bewirken einer Wettbewerbsbeschränkung

200. Neben einem bewussten und gewollten Zusammenwirken muss die Abrede gemäss Art. 4 Abs. 1 KG „eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken“. Eine Wettbewerbsbeschränkung liegt vor, wenn das einzelne Unternehmen auf seine unternehmerische Handlungsfreiheit verzichtet und so das freie Spiel von Angebot und Nachfrage einschränkt.²⁰⁷ Die Abrede über die Wettbewerbsbeschränkung muss sich auf einen Wettbewerbsparameter (wie beispielsweise den Preis oder die Lieferbedingungen) beziehen.²⁰⁸ Art. 4 Abs. 1 KG setzt die Tatbestandsmerkmale „bezwecken“ resp. „bewirken“ – wie bereits das Wort „oder“ im Gesetzestext verdeutlicht – alternativ voraus, nicht kumulativ.²⁰⁹

201. Eine Abrede bezweckt eine Wettbewerbsbeschränkung, wenn die Abredeteilnehmer „die Ausschaltung oder Beeinträchtigung eines oder mehrerer Wettbewerbsparameter zum Programm erhoben haben“.²¹⁰ Dabei genügt es, wenn der Abredeinhalt objektiv geeignet ist, eine Wettbewerbsbeschränkung durch Ausschaltung eines Wettbewerbsparameters zu verursachen. Die subjektive Absicht der an der Abrede Beteiligten, den Wettbewerb zu beeinträchtigen, ist nicht erforderlich.²¹¹

202. Die vorliegende Abrede beinhaltete, für sämtliche Hoch- und Tiefbauleistungen im Münstertal den designierten Zuschlagsempfänger oder die designierte Zuschlagsempfängerin sowie die jeweiligen Angebotspreise festzulegen (Rz 178 und Rz 183). Ein solcher Abredeinhalt ist in objektiver Hinsicht geeignet, eine Wettbewerbsbeschränkung zu bewirken. Darüber hinaus ist vorliegend – obwohl dies nicht notwendig ist – erwiesen, dass die Abredeteilnehmer mit ihrer Zusammenarbeit auch in subjektiver Hinsicht bezweckten, sich betreffend den Zuschlag und den Preis von Hoch- und Tiefbauleistungen nicht zu konkurrenzieren (Rz 180 und Rz 184). Somit war die vorliegende Abrede nicht nur (objektiv) geeignet, den Wettbewerb zu beeinträchtigen, sondern es bestand auch eine dahingehende Absicht der Abredeteilnehmer.

203. Damit liegt eine Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG vor.

C.3.1.3 Abrede zwischen Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufen

204. Die Parteien waren als Unternehmen auf derselben Marktstufe tätig und als solche Konkurrentinnen hinsichtlich der von öffentlichen Stellen und von Privaten ausgeschriebenen Aufträge für Hoch- und Tiefbauleistungen. Die vorliegende Abrede ist somit horizontaler Natur.

C.3.1.4 Zwischenfazit

205. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Parteien durch ihr bewusstes und gewolltes Zusammenwirken im Zeitraum von (spätestens) 2004 bis Herbst 2012 eine Wettbewerbsabrede zwischen Unternehmen gleicher Marktstufe gemäss Art. 4 Abs. 1 KG getroffen haben. Im Folgenden ist zu prüfen, ob diese Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 Abs. 1 i.V.m. Abs. 3 KG unzulässig ist.

C.3.2 Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs

206. Gemäss Art. 5 Abs. 3 KG wird die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs bei folgenden Abreden vermutet, sofern sie zwischen Unternehmen getroffen werden, die tatsächlich oder der Möglichkeit nach miteinander im Wettbewerb stehen:

- Abreden über die direkte oder indirekte Festsetzung von Preisen (Bst. a);
- Abreden über die Einschränkung von Produktions-, Bezugs- oder Liefermengen (Bst. b);
- Abreden über die Aufteilung von Märkten nach Gebieten oder Geschäftspartnern und Geschäftspartnerinnen (Bst. c).

C.3.2.1 Qualifikation der vorliegenden Wettbewerbsabrede

a. Qualifikation als Gesamtabrede

207. Die vorliegende Vereinbarung weist folgende Merkmale auf:

- Sie zeichnet sich erstens durch ihren auf Dauer angelegten Charakter aus (*Dauerverstoss*). Wie erwiesen ist (vgl. Rz 178), kam die Vereinbarung zwischen den Abredeteilnehmern spätestens im Jahr 2004 zustande. In den darauffolgenden Jahren war die darauf beruhende Zusammenarbeit durch die Mitwirkung des GBV geprägt. So bestand mit den Vorversammlungen ein institutioneller Rahmen, der es erleichterte, die Abrede umzusetzen. Als dieser Rahmen im Jahr 2008 entfiel,

²⁰⁷ RPW 2013/4, 560 Rz 178, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich*.

²⁰⁸ Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 756 f. E. 3.2.3, *Gaba/WEKO*; Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 813 E. 3.2.6, *Gebro/WEKO*.

²⁰⁹ Statt anderer RPW 2012/3, 550 Rz 97, *BMW*.

²¹⁰ RPW 2013/4, 560 Rz 180, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich*.

²¹¹ Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 756 f. E. 3.2.3, *Gaba/WEKO*; Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 813 E. 3.2.6, *Gebro/WEKO*.

wurde die Vereinbarung nicht aufgehoben. Vielmehr führten die Abredeteilnehmer die zuvor praktizierte Zusammenarbeit weiter (Rz 183). Erst mit der Eröffnung der vorliegenden kartellrechtlichen Untersuchung im Herbst 2012 brach der Konsens zur Zusammenarbeit auseinander. Zwar wurde die Zusammenarbeit wohl zuweilen für kurze Zeit unterbrochen. Solche kurzen Unterbrüche in der Umsetzung der Vereinbarung ändern jedoch an der Qualifikation als Dauerabrede nichts, zumal diese (Umsetzungs-)Unterbrüche stets vorübergehender Natur waren und der Grundkonsens zur Zusammenarbeit dadurch nie aufgelöst wurde. Entscheidend ist, dass vorliegend zwischen den Beteiligten von (spätestens) 2004 bis Herbst 2012 ein andauernder, einheitlicher Wille zur Zusammenarbeit in der Form der Projektzuteilung und Abstimmung der Eingabesummen bestand. Die vorliegende Abrede dauerte von (spätestens) 2004 bis Herbst 2012.

- Zweitens strebten die Abredeteilnehmer nicht danach, bei jeder einzelnen Ausschreibung von neuem zu entscheiden, ob eine Zusammenarbeit eingegangen wird oder nicht. Vielmehr entsprach es ihrem Willen, generell die im Münstertal zu realisierenden Hoch- und Tiefbauprojekte aufzuteilen und die entsprechenden Angebotspreise zu koordinieren. Neben ihrer Eigenschaft als Dauerabrede ist die vorliegende Vereinbarung daher als *Gesamtabrede* zu qualifizieren.²¹² Unerheblich ist, dass es zur Umsetzung dieser Abrede projektbezogener Einzelsubmissionsabreden bedurfte. Ebenso wenig ist es notwendig, dass die Gesamtabrede bei sämtlichen Ausschreibungen tatsächlich umgesetzt wurde und sämtliche Beteiligten an allen Umsetzungshandlungen in der Form von Einzelsubmissionsabreden mitgewirkt haben.²¹³

b. Qualifikation als horizontale Preis- und Geschäftspartnerabrede (Art. 5 Abs. 3 Bst. a und c KG)

208. Die vorliegende Gesamtabrede ist wie folgt unter den Tatbestand von Art. 5 KG zu subsumieren:

- Wie bereits erläutert, handelt es sich vorliegend bei den Abredeteilnehmern um Unternehmen gleicher Marktstufe, da sie alle als Anbieter von Hoch- und Tiefbauleistungen im Münstertal tätig waren (vgl. Rz 204 ff. hiervor). Ohne eine entsprechende Zusammenarbeit hätten diese miteinander im Wettbewerb gestanden. Die vorliegende Gesamtabrede ist daher als *horizontale Wettbewerbsabrede* zu qualifizieren (Art. 5 Abs. 3 KG).
- Die vorliegende Gesamtabrede beinhaltet sodann, dass die Beteiligten den designierten Zuschlagsempfänger oder die designierte Zuschlagsempfängerin festlegen wollten (Rz 178 und Rz 183). Von Art. 5 Abs. 3 Bst. c KG ist nicht nur die direkte, sondern auch die indirekte Verursachung der Aufteilung von Märkten nach Geschäftspartnern erfasst.²¹⁴ Zwar ist der vorliegenden Abrede nicht unmittelbar zu entnehmen, welcher Geschäftspartner oder welche Geschäftspartnerin welchem Unternehmen zugeordnet wur-

de. Sie war aber zum einen auf die Aufteilung der Abnehmer und Abnehmerinnen der Leistungen der Abredeteilnehmer gerichtet und zum anderen kam es in der Umsetzung der Abrede tatsächlich zu einer Vielzahl von Zuteilungen von Projekten bzw. Geschäftspartnern und Geschäftspartnerinnen (Rz 182 und Rz 186 hiervor). Im Ergebnis wirkte die vorliegende Gesamtabrede daher wie eine Geschäftspartnerabrede. Vor diesem Hintergrund ist die vorliegende Gesamtabrede als eine von Art. 5 Abs. 3 Bst. c KG erfasste indirekte *Geschäftspartnerabrede* zu qualifizieren.

209. Weiter beinhaltet die vorliegende Gesamtabrede, für die einzelnen Ausschreibungen die Angebotspreise festzulegen (Rz 178 und Rz 183). Zu prüfen ist, ob eine solche Vereinbarung als Preisabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG zu qualifizieren ist. Wie bereits aus dessen Wortlaut hervorgeht, fällt auch die indirekte Preisfestsetzung unter Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG. Die vorliegende Gesamtabrede zielte unter anderem darauf, den Preiswettbewerb unter den Beteiligten auszuschliessen (Rz 180 und Rz 184 hiervor). Anstelle des Preiswettbewerbs sollte die gemeinsame Preisfestsetzung durch die Beteiligten treten. Zwar bestimmten die Beteiligten die konkreten Angebotspreise für ihre Hoch- und Tiefbauleistungen jeweils erst im Rahmen der einzelnen Umsetzungshandlungen, d.h. in den projektspezifischen Submissionsabreden. Die Gesamtabrede bildete jedoch das notwendige Fundament dieser projektspezifischen Preisfestsetzung. Erstens ist ihr der Grundkonsens immanent, dass die Beteiligten die Angebotspreise gemeinsam und nicht individuell bestimmten. Zweitens schaffte sie den institutionellen Rahmen für die Zusammenarbeit und damit auch für die Preisfestsetzung. Drittens gab sie mit der Orientierung am Mittelwert der von den Beteiligten vorkalkulierten Offerten (vgl. dazu Rz 125 hiervor) in den Grundzügen den Mechanismus der konkreten Preiskalkulation vor. Aus diesen Gründen ist die vorliegende Gesamtabrede auch als (indirekte) *Preisabrede* im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG zu qualifizieren.

210. Nach dem Gesagten stellt die vorliegende Gesamtabrede eine horizontale Preis- und Geschäftspartnerabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. a und c KG dar. Hinzuweisen ist darauf, dass diese Vereinbarung durch projektspezifische Submissionsabreden umgesetzt wurde, welche jeweils wiederum als Preis- und Geschäftspartnerabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. a und c KG zu qualifizieren wären.²¹⁵ Diese „Umsetzungsabreden“ der Gesamtabrede müssen aber vorliegend keiner isolierten kartellrechtlichen Würdigung unterzogen werden.

²¹² Vgl. zur Praxis der WEKO betreffend die Qualifikation als Gesamtabrede auch RPW 2008/1, 85, *Strassenbeläge Tessin*; RPW 2013/2, 154 Rz 73 ff., *Abrede im Speditionsbereich*; RPW 2015/2, 225 Rz 194, *Tunnelreinigung*.

²¹³ RPW 2013/2, 154 Rz 75, *Abrede im Speditionsbereich*.

²¹⁴ PATRICK KRAUSKOPF/OLIVIER SCHALLER, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 5 KG N 437 ff.

²¹⁵ Vgl. RPW 2009/3, 207 ff. Rz 74 ff., *Elektroinstallationsbetriebe Bern*; RPW 2012/2, 392 f. Rz 995 ff., *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau*; RPW 2013/4, 591 Rz 820, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich*.

211. Liegen Abreden vor, welche unter die Aufzählung in Art. 5 Abs. 3 KG fallen, so wird für diese Abreden vermutet, dass sie eine wettbewerbsbeseitigende Wirkung haben. In Bezug auf die vorliegende Gesamtabrede greift damit die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs.

212. Im Folgenden ist zu prüfen, ob sich diese Vermutung widerlegen lässt.

C.3.2.2 Widerlegung der gesetzlichen Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung

213. Die Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs kann durch den Nachweis widerlegt werden, dass trotz der Wettbewerbsabrede noch wirksamer – aktueller und potenzieller – Aussenwettbewerb (Wettbewerb durch nicht an der Abrede beteiligte Unternehmen) oder Innenwettbewerb (Wettbewerb unter den an der Abrede beteiligten Unternehmen) bestehen bleibt. Ob die gesetzliche Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung vorliegend widerlegt werden kann, ist wie folgt zu prüfen:

- In einem ersten Schritt ist der relevante Markt, auf dem sich die vorliegende Abrede auswirkt, in sachlicher, räumlicher und zeitlicher Hinsicht abzugrenzen (Rz 214 ff. hiernach).
- In einem zweiten Schritt ist zu prüfen, ob der auf dem relevanten Markt trotz des Vorliegens einer Wettbewerbsabrede noch verbliebene aktuelle und potenzielle Aussen- sowie Innenwettbewerb die Vermutungsfolge zu widerlegen vermag (Rz 230 ff. hiernach).

a. Relevanter Markt

214. Bei der Abgrenzung des relevanten Marktes ist zu bestimmen, welche Waren oder Dienstleistungen für die Marktgegenseite in sachlicher, örtlicher und zeitlicher Hinsicht austauschbar sind.²¹⁶

215. Bei dieser Abgrenzung sind Sinn und Zweck der Marktabgrenzung zu berücksichtigen. Diese liegen weniger darin, eine allgemeingültige Marktdefinition für einen Wirtschaftsbereich zu schaffen, als vielmehr darin, die (ökonomischen) Wirkungen einer konkret untersuchten Wettbewerbsbeschränkung zu beurteilen.²¹⁷ Zudem ist die Bestimmung des relevanten Marktes für die Höhe der Sanktion von Bedeutung (vgl. Rz 258 ff. hiernach). Daraus folgt, dass die Marktabgrenzung davon abhängig ist, welche (mögliche) Wettbewerbsbeschränkung konkret untersucht wird. Dieser Umstand kann wiederum dazu führen, dass der Inhalt der Marktabgrenzung je nach untersuchter Verhaltensweise (Abreden, Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung, Unternehmenszusammenschluss) divergiert, obwohl er denselben Wirtschaftsbereich betrifft.²¹⁸

(i) Marktgegenseite

216. Für alle drei Aspekte der Marktabgrenzung kommt es auf die Sichtweise der Marktgegenseite an. „Marktgegenseite“ sind dabei die Abnehmer und Abnehmerinnen derjenigen Leistung, die Gegenstand der untersuchten (möglichen) Wettbewerbsbeschränkung ist.²¹⁹ Untersuchen die Wettbewerbsbehörden zum Beispiel das Verhalten eines marktbeherrschenden Unternehmens,

so kommt es für die Marktabgrenzung auf die Sicht der Abnehmer und Abnehmerinnen des durch das marktbeherrschende Unternehmen verkauften Produkts an.²²⁰ Werden hingegen die Wirkungen einer Wettbewerbsabrede untersucht, so sind diejenigen Personen als Marktgegenseite zu betrachten, welche die Güter oder Dienstleistungen beziehen, auf die sich die Abrede bezieht.

217. Bei der vorliegenden Gesamtabrede bildeten alle (privaten und öffentlichen) Bauherren, welche bis Herbst 2012 Hoch- und Tiefbauprojekte im Münstertal vergeben haben, Marktgegenseite der Abredeteilnehmer.

(ii) Sachlich relevanter Markt

218. 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 VKU²²¹, der hier analog anzuwenden ist).²²²

219. Die Definition des sachlich relevanten Marktes erfolgt demnach aus Sicht der Marktgegenseite und fokussiert somit auf den zu beurteilenden Einzelfall: Massgebend ist, ob aus deren Optik Waren oder Dienstleistungen miteinander im Wettbewerb stehen.²²³ Dies hängt davon ab, ob sie vom Nachfrager oder der Nachfragerin hinsichtlich ihrer Eigenschaften und des vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar erachtet werden, also in sachlicher, örtlicher und zeitlicher Hinsicht austauschbar sind.²²⁴ Entscheidend sind die funktionelle Austauschbarkeit (Bedarfsmarktkonzept) von Waren und Dienstleistungen aus Sicht der Marktgegenseite sowie weitere Methoden zur Bestimmung der Austauschbarkeit

²¹⁶ BGE 139 I 72, 92 E. 9.1 m.Hw. (= RPW 2013/1, 127 E. 9.1), *Publi-groupe SA et al./WEKO*.

²¹⁷ Exemplarisch OECD, Market Definition, DAF/COMP(2012)19, S. 11; RAINER TRAUGOTT, Zur Abgrenzung von Märkten, WuW 1998, 929–939, 929; TILL STEINVORTH, Probleme der geografischen Marktabgrenzung, WuW 10/2014, S. 924–937; vgl. auch ROGER ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, 2. Aufl. 2005, Rz 532; MANI REINERT/BENJAMIN BLOCH, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 4 Abs. 2 KG N 94; MARCEL MEINHARDT/ASTRID WASER/JUDITH BISCHOF, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 10 KG N 40.

²¹⁸ So auch das Urteil des BVGer B-7633/2009 vom 14.9.2015, E. 276, *ADSL II* unter Verweis auf ROGER ZÄCH, Die sanktionsbedrohten Verhaltensweisen nach Art. 49a Abs. 1 KG, insbesondere der neue Vermutungstatbestand für Vertikalabreden, in: Kartellgesetzrevision 2003, Neuerungen und Folgen, Stoffel/Zäch (Hrsg.), 2004, 164 f., sowie die EU-Praxis; vgl. auch STEINVORTH (Fn 217), 924 ff.

²¹⁹ Vgl. Urteil des BVGer B-7633/2009 vom 14.9.2015, E. 269, *ADSL II*; RETO HEIZMANN, Der Begriff des marktbeherrschenden Unternehmens im Sinne von Art. 4 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 7 KG, Zürich 2005, Rz 281.

²²⁰ Urteil des BVGer B-7633/2009 vom 14.9.2015, E. 269 ff., *ADSL II*.

²²¹ Verordnung vom 17.6.1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU; SR 251.4).

²²² BGE 139 I 72, 93 E. 9.2.3.1 (= RPW 2013/1, 127 E. 9.2.3.1), *Publi-groupe SA et al./WEKO*.

²²³ BGE 139 I 72, 93 E. 9.2.3.1 (= RPW 2013/1, 127 E. 9.2.3.1), *Publi-groupe SA et al./WEKO*; Urteil des BGer 2C.75/2014 vom 28.1.2015, E. 3.2, *Hors-Liste Medikamente/Pfizer*.

²²⁴ BGE 139 I 72, 93 E. 9.2.3.1 (= RPW 2013/1, 127 E. 9.2.3.1), *Publi-groupe SA et al./WEKO*; BGE 129 II 18 E. 7.3.1 (= RPW 2002/4, 743 E 7.3.1), *Buchpreisbindung*.

der Waren und Dienstleistungen aus Nachfragersicht.²²⁵ Auszugehen ist vom Gegenstand der konkreten Untersuchung.²²⁶

220. Die vorliegende Wettbewerbsabrede bestand darin, für sämtliche Hoch- und Tiefbauleistungen im Münstertal den designierten Zuschlagsempfänger oder die designierte Zuschlagsempfängerin sowie die jeweiligen Angebotspreise festzulegen (Rz 178 und Rz 183 hiervor). Sie ist als Gesamtabrede zu qualifizieren (Rz 207 hiervor). Vor diesem Hintergrund ist davon auszugehen, dass der relevante Markt in sachlicher Hinsicht jedenfalls alle Hoch- und Tiefbauleistungen umfasst, welche von den (öffentlichen und privaten) Bauherren im Münstertal bis Herbst 2012 nachgefragt worden sind. Denn diese Hoch- und Tiefbauleistungen sollten grundsätzlich zugeteilt und preislich reguliert werden und bezüglich dieser Nachfrage hätten die betreffenden Bauunternehmen dauerhaft in Konkurrenz gestanden, wenn sie nicht eine Abrede getroffen hätten.

221. Eine derartige sachliche Marktabgrenzung entspricht im Ergebnis der Marktabgrenzung, welche die WEKO für eine vergleichbare Gesamtabrede über die Zuteilung von Strassenbauprojekten im Kanton Tessin im Fall *Strassenbeläge Tessin* vorgenommen hat. Auch dort wurde in sachlicher Hinsicht ein relevanter Markt für Strassen- und Belagsbau angenommen.²²⁷ Vergleichbares gilt für den Fall *Tunnelreinigung*, bei dem es um eine Gesamtabrede über die Zuteilung von Tunnelreinigungsaufträgen ging („Markt für Tunnelreinigungen“).²²⁸ Schliesslich erliess die WEKO jüngst den Entscheid im Fall *See-Gaster*, dem eine Gesamtabrede über die Zuteilung von Strassen- und/oder Tiefbauaufträgen zugrunde lag. Dabei grenzte die WEKO einen sachlichen Markt für „Strassen- und Tiefbauleistungen“ ab. In all diesen Fällen grenzte die WEKO den sachlich relevanten Markt leistungsbezogen ab.

222. Beizufügen ist, dass die Bereiche Hoch- und Tiefbau wohl in zwei Märkte zu unterteilen wären, da sie unterschiedliche, nicht substituierbare Bauleistungen erfassen. Eine solche engere Marktabgrenzung ist im vorliegenden Fall jedoch aus folgenden Gründen nicht notwendig: Erstens waren vorliegend alle Abredeteilnehmer in beiden Baubereichen tätig, also sowohl im Hochbau als auch im Tiefbau. Zweitens verfügten die Abredeteilnehmer in den beiden Bereichen jeweils über vergleichbare Marktanteile (vgl. Rz 38 ff. hiervor). Drittens würde eine solche Abgrenzung in die Teilmärkte des Hoch- und Tiefbaus an der Beurteilung der in diesem Zusammenhang relevanten Rechtsfragen nichts ändern. So bliebe die Würdigung der Zulässigkeit der vorliegenden Wettbewerbsabrede und der Sanktionshöhe die gleiche, zumal die Abrede beide Bereiche erfasste und die Wettbewerbskräfte durch diese in beiden Bereichen gleichermassen beeinträchtigt wurden (zu letzterem im Einzelnen Rz 230 ff.). Aus diesen Gründen kann vorliegend offen bleiben, ob der Markt für die Erbringung von Hoch- und Tiefbauleistungen gegebenenfalls in verschiedene Märkte zu unterteilen und damit enger abzugrenzen ist.

(iii) Räumlich relevanter Markt

223. 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, der hier analog anzuwenden ist).²²⁹

224. Für im Münstertal tätige Bauunternehmen besteht ein gewisser Distanzschutz. Die zunehmende Distanz des Sitzes und/oder Werkhofs einer Unternehmung zum Ausführungsort führt zu steigenden Selbstkosten und sinkender Rentabilität eines Auftrags. Hinzu kommt die generelle Tendenz der Auftraggeber und Auftraggeberinnen, ihnen bekannte, demnach meist ortsansässige respektive ortskundige, und damit in der Regel regional tätige Unternehmen zu favorisieren.²³⁰

225. Darüber hinaus sind zur Beantwortung der Frage, wo die Nachfrager und Nachfragerinnen die von ihnen gewünschte Leistung nachfragen, auch die natürlichen und geografischen Gegebenheiten zu berücksichtigen. Denn diese führen – gerade in Verbindung mit einem gewissen Distanzschutz im Baugewerbe – dazu, dass Nachfrager und Nachfragerinnen von Hoch- und Tiefbauleistungen nur dort Leistungen anfragen, von wo aus sich ein Transport des Baumaterials, der Baumaschinen und des Personals mit Blick auf das zu zahlende Entgelt noch lohnt. Gerade Gebirge und Pässe können so natürliche Hindernisse darstellen, welche die Anbieter und Anbieterinnen jenseits dieser natürlichen Grenzen gegenüber solchen, welche innerhalb dieser natürlichen Grenzen ihren Sitz oder einen Werkhof haben, benachteiligen, da derartige natürliche Grenzen die Transport- und Koordinationskosten erheblich erhöhen können. Die isolierte Lage des Münstertals, insbesondere dessen geographische Abgrenzung zum Engadin durch den Ofenpass (vgl. Rz 30), spricht dafür, den in räumlicher Hinsicht relevanten Markt auf dieses Gebiet zu begrenzen.

226. Da die Marktabgrenzung ein Hilfsmittel zur Untersuchung der Auswirkungen einer Abrede sowie zur Ermöglichung der Abschöpfung der Kartellrente ist, ist bei der Definition des räumlich relevanten Markts auch der Abredeinhalt zu berücksichtigen. Die vorliegende Wettbewerbsabrede bezog sich auf Projekte im (schweizerischen Teil) des Münstertals. Sie betraf sowohl die öffentlichen als auch die privaten Bauherren des Münstertals, die somit die Marktgegenseite bilden. Die betreffenden Bauherren fragten Hoch- und Tiefbauleistungen fast ausschliesslich bei den im Münstertal tätigen Bauunternehmen nach. Dieses Verhalten der Marktgegenseite war nicht irrational, sondern liegt in den Transportkosten, den politischen Grenzen, der Sprache und den besonderen persönlichen Beziehungen im Münstertal begründet (vgl. Rz. 233 ff.). Dies legt nahe, den räumlichen Markt auf das Gebiet des Münstertals zu begrenzen.

²²⁵ BGE 139 I 72, 93 E. 9.2.3.1 (= RPW 2013/1, 127 E. 9.2.3.1), *Publigruppe SA et al./WEKO*.

²²⁶ BGE 139 I 72, 93 E. 9.2.3.1 (= RPW 2013/1, 127 E. 9.2.3.1), *Publigruppe SA et al./WEKO*.

²²⁷ RPW 2008/1, 97 Rz 102, *Strassenbeläge Tessin*; bestätigt in Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 368 E. 9.1.1, *Strassenbeläge Tessin*.

²²⁸ RPW 2015/2, 226 Rz 201 ff., *Tunnelreinigung*.

²²⁹ BGE 139 I 72, 92 E. 9.2.1 m.Hw. (= RPW 2013/1, 127 E. 9.2.1), *Publigruppe SA et al./WEKO*.

²³⁰ RPW 2012/2, 392 Rz 988, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau*; RPW 2013/4, 594 Rz 835, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich*.

227. Schliesslich bildet das Münstertal auch in der Wahrnehmung von dort tätigen Bauunternehmen einen eigenen Markt. So gaben etwa A. und B., beide Foffa Conrad AG, zu Protokoll, dass das Münstertal ein eigener Markt sei.²³¹

228. Aus diesen Gründen ist vorliegend von einem räumlich relevanten Markt auszugehen, der das Gebiet des Münstertals umfasst.

(iv) Zeitlich relevanter Markt

229. Während der zeitlich relevante Markt bei Einzelsubmissionsabreden durch den Zeitpunkt der Ausschreibung bzw. Anfrage nach einer Offerte sowie durch die Vergabeentscheidung bzw. die Durchführung der Bauarbeiten begrenzt ist, gilt dies nicht für den für die Gesamtabrede zeitlich relevanten Markt. Die vorliegende Gesamtabrede bestand und wirkte andauernd und stetig mindestens seit dem Jahr 2004 bis Herbst 2012 (vgl. Rz 207 ff. hiervor).

b. Aussenwettbewerb

230. Nachfolgend ist zu prüfen, inwieweit die an der Wettbewerbsabrede beteiligten Unternehmen in ihrem Verhalten durch aktuellen oder potenziellen Wettbewerb diszipliniert wurden, d.h., ob sie überhaupt über die Möglichkeit verfügten, die Preise zu erhöhen oder die Mengen zu reduzieren oder die Qualität zu senken oder die Innovation zu verzögern; kurz: ob sie volkswirtschaftliche oder soziale Schäden verursachen konnten.

(i) Tatsächlicher Aussenwettbewerb auf dem relevanten Markt

231. Hinreichender Aussenwettbewerb liegt dann vor, wenn Drittunternehmen, die sich nicht an der Abrede beteiligten, die Wettbewerbskräfte auf dem relevanten Markt (dazu Rz 214 ff. hiervor) soweit zu beeinflussen vermögen, dass wirksamer Wettbewerb fortbesteht. Hierzu ist die Intensität des tatsächlichen Aussenwettbewerbs anhand der konkreten Marktstrukturen zu beurteilen. Entscheidend ist dabei das Gewicht von Drittunternehmen auf dem relevanten Markt im Verhältnis zu den Abredeteilnehmern.

232. Vorliegend ist erstellt (vgl. Rz 38 ff. und Rz 51), dass im Untersuchungszeitraum kein einziges nicht an der Gesamtabrede beteiligtes Unternehmen auf namhafte Weise im Münstertal in den Bereichen Hoch- und Tiefbau tätig war. Tatsächlicher Aussenwettbewerb, der die Wettbewerbskräfte auf dem relevanten Markt hätte aufrechterhalten können, lag somit nicht vor.

(ii) Potenzieller Wettbewerb

233. Da vorliegend im relevanten Zeitraum kein tatsächlicher Aussenwettbewerb bestand, ist zu prüfen, ob die Abredeteilnehmer mit potenzieller Konkurrenz konfrontiert waren. Konkret stellt sich dabei die Frage, ob potenzielle Konkurrenten in den relevanten Markt hätten eindringen können, d.h. Hoch- und Tiefbauleistungen im Münstertal hätten anbieten können. Falls dies zutrifft, ist zu beurteilen, ob dieser potenzielle Wettbewerb ausreichend war, um – trotz der Wettbewerbsabrede – die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs umzustossen. Im Vordergrund steht die Würdigung von Markteintrittsschranken. Bei Märkten, die sich durch

hohe Eintrittshürden auszeichnen, ist der potenzielle Wettbewerb typischerweise gering oder gar inexistent. Solche Eintrittshürden können insbesondere in rechtlichen Schranken, nicht zu amortisierenden Investitionen, hohen Transportkosten oder Überkapazitäten auf dem betreffenden Markt bestehen.²³²

234. In Bezug auf die zu beurteilenden Branchen des Hoch- und Tiefbaus ist im Allgemeinen anerkannt, dass sie durch hohe Transportkosten geprägt sind.²³³ Vorliegend ist aufgrund der Analyse der Offertöffnungsprotokolle der öffentlichen Hand erstellt (vgl. Rz 41 ff. hiervor), dass im gesamten Untersuchungszeitraum kein einziges im Engadin domiziliertes Unternehmen Offerten im Münstertal einreichte.²³⁴ Die Verfahrensparteien bestätigten dies im Wesentlichen in ihren Aussagen.²³⁵ Dieser Umstand deutet darauf hin, dass das Münstertal, das geografisch durch den Ofenpass vom Engadin getrennt ist, für im Engadin domizilierte Unternehmen zu entfernt ist bzw. die Transportkosten zu hoch sind, um dort die Ausführung von Hoch- und Tiefbauleistungen anzustreben. Einem Konkurrenzdruck, der von im Engadin domizilierten Unternehmen ausging, waren die Abredeteilnehmer somit nicht ausgesetzt.

235. Weiter ist zu prüfen, ob die Abredeteilnehmer mit potenzieller Konkurrenz durch ausländische Unternehmen, namentlich des angrenzenden Südtirols, konfrontiert waren. Diesbezüglich ist jedoch nicht nur den hohen Transportkosten Rechnung zu tragen, die ein Eindringen in den Münstertaler Markt nach sich gezogen hätte, sondern auch sprachlichen Hürden. Darüber hinaus war es für die öffentlichen Vergabestellen politisch nicht opportun, Aufträge an Südtiroler Unternehmen zu vergeben. Gerade auf kommunaler Ebene, die durch eine besondere Nähe zwischen Bürger und Behörden geprägt ist, hätten sich die politischen Vertreter der Gefahr ausgesetzt, abgewählt oder nicht wiedergewählt zu werden. Dies bestätigten im Übrigen auch die Verfahrensparteien.²³⁶ Vor diesem Hintergrund hätten Südtiroler Unternehmen überhaupt nur bei offenen und selektiven Submissionsverfahren teilnehmen können, wobei die im Münstertal ausgeschriebenen Bauprojekte kaum je die entsprechenden WTO-Schwellenwerte erreichten. Vielmehr wurden im Münstertal mehrheitlich kleine Bauprojekte ausgeschrieben.²³⁷ Solche Aufträge waren aufgrund ihres geringen Auftragswerts für ausländische Unternehmen nicht interessant. Bei privaten Ausschreibungen wurden Südtiroler Unternehmen typischerweise nicht berücksichtigt.²³⁸ Sodann ist zu erwähnen, dass die im Münstertal anwendbaren Bauvorschriften und technischen Normen von denjenigen im Südtirol abweichen.

²³¹ Act. IX.C.005, Seite 2 unten und Act. IX.C.052, Zeile 65.

²³² CR Concurrence-MARC AMSTUTZ/BLAISE CARON/MANI REINERT, Art. 5 LCart N 509 m.w.H.

²³³ RPW 2008/1, 85 Rz 206, *Strassenbeläge Tessin*; Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 368 E. 9.2.1, *Strassenbeläge Tessin*.

²³⁴ Vgl. Act. I.67 (22-0467) und Rz 51.

²³⁵ Act. IX.C.052, Zeilen 301–310.

²³⁶ Act. IX.C.005, Seite 5; vgl. auch Act. IX.C.052, Zeile 70 f.

²³⁷ Act. IX.C.052, Zeilen 276–280.

²³⁸ Act. IX.C.052, Zeile 280 f.

Dies bildete – zumindest bis zu einem gewissen Grad – ein weiteres Markteintrittshindernis für italienische Unternehmen. Aus diesen Gründen ging von den im angrenzenden Südtirol domizilierten Unternehmen kein Konkurrenzdruck aus, der die Abredeteilnehmer in ihrem Verhalten im Wettbewerb hätte disziplinieren können.

236. Zu würdigen ist bei der Beurteilung des potenziellen Wettbewerbs schliesslich die Struktur des relevanten Markts. Vorliegend trat im gesamten Untersuchungszeitraum kein einziges Unternehmen neu in den relevanten Markt ein. Hingegen schieden mit der Terza Bau AG (freiwillige Geschäftsaufgabe) und der Einzelfirma Arthur Pinggera (Konkurs) mehrere Unternehmen aus. Dies deutet auf Überkapazitäten hin, d.h. dass die Anzahl der tätigen Unternehmen im Verhältnis zur Nachfrage zu hoch war. Solche Überkapazitäten wirken ebenfalls als Markteintrittsschranke.²³⁹

237. Nach dem Gesagten waren die Abredeteilnehmer nicht mit potenzieller Konkurrenz konfrontiert, weder aus dem Engadin noch aus dem Südtirol.

c. Innenwettbewerb

238. Zu prüfen bleibt, ob die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs durch die Gesamtabrede aufgrund des trotz Abrede verbliebenen Wettbewerbs zwischen den Abredeteilnehmern widerlegt werden kann. Solcher Wettbewerb kann in zweierlei Hinsicht bestehen: Entweder weil sich die Abredeteilnehmer nicht an die Abrede halten (Innenwettbewerb) oder weil trotz Abrede weiterhin ausreichend Wettbewerb zwischen ihnen hinsichtlich nicht abgesprochener, im konkreten Markt aber mitentscheidender Wettbewerbsparameter²⁴⁰ besteht (Rest- oder Teilwettbewerb).

239. Bei der Beurteilung des Innenwettbewerbs ist zunächst der Abdeckungsgrad der vorliegenden Gesamtabrede auf dem relevanten Markt zu berücksichtigen. Wirksamer Innenwettbewerb kann fortbestehen, wenn die Wettbewerbsabrede den relevanten Markt nicht ausreichend erfasst, um den Wettbewerb zu beseitigen. Dabei ist allerdings zu erwähnen, dass das Bundesverwaltungsgericht etwa in der Untersuchung *Strassenbeläge Tessin* ausreichenden Innenwettbewerb bei einer Marktabdeckung der Abrede von lediglich 60 % verneint hat.²⁴¹

240. Mit der vorliegenden Gesamtabrede bezweckten die Beteiligten, sämtliche Hoch- und Tiefbauprojekte im Münstertal dem Wettbewerb zu entziehen (vgl. Rz 180 und Rz 184 hiavor). Beweismässig ist erstellt, dass die Gesamtabrede tatsächlich gelebt worden ist und bei einer deutlichen Mehrheit der Fälle zu projektspezifischen Geschäftspartner- und Preisabreden geführt hat. So waren im Zeitraum von 2007 bis 2012 59 % des Volumens im Markt für Hoch- und Tiefbauleistungen im Münstertal direkt durch Einzelsubmissionsabreden dem Wettbewerb entzogen (Rz 167 hiavor).

241. Allerdings waren die tatsächlichen Auswirkungen auf den Wettbewerb vorliegend viel gravierender, als es der Marktabdeckungsgrad von 59 % suggerieren würde. Dabei sind folgende Punkte zu beachten:

- Bei öffentlichen Ausschreibungen ist der Wettbewerb unter den Anbietern regelmässig besonders

ausgeprägt, zumal der Kreis der Wettbewerber offen ist. In diesem für den wirksamen Wettbewerb wichtigen Bereich war die vorliegende Gesamtabrede von besonders hoher Durchschlagskraft. So waren bei den öffentlichen Ausschreibungen gemessen am Volumen 85 % unmittelbar von der Gesamtabrede betroffen (vgl. Rz 168 hiavor).

- Bei privaten Ausschreibungen war dieser Anteil zwar geringer. Bei privaten Vergaben beschränkt sich der Kreis der Wettbewerber jedoch auf die eingeladenen bzw. angefragten Unternehmen. Dies führt im Verhältnis zu öffentlichen Ausschreibungen typischerweise zu einer geringeren Wettbewerbsintensität. Im Münstertal wird dieser Umstand durch die lokalen Begebenheiten verstärkt. Das Münstertal ist ein relativ bevölkerungsarmes und isoliertes Tal (dazu Rz 30 ff.). In solchen Strukturen bilden bei privaten Auftragsvergaben

die persönlichen Beziehungen einen wesentlichen Faktor. Ein Teil der privaten Bauprojekte wird gar nicht erst dem (breiten) Wettbewerb zugänglich gemacht, sondern direkt vergeben. Somit war bei privaten Ausschreibungen der Raum, in dem sich die Wettbewerbskräfte überhaupt hätten entfalten können, kleiner als bei öffentlichen Ausschreibungen. Um wirksamen Wettbewerb zu verunmöglichen, genügte diesbezüglich bereits ein geringerer Umsetzungsgrad der Gesamtabrede.

- Weiter ist zu beachten, dass die Gesamtabrede auch auf die nicht abgesprochenen Bauprojekte ausstrahlte. Legen nämlich die Anbieter und Anbieterinnen bei einer oder mehreren Submissionen gemeinsam den Zuschlagsempfänger oder die Zuschlagsempfängerin fest, führt dies in der Regel zu einer Änderung des Bieterverhaltens in anderen Submissionen. Das Bauunternehmen, dem bestimmte Aufträge zugewiesen wurden, konnte damit rechnen, diese Aufträge auch tatsächlich zu erhalten. Um weitere Aufträge musste es nicht mehr mit der gleichen Aggressivität kämpfen, wie es dies ohne Abrede getan hätte. Insofern verringern abgesprochene Submissionen auch bei nachfolgenden, nicht abgesprochenen Submissionen den Wettbewerb.²⁴² Die vorliegende Gesamtabrede wurde bei einer deutlichen Mehrheit der Fälle durch projektspezifische Geschäftspartner- und Preisabreden umgesetzt. Die hiavor beschriebene Ausstrahlung auf nicht abgesprochene Bauprojekte ist bei einem solch hohen Marktabdeckungsgrad wie im vorliegenden Fall besonders ausgeprägt. Sie verhinderte, dass bei den nicht abgesprochenen Projekten wirksamer Wettbewerb entstehen konnte.

²³⁹ RPW 2008/1, 85 Rz 206, *Strassenbeläge Tessin*; Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 368 E. 9.2.1, *Strassenbeläge Tessin*.

²⁴⁰ BGE 129 II 18, E. 8.3.4 (= RPW 2002/4, 747, E 8.3.4), *Buchpreisbindung*.

²⁴¹ Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 368 E. 9.2.2.3, *Strassenbeläge Tessin*.

²⁴² RPW 2015/2, 2333 f. Rz 251, *Tunnelreinigung*.

242. Vor diesem Hintergrund lag zwischen den Abrede-beteiligten nicht ausreichender Innenwettbewerb vor, um die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs zu widerlegen.

243. Zwar kann es wirksamen Innenwettbewerb begünstigen, wenn eine Abrede nur teilweise umgesetzt wird. Dass vorliegend höchstens schwacher Innenwettbewerb bestand, der keinen wirksamen Wettbewerb zu gewährleisten vermochte, wird jedoch durch die Analyse der Marktstrukturen gestützt. An der Gesamtabrede waren sämtliche in den Bereichen Hoch- und Tiefbau im Münstertal tätige Unternehmen beteiligt (vgl. Rz 78 ff.). Zudem pflegten die hauptsächlichen Akteure der Gesamtabrede enge Beziehungen. Unter anderem verband sie die gemeinsame Schulzeit im Münstertal.²⁴³ Dies trug wesentlich zur Stabilität und zum Funktionieren der langjährigen Gesamtabrede bei. Darüber hinaus ist auch der besonderen Struktur der Münstertaler Hoch- und Tiefbaubranche Rechnung zu tragen. Diese zeichnet sich erstens durch eine geringe Anzahl Marktteilnehmer aus. In den Jahren 2010 bis 2012 waren lediglich drei Unternehmen auf dem relevanten Markt tätig. Zweitens erzielte ein einziges Unternehmen, nämlich die Foffa Conrad AG, auf diesem Markt rund [...] des Umsatzes aller Unternehmen (vgl. dazu Rz 38 ff.). Dass die Errichtung und Stabilität eines Kartells durch eine geringe Anzahl Marktteilnehmer begünstigt wird, zeigen verschiedene Studien.²⁴⁴ Vorliegend trug auch dieser Aspekt wesentlich zur Umsetzung und Einhaltung der Gesamtabrede bei. Bleibt zu erwähnen, dass im Münstertal das einzige Betonwerk, das zertifizierten Beton herstellt, der Foffa Conrad-Gruppe als umsatzstärkstem Unternehmen angehört. Dadurch erhält die Foffa Conrad AG einen bedeutenden Wettbewerbsvorteil gegenüber Konkurrenzunternehmen.²⁴⁵ Aus all diesen Gründen ist die Gesamtabrede als hinreichend umgesetzt zu werten, um eine Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs anzunehmen.

244. Gemäss der Rechtsprechung des Bundesgerichts kann ein wirksamer Teil- oder Restwettbewerb unter Umständen jedoch selbst dann fortbestehen, wenn der Wettbewerb hinsichtlich eines bestimmten Wettbewerbsparameters durch die Abrede beseitigt wird.²⁴⁶ Die vorliegende Gesamtabrede zielte darauf, sämtliche möglichen Aspekte des Wettbewerbs auszuschliessen, zumal sie beinhaltete, jeweils den designierten Zuschlagsempfänger bzw. die designierte Zuschlagsempfängerin zu bestimmen (vgl. dazu Rz 100 ff. und Rz 169 f.). Insofern bestanden keine Wettbewerbsparameter, die nicht von der Abrede hätten erfasst werden sollen.

245. Selbst wenn nicht betroffene Wettbewerbsparameter vorhanden gewesen wären, wäre das Spektrum der verbleibenden Wettbewerbskräfte nicht ausreichend gewesen, um die Beseitigungsvermutung umzustossen. Wie dargelegt worden ist (vgl. Rz 100), setzte die Zuteilung von Hoch- und Tiefbauprojekten voraus, dass sich die Abredeteilnehmer über die betreffenden Angebotspreise einigten. Daraus folgt, dass die preisliche Wettbewerbsdimension durch die Gesamtabrede – soweit die Beteiligten diese tatsächlich umsetzten – aufgehoben wurde. Dass der Preis den zentralen Wettbewerbsfaktor bildete, offenbart vorliegend der Blick auf die Vergabepraxis im Münstertal. Von 19 Hoch- und Tiefbauprojekten, welche die Gemeinde Val Müstair im Zeitraum von

2009 bis 2013 ausschrieb, vergab sie lediglich zwei Projekte an das preislich an zweiter Stelle platzierte Unternehmen. Dies entspricht einem Anteil von 11 %. Bei der grossen Mehrheit der Projekte (89 %) erhielt das Unternehmen mit dem tiefsten Angebot den Zuschlag.²⁴⁷ Auch der Kanton Graubünden wies darauf hin, dass er den Zuschlag in der Regel dem Unternehmen mit dem tiefsten Angebot erteilte.²⁴⁸

246. Im Übrigen hielt die WEKO bereits in mehreren Entscheiden fest, dass bei Submissionskartellen typischerweise keine weiteren – nicht von der Abrede erfassten – Wettbewerbsparameter bestehen, die einen wirksamen Rest- oder Teilwettbewerb ermöglichen.²⁴⁹ Diese Auffassung bestätigte das Bundesverwaltungsgericht im Fall *Strassenbeläge Tessin*. Nicht preisliche Wettbewerbsparameter wie Ausführungsfristen, die Qualität der Leistungen oder die Betriebskosten seien unwesentlich, da diese Kriterien im Wesentlichen bereits vorgängig durch den Bauherrn in den Ausschreibungsunterlagen vorgegeben werde. Massgebend sei vielmehr der Angebotspreis.²⁵⁰

d. Zwischenfazit zur Widerlegung der gesetzlichen Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung

247. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass für die vorliegende Gesamtabrede der Markt für die Erbringung von Hoch- und Tiefbauleistungen im Münstertal bis Herbst 2012 relevant war (dazu Rz 214 ff.). Was das ungefähre Marktvolumen angeht, sei auf Rz 49 ff. verwiesen.

248. Weiter steht fest, dass vorliegend kein hinreichender tatsächlicher oder potenzieller Aussenwettbewerb vorlag, der die Abredeteilnehmer in ihrem Verhalten im Wettbewerb hätte disziplinieren können. Für die von der Gesamtabrede betroffenen Kreise, d.h. die Nachfrager und Nachfragerinnen von Hoch- und Tiefbauleistungen im Münstertal, bestand damit keine Möglichkeit, sich der mit dem Kartell einhergehenden Aushebelung der Wettbewerbskräfte zu entziehen (dazu Rz 230 ff.).

249. Ebenso wenig spielten vorliegend auf dem relevanten Markt Wettbewerbskräfte, die auf einen wirksamen Rest- oder Teilwettbewerb schliessen lassen würden (dazu Rz 238 ff.).

250. Wirksamer Aussen- oder Innenwettbewerb lag somit nicht vor. Die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs kann nicht widerlegt werden. Daher erübrigt sich zu prüfen, ob die Wettbewerbsabrede durch

²⁴³ Act. IX.C.052, Zeilen 46–47.

²⁴⁴ JEAN TIROLE, *The Theory of Industrial Organisation*, MIT Press, 1988; JOE S. BAIN, *Barriers to New Competition*, Harvard University Press, 1956; OECD, *Roundtable on ex Officio Cartel Investigations and The use of Screens to Detect Cartels*, 2013, 19 Rz. 29.

²⁴⁵ Act IV.025, Zeilen 327–340.

²⁴⁶ BGE 129 II 18, E. 8.1 und E. 8.3.2 (= RPW 2002/4, 747, E 8.3.4).

²⁴⁷ Act VI.036, Seite 27 f.

²⁴⁸ Act VI.002.

²⁴⁹ RPW 2009/3, 196 Rz. 96, *Elektroinstallationsbetriebe Bern*; RPW 2012/2, 270 Rz. 1030 ff., *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau*.

²⁵⁰ Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 368 E. 9.2.2, *Strassenbeläge Tessin*.

Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gemäss Art. 5 Abs. 2 KG gerechtfertigt ist. Die vorliegende Gesamtabrede stellt eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung dar.

C.3.3 Zwischenfazit

251. Zusammenfassend ist Folgendes festzuhalten:

- Der vorliegende Konsens zwischen im Münstertal tätigen Bauunternehmen, für sämtliche Hoch- und Tiefbauleistungen im Münstertal den designierten Zuschlagsempfänger oder die designierte Zuschlagsempfängerin sowie die jeweiligen Angebotspreise festzulegen, ist als Vereinbarung im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG zu qualifizieren. Der Gegenstand dieser Abrede ist in objektiver Hinsicht geeignet, eine Wettbewerbsbeschränkung zu bewirken. Damit liegt eine Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG vor. Zudem bezweckten die Abredeteilnehmer vorliegend tatsächlich, untereinander den Wettbewerb über den Zuschlag und den Preis von Hoch- und Tiefbauleistungen auszuschliessen.
- Die vorliegende Wettbewerbsabrede ist als horizontale Geschäftspartner- und Preisabrede zu werten. Damit erfüllt sie die Tatbestandsmerkmale von Art. 5 Abs. 3 Bst. a und Bst. c KG. Zeitlich hatte sie von (spätestens) 2004 bis Herbst 2012 Bestand. Sie weist daher die Merkmale eines Dauerverstosses auf. Weiter entsprach es dem Willen der Abredeteilnehmer, generell die im Münstertal zu realisierenden Hoch- und Tiefbauprojekte aufzuteilen und die entsprechenden Angebotspreise zu koordinieren. Die Vereinbarung ist daher als *Gesamtabrede* zu qualifizieren.
- Da die Gesamtabrede als Geschäfts- und Preisabrede zu qualifizieren ist, greift gemäss Art. 5 Abs. 3 KG die Vermutung, dass der wirksame Wettbewerb beseitigt ist. Diese Vermutung lässt sich vorliegend nicht widerlegen. Tatsächlicher Aussenwettbewerb bestand auf dem relevanten Markt des Hoch- und Tiefbaus im Münstertal nicht. Auch waren die Abredeteilnehmer nicht mit potenzieller Konkurrenz konfrontiert, weder aus dem Engadin noch aus dem Südtirol. Ebenso wenig vermochte ein hinreichender Innenwettbewerb oder Rest- bzw. Teilwettbewerb wirksamen Wettbewerb auf dem relevanten Markt zu gewährleisten. Wird der wirksame Wettbewerb durch eine Wettbewerbsabrede beseitigt, kann diese nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gemäss Art. 5 Abs. 2 KG gerechtfertigt werden. Die vorliegende Gesamtabrede stellt eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Art. 5 Abs. 3 i.V.m. Abs. 1 KG dar.

C.4 Massnahmen

252. Nach Art. 30 Abs. 1 KG entscheidet die WEKO über die zu treffenden Massnahmen oder die Genehmigung einer einvernehmlichen Regelung. Massnahmen in diesem Sinn bilden sowohl Anordnungen zur Beseitigung von unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen (vgl. Rz 253 ff.) als auch monetäre Sanktionen (vgl. Rz 258 ff.).

C.4.1 Anordnung von Massnahmen

253. Liegt eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung vor, so kann die WEKO Massnahmen zu deren Beseitigung anordnen, indem sie den betroffenen Parteien die sanktionsbewehrte Pflicht zu einem bestimmten Tun (Gebot) oder Unterlassen (Verbot) auferlegt. Solche Gestaltungsverfügungen haben stets dem Verhältnismässigkeitsprinzip zu entsprechen, weshalb die Massnahmen von der Art und Intensität des konkreten Wettbewerbsverstosses abhängig sind.²⁵¹

254. Aus den Erwägungen ergibt sich, dass sich die Verfahrensparteien an einer unzulässigen Gesamtabrede im Bereich Hoch- und Tiefbauleistungen im Münstertal von 2004 bis Herbst 2012 beteiligt haben (Rz 192 ff.). Sie sind zu einem Verhalten zu verpflichten, bei welchem vergleichbare Wettbewerbsbeschränkungen verhindert werden und nicht mehr drohen. Zu beachten ist jedoch, dass über die Hohenegger SA mit Wirkung per 4. Mai 2017 der Konkurs eröffnet worden ist. Durch die Konkurseröffnung wurde die Hohenegger SA aufgelöst. Der Konkurs wird im summarischen Verfahren durchgeführt. Dass das von ihr getragene Unternehmen weitergeführt wird, ist nicht wahrscheinlich. Damit erübrigt sich die Anordnung von Verhaltenspflichten gegenüber der Hohenegger SA.

255. Als Adressatinnen von Verhaltenspflichten verbleiben somit die Foffa Conrad AG und die Scandella Bau AG. Konkret ist ihnen zu untersagen:

- Konkurrenten und Konkurrentinnen im Zusammenhang mit der Erbringung von Hoch- und Tiefbauleistungen um Schutz, Stützofferten oder den Verzicht einer Offerteingabe anzufragen oder derartiges anzubieten;
- sich in Zusammenhang mit der Erbringung von Hoch- und Tiefbauleistungen mit Konkurrenten und Konkurrentinnen vor Ablauf der Offerteingabefrist – oder, sofern nicht vorhanden, vor rechtskräftiger Auftragserteilung – über Offertpreise, Preiselemente sowie die Zu- und Aufteilung von Kunden und Kundinnen und Gebieten auszutauschen. Davon ausgenommen ist der Austausch unabdingbarer Informationen im Zusammenhang mit:
 - o der Bildung und Durchführung von Arbeitsgemeinschaften (ARGE); sowie
 - o der Mitwirkung an der Auftragserfüllung als Subunternehmer.

256. Diese Anordnungen umschreiben die Verpflichtungen der Verfahrensparteien, um sich künftig kartellrechtskonform zu verhalten, hinreichend bestimmt, vollständig und klar. Zudem stehen sie in unmittelbarem Zusammenhang zu den von ihnen begangenen unzulässigen Verhaltensweisen und verhindern, dass es erneut

²⁵¹ RPW 2015/2, 235 Rz 267, *Tunnelreinigung*; zum Ganzen sodann auch RPW 2013/4, 643 ff. Rz 1028 ff., *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich*.

zu derartigen Verhaltensweisen kommt. Sie sind verhältnismässig, zumal sie zur Erreichung des Ziels, die Wiederholung der festgestellten Wettbewerbsbeschränkungen zu verhindern, geeignet sowie erforderlich und zumutbar sind.

257. Verstösse bzw. Widerhandlungen gegen diese Anordnungen können nach Massgabe von Art. 50 bzw. 54 KG mit einer Verwaltungs- bzw. Strafsanktion belegt werden. Diese Sanktionierbarkeit ergibt sich ohne Weiteres aus dem Gesetz selber, weshalb auf eine entsprechende – lediglich deklaratorische und nicht konstitutive – Sanktionsdrohung im Dispositiv verzichtet werden kann.²⁵²

C.4.2 Sanktionierung

C.4.2.1 Allgemeines

258. 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.²⁵³ Direktsanktionen können nur zusammen mit einer Endverfügung, welche die Unzulässigkeit der fraglichen Wettbewerbsbeschränkung feststellt, verhängt werden.²⁵⁴

259. 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.²⁵⁵

C.4.2.2 Voraussetzungen

a. Tatbestand von Art. 49a Abs. 1 KG

260. Sämtliche Parteien erfüllten zum Tatzeitpunkt den Unternehmensbegriff nach Art. 2 Abs. 1 und 1^{bis} KG (vgl. Rz 187). Zudem liegt mit dem Verstoss gegen Art. 5 Abs. 3 KG eine unzulässige Verhaltensweise im Sinne von Art. 49a Abs. 1 KG vor. Allerdings wurde über die Hohenegger SA mit Wirkung per 4. Mai 2017 der Konkurs eröffnet. Durch die Konkurseröffnung wurde die Gesellschaft aufgelöst. Der Konkurs wird im summarischen Verfahren durchgeführt. Dass das von der Hohenegger SA getragene Unternehmen weitergeführt wird, ist nicht wahrscheinlich. Zudem ist nicht ersichtlich, dass der Konkurs vorliegend im Zusammenhang mit dem kartellrechtlichen Verfahren steht oder herbeigeführt worden ist, um einer Sanktionierung zu entgehen. Aus diesen Gründen wird vorliegend davon abgesehen, die Hohenegger SA zu sanktionieren. Das Verfahren gegen die Hohenegger SA ist daher einzustellen.

b. Sanktionssubjekte

261. Die vorliegende Verfügung richtet sich an die Verfahrensparteien Foffa Conrad AG, Scandella Bau AG und Hohenegger SA. Infolge des Konkurses wird vorliegend auf die Sanktionierung der Hohenegger SA verzichtet (vgl. Rz 260). Als Sanktionssubjekte kommen

daher einzig die Foffa Conrad AG und die Scandella Bau AG in Frage. Zu prüfen ist, ob diese Verfügungsadressaten für die zu beurteilende unzulässige Wettbewerbsabrede sanktioniert werden können, also als Sanktionssubjekte herangezogen werden können.²⁵⁶ Bei der Foffa Conrad AG und der Scandella Bau AG handelt es sich um Aktiengesellschaften, also um juristische Personen. Damit eine juristische Person wegen einer unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung sanktioniert werden kann, muss der fragliche Kartellrechtsverstoss vom von ihr getragenen Unternehmen begangen worden sein.

262. Vorliegend hat sich die Foffa Conrad AG oder – besser ausgedrückt – das von ihr getragene Unternehmen an der Gesamtabrede beteiligt. Die unzulässige Wettbewerbsbeschränkung ist ihr daher zuzurechnen. Folglich handelt es sich bei der Foffa Conrad AG um ein Rechtssubjekt, das hinsichtlich der Sanktion für die unzulässige Wettbewerbsbeschränkung ins Recht zu fassen ist.

263. Die Scandella Bau AG wurde erst im März 2013 gegründet, also zu einem Zeitpunkt, in welchem das unzulässige Verhalten bereits eingestellt war. Wie erwiesen ist (Rz 179 und Rz 183), war jedoch die frühere Einzelfirma Pio Scandella, Maurergeschäft an der Gesamtabrede beteiligt. Die Scandella Bau AG führte nach ihrer Gründung das zuvor unter der Einzelfirma Pio Scandella, Maurergeschäft betriebene Bauunternehmen – wirtschaftlich betrachtet – weiter. Dabei ist zu beachten, dass mit der gewählten Firmenbezeichnung der Scandella Bau AG der Bezug zur früheren Einzelfirma Pio Scandella, Maurergeschäft hergestellt werden sollte. Zudem übernahm die Scandella Bau AG – mit einer Ausnahme – das gesamte Personal, das Inventar, Bauaufträge sowie Garantieverpflichtungen der früheren Einzelfirma Pio Scandella, Maurergeschäft (zum Ganzen Rz 90). Im Lichte dieser wirtschaftlichen Kontinuität ist die Scandella Bau AG Trägerin eines Unternehmens geworden, das den vorliegenden Kartellrechtsverstoss begangen hat. Das Verhalten der früheren Einzelfirma Pio Scandella, Maurergeschäft ist der Scandella Bau AG zuzurechnen. Vor diesem Hintergrund handelt es sich auch bei der Scandella Bau AG um ein Rechtssubjekt, das für die unzulässige Wettbewerbsbeschränkung sanktioniert werden kann.

²⁵² Vgl. Entscheid der REKO/WEF vom 9.6.2005, RPW 2005/3, 530 E. 6.2.6, *Telekurs Multipay*; Urteil des BVGer vom 3.10.2007, RPW 2007/4, 653 E. 4.2.2, *Flughafen Zürich AG, Unique*.

²⁵³ Botschaft vom 7.11.2001 über die Änderung des Kartellgesetzes, BBl 2002 2022, insb. 2023, 2033 ff. und 2041; STEFAN BILGER, Das Verwaltungsverfahren zur Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen, 2002, 92.

²⁵⁴ BBl 2002 2022, 2034.

²⁵⁵ BGE 139 I 72, 78 ff. E. 2.2.2 (= RPW 2013/1, 118 E. 2.2.2), *Publigroupe SA et al./WEKO*; Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 798 ff. E. 14, *Gaba/WEKO*; Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 835 ff. E. 12, *Gebro/WEKO*.

²⁵⁶ Insofern ist zwischen Verfügungsadressaten und Sanktionssubjekten zu unterscheiden; vgl. Urteil des BVGer B-581/2012 vom 16.9.2016, E. 4.1.3.

c. Vorwerfbarkeit

264. Das Verschulden im Sinne von Vorwerfbarkeit stellt gemäss Rechtsprechung das subjektive Tatbestandsmerkmal von Art. 49a Abs. 1 KG dar.²⁵⁷ 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.

265. 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.²⁵⁸ 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.²⁵⁹

266. Die natürlichen Personen, welche vorliegend für die Unternehmen handelten und die kartellrechtswidrige Submissionsabsprache trafen, taten dies wissentlich und nahmen deren wettbewerbsbeseitigende Wirkung zumindest in Kauf, handelten diesbezüglich also zumindest eventualvorsätzlich. Sodann ist festzuhalten, dass die handelnden natürlichen Personen für die jeweiligen Unternehmen entweder zeichnungsberechtigt waren oder jeweils mindestens dem mittleren oder oberen Kader bzw. der Geschäftsleitung angehörten. Ihr (Eventual-)Vorsatz bezüglich der von ihnen vorgenommenen Handlungen ist daher ohne Weiteres den betroffenen Unternehmen zuzurechnen.

267. Anderweitige Gründe, welche dagegen sprechen würden, dass den Unternehmen die fraglichen wettbewerbswidrigen Verhaltensweisen vorgeworfen werden können, sind nicht ersichtlich und werden von den Parteien auch nicht vorgebracht. So dürfen das Kartellgesetz resp. dessen grundlegende Normen für Unternehmen (als dessen Adressaten) als bekannt vorausgesetzt werden.²⁶⁰ Die Unternehmen müssen alles Zumutbare vorkehren, um sicherzustellen, dass die Vorgaben des Kartellgesetzes eingehalten werden. Dass die Parteien vorliegend angemessene und wirksame organisatorische Massnahmen zur Verhinderung von Submissionsabreden getroffen hätten, ist nicht ersichtlich.

d. Sanktionierbarkeit in zeitlicher Hinsicht (Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG)

268. Die Sanktionierung ist gemäss Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG ausgeschlossen, wenn die Wettbewerbsbeschränkung bei Eröffnung der Untersuchung länger als fünf Jahre nicht mehr ausgeübt worden ist. Ist im Einzelfall die fünfjährige Frist gemäss Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG gewahrt, so ist alsdann die gesamte Dauer des Kartells miteinzubeziehen.

269. Die vorliegende Gesamtabrede hatte bis zur Eröffnung der kartellrechtlichen Untersuchung im Herbst 2012 Bestand (Rz 185 hiavor). Damit steht der Sanktionierung des vorliegenden Kartellrechtsverstosses in zeitlicher Hinsicht nichts entgegen.

270. Nach dem Gesagten sind in Bezug auf die Foffa Conrad AG und die Scandella Bau AG sämtliche Voraussetzungen für eine Sanktionierung nach Art. 49a Abs. 1 KG erfüllt.

C.4.2.3 Bemessung

271. Rechtsfolge eines Verstosses im Sinne von Art. 49a Abs. 1 KG ist die Belastung des fehlbaren Unternehmens mit einem Betrag bis zu 10 % des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes. Dieser Betrag stellt also die höchstmögliche Sanktion dar. Die konkrete Sanktion bemisst sich nach der Dauer und der Schwere des unzulässigen Verhaltens, wobei der mutmassliche Gewinn, den das Unternehmen dadurch erzielt hat, angemessen zu berücksichtigen ist.

272. Die konkreten Bemessungskriterien und damit die Einzelheiten der Sanktionsbemessung werden in der SVKG näher präzisiert (vgl. Art. 1 Bst. a SVKG). Die Festsetzung des Sanktionsbetrags liegt dabei grundsätzlich im pflichtgemäss auszuübenden Ermessen der WEKO, welches durch die Grundsätze der Verhältnismässigkeit²⁶¹ und der Gleichbehandlung begrenzt wird.²⁶² Die WEKO bestimmt die effektive Höhe der Sanktion nach den konkreten Umständen im Einzelfall, wobei die Geldbusse für jedes an einer Zuwiderhandlung beteiligte Unternehmen individuell innerhalb der gesetzlich statuierten Grenzen festzulegen ist.²⁶³

a. Konkrete Sanktionsberechnung

273. Nach Art. 49a Abs. 1 KG bemisst sich der konkrete Sanktionsbetrag anhand der Dauer und der Schwere des unzulässigen Verhaltens. Angemessen zu berücksichtigen ist zudem auch der durch das unzulässige

²⁵⁷ Urteil des 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)*; Urteil des BVer, 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 Werbegesellschaften VSW über die Kommissionierung von Berufsvermittlern*; Urteil des BVer, RPW 2010/2, 363 E. 8.2.2.1, *Publigroupe SA und Mitbeteiligte/WEKO*; Urteil des BVer, RPW 2013/4, 803 E. 14.3.5, *Gaba/WEKO*; Urteil des BVer, RPW 2013/4, 840 E. 13.2.5, *Gebro/WEKO*.

²⁵⁸ RPW 2011/1, 189 Rz 558 m.w.H., *SIX/DCC*.

²⁵⁹ Vgl. Urteil des BVer, RPW 2010/2, 363 E. 8.2.2.1, *Publigroupe SA und Mitbeteiligte/WEKO*; Urteil des 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*.

²⁶⁰ Siehe statt anderer etwa 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).

²⁶¹ Art. 2 Abs. 2 SVKG.

²⁶² Vgl. PETER REINERT, in: Stämpfli Handkommentar zum Kartellgesetz, Baker & McKenzie (Hrsg.), 2001, Art. 49a KG N 14 sowie RPW 2006/4, 661 Rz 236, *Flughafen Zürich AG (Unique) – Valet Parking*.

²⁶³ RPW 2009/3, 212 f. Rz 111, *Elektroinstallationsbetriebe Bern*.

Verhalten erzielte mutmassliche Gewinn. Die SVKG geht für die konkrete Sanktionsbemessung zunächst von einem Basisbetrags 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.

(i) Basisbetrag

274. Der Basisbetrag beträgt gemäss SVKG je nach Art und Schwere des Verstosses bis zu 10 % des Umsatzes, den das betreffende Unternehmen in den letzten drei 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 drei Geschäftsjahren erzielt wurde, die der Aufgabe des wettbewerbswidrigen Verhaltens vorangehen.²⁶⁴ Das Abstellen auf diese Zeitspanne der Zuwiderhandlung gegen das Kartellgesetz dient nicht zuletzt auch dazu, die erzielte Kartellrente möglichst abzuschöpfen.

275. Vorliegend endete die Gesamtabrede im Herbst 2012 (vgl. Rz 207 hiervor). Für die Sanktionsberechnung sind damit die Umsätze der Jahre 2010, 2011 und 2012 massgebend.

I. Obergrenze des Basisbetrags (Umsatz auf dem relevanten Markt)

276. Die obere Grenze des Basisbetrags beträgt gemäss Art. 3 SVKG 10 % des Umsatzes, den das betreffende Unternehmen in den letzten drei Geschäftsjahren vor Beendigung der unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung auf den relevanten Märkten in der Schweiz erzielt hat.

277. Massgeblich ist vorliegend der Umsatz der Verfahrensparteien, den sie auf dem Markt für die Erbringung von Hoch- und Tiefbauleistungen im Münstertal erzielten (zum relevanten Markt vgl. Rz 214 ff. hiervor). Dabei stützt sich die Behörde auf die glaubhaften Angaben der Parteien (Rz 38 ff. hiervor). Bei der Scandella Bau AG ist auf den entsprechenden Umsatz der früheren Einzelfirma Pio Scandella, Maurergeschäft abzustellen, zumal sie – wirtschaftlich betrachtet – Trägerin des zuvor von dieser Firma betriebenen Bauunternehmens geworden ist.

278. Damit ergeben sich für die Foffa Conrad AG und die Scandella Bau AG folgende Obergrenzen des Basisbetrags:

Unternehmen	Umsatz 2010–2012 auf dem relevanten Markt (ohne MwSt. in CHF)	Massgeblicher Prozentsatz	Obergrenze für den Basisbetrag in CHF
Foffa Conrad AG	[...]	10 %	[...]
Scandella Bau AG	[...]	10 %	[...]

Tabelle 5: Obergrenze für den Basisbetrag

II. Berücksichtigung der Art und Schwere des Verstosses

279. Gemäss Art. 3 SVKG ist die aufgrund des Umsatzes errechnete Höhe des Basisbetrages je nach Schwere und Art des Verstosses festzusetzen (vgl. dazu Erläuterungen SVKG, S. 2 f.). Es gilt deshalb zu prüfen, als wie schwer der Verstoß zu qualifizieren ist.

280. Die an den in Frage stehenden Abreden beteiligten Unternehmen haben sich unzulässig im Sinne von Art. 5 Abs. 3 KG verhalten. Im Folgenden gilt es demnach zu prüfen, als wie schwer dieser Verstoß gegen das Kartellgesetz zu qualifizieren ist; hierbei stehen objektive²⁶⁵ Faktoren im Vordergrund.

281. Grundsätzlich ist die Schwere der Zuwiderhandlung im Einzelfall unter Berücksichtigung aller relevanten Umstände zu beurteilen. Allgemeine Aussagen zur Qualifizierung konkreter Abreden als schwer sind nur sehr beschränkt möglich, kommt es doch immer sehr stark auf die konkreten Umstände des Einzelfalls an. Zweifellos stellen Abreden gemäss Art. 5 Abs. 3 KG, welche den Wettbewerb beseitigen, – als sogenannte harte horizontale Kartelle – in aller Regel schwere Kartellrechtsverstösse dar. Unter anderem sind horizontale Abreden, welche den Preiswettbewerb ausschalten,

wegen des grossen ihnen immanenten Gefährdungspotenzials grundsätzlich im oberen Drittel des möglichen Sanktionsrahmens, d.h. zwischen 7 und 10 %, einzuordnen. Tendenziell leichter zu gewichten sind den Wettbewerb erheblich beeinträchtigende Abreden, welche sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lassen. Darüber hinaus ist im Allgemeinen davon auszugehen, dass Wettbewerbsbeschränkungen, welche gleichzeitig mehrere Tatbestände gemäss Art. 5 KG erfüllen, schwerer zu gewichten sind als solche, die nur einen Tatbestand erfüllen.²⁶⁶

²⁶⁴ 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 in Sachen Altimum SA (auparavant Roger Guenat SA), Rz 326 und 332 m.w.H. in Fn 176, abrufbar unter <www.weko.admin.ch> unter Aktuell > letzte Entscheide > Altimum Décision (Datum letzte Kontrolle).

²⁶⁵ D.h. nicht verschuldensabhängige Kriterien, vgl. ROLF DÄHLER/PATRICK L. KRAUSKOPF, Die Sanktionsbemessung und die Bonusregelung, in: Walter Stoffel/Roger Zäch (Hrsg.), Kartellgesetzrevision 2003, 139.

²⁶⁶ Vgl. Erläuterungen SVKG, 3.

282. Die WEKO hat festgehalten, dass sie bei Einzelsubmissionsabreden einen Basisbetragskoeffizienten in Höhe von 10 % anwenden könne.²⁶⁷ Auch im Fall einer Gesamtabrede zwischen Unternehmen der Tunnelreinigungsbranche über die Zuteilung von Tunnelreinigungssubmissionen hat sie einen Koeffizienten in Höhe von 10 % als der Art und Schwere des Verstosses angemessen erachtet.²⁶⁸

283. Vorliegend ist hinsichtlich der Art und Schwere des Verstosses zunächst zu berücksichtigen, dass eine Gesamtabrede zu beurteilen ist. Eine dauerhaft bestehende Gesamtabrede über eine Vielzahl von Submissionen in einer Branche kann schwerwiegendere volkswirtschaftliche und soziale Schäden bewirken als eine einzige Submissionsabrede. Vor diesem Hintergrund erscheint ein hoher Basisbetragskoeffizient angemessen.

284. Weiter ist zu beachten, dass vorliegend der wirkliche Wettbewerb durch die Gesamtabrede nicht nur erheblich beeinträchtigt, sondern geradezu beseitigt worden ist (dazu Rz 206 ff. hiervor). Auch dies spricht dafür, einen hohen Prozentsatz anzuwenden.²⁶⁹

285. Ins Gewicht fällt sodann, dass die Abredeteilnehmer – zumindest im Rahmen der praktizierten Vorver-

sammlungen bis 2008 – einen hohen organisatorischen Aufwand betrieben und die Zusammenarbeit institutionalisierten. Dabei wurden in grossem Umfang Projekte dem Zuteilungssystem zugeführt, das mit der Zusammenarbeit einherging. Auch vor diesem Hintergrund ist eine Orientierung an der Obergrenze des Sanktionsrahmens angebracht.

286. Bei der Beurteilung der Art und Schwere ist schliesslich zu berücksichtigen, ob der Kartellrechtsverstoss vorsätzlich oder fahrlässig begangen wurde. Vorliegend wurde der Kartellrechtsverstoss vorsätzlich begangen (Rz 266). Auch dies rechtfertigt, einen hohen Basisbetrag anzunehmen.

287. Zu Gunsten der Parteien ist dagegen zu berücksichtigen, dass ihre Kooperation nicht bei sämtlichen im Münstertal ausgeschrieben Hoch- und Tiefbauprojekte erfolgreich war.

288. Mit Blick auf all diese Umstände erscheint vorliegend ein Prozentsatz von 9 % angemessen. Damit ergibt sich für die Verfahrensparteien folgender Basisbetrag gemäss Art. 3 SVKG:

Unternehmen	Umsatz 2010–2012 auf dem relevanten Markt (ohne MwSt. in CHF)	Massgeblicher Prozentsatz	Basisbetrag in CHF
Foffa Conrad AG	[...]	9 %	[...]
Scandella Bau AG	[...]	9 %	[...]

Tabelle 6: Basisbetrag aller Verfahrensparteien

(ii) Dauer des Verstosses

289. Gemäss Art. 4 SVKG erfolgt eine Erhöhung des Basisbetrages um bis zu 50 %, wenn der Wettbewerbsverstoss zwischen einem und fünf Jahren gedauert hat, für jedes weitere Jahr ist ein Zuschlag von bis zu 10 % möglich (vgl. dazu Erläuterungen SVKG, S. 3).

290. Vorliegend werden die Foffa Conrad AG und die Scandella Bau AG für die Gesamtabrede sanktioniert, welche mittels Einzelsubmissionsabreden umgesetzt wurde. Wie bereits erläutert, bestand die Gesamtabrede zwischen den Abredeteilnehmern ununterbrochen jedenfalls seit spätestens 2004 bis Herbst 2012 und wurde stetig und wiederholt umgesetzt (vgl. Rz 207 hiervor).

291. Da dieser Dauerverstoss ab dem Inkrafttreten des revidierten Kartellgesetzes am 1. April 2004 sanktioniert werden kann und bis Herbst 2012 dauerte, ist für die Sanktionierung von einer Dauer der Abrede von acht-einhalb Jahren auszugehen. Entsprechend den vorge-nannten Kriterien ist eine Erhöhung des Basisbetrags um 85 % angemessen.

(iii) Erschwerende und mildernde Umstände

292. In einem letzten Schritt sind schliesslich die erschwerenden und die mildernden Umstände nach Art. 5 und 6 SVKG zu berücksichtigen.

I. Anstiftung oder führende Rolle (Art. 5 Abs. 2 Bst. a SVKG)

293. Für keines der an der Gesamtabrede beteiligten Unternehmen ist anzunehmen, dass es eine führende oder anstiftende Rolle im Sinne von Art. 5 Abs. 2 Bst. a SVKG innehatte. Die vorliegende Gesamtabrede war langjähriger Natur. Dabei durchlief sie verschiedene Phasen. Auch der Kreis der für die Unternehmen handelnden Vertreter veränderte sich während der Umsetzungs- und Wirkungsdauer der Gesamtabrede. Dass ein Unternehmen in diesem Kontext – gesamthaft betrachtet – eine erheblich bedeutendere Rolle im Hinblick auf die Stabilität und Funktionsweise der Gesamtabrede einnahm als andere Unternehmen, ist vorliegend nicht erwiesen. Der Basisbetrag ist unter diesem Gesichtspunkt nicht zu erhöhen.

²⁶⁷ RPW 2013/4, 622 Rz 966, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich*.

²⁶⁸ RPW 2015/2, 239 Rz 296, *Tunnelreinigung*.

²⁶⁹ CHRISTOPH TAGMANN/BEAT ZIRLICK, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 49a KG N 53.

II. Kooperatives Verhalten

294. Kooperatives Verhalten der Verfahrensparteien ist als in der SVKG unbenannter Milderungsgrund grundsätzlich anerkannt. Allerdings führt nicht jede Mitwirkung im Rahmen der Sachverhaltsaufklärung zu einer derartigen Milderung, weil die Verfahrensparteien von Gesetzes wegen ohnehin dazu verpflichtet sind, im verwaltungsrechtlichen Verfahren mitzuwirken. Kommt hinzu, dass das Kartellrecht mit den Regelungen zur Milderung der Sanktion bei der Einreichung einer Selbstanzeige spezielle Vorgaben für die Begünstigung infolge guter Kooperation kennt.

295. Die Kooperation der Foffa Conrad AG und der Scandella Bau AG wird im Rahmen der nachfolgenden Ausführungen zur Selbstanzeige behandelt (Rz 296 ff.).

b. Selbstanzeige – vollständiger/teilweiser Erlass der Sanktion

296. Wenn ein Unternehmen an der Aufdeckung und Beseitigung der Wettbewerbsbeschränkung mitwirkt, kann auf eine Belastung dieses Unternehmens ganz oder teilweise verzichtet werden. Diesen Grundsatz hält Art. 49a Abs. 2 KG fest, wobei in Art. 8 ff. SVKG die Modalitäten eines vollständigen und in Art. 12 ff. SVKG diejenigen eines teilweisen Sanktionserlasses aufgeführt sind.

(i) Voraussetzungen der Sanktionsbefreiung und -reduktion

297. Gemäss Art. 8 Abs. 1 SVKG *erlässt* die WEKO einem Unternehmen die Sanktion vollständig, wenn es seine Beteiligung an einer Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Art. 5 Abs. 3 und 4 KG anzeigt und als Erstes entweder:

- Informationen liefert, die es der Wettbewerbsbehörde ermöglichen, eine Untersuchung zu eröffnen (Art. 8 Abs. 1 Bst. a SVKG, Eröffnungskooperation); oder
- Beweismittel vorlegt, welche der Wettbewerbsbehörde ermöglichen, einen Wettbewerbsverstoss gemäss Art. 5 Abs. 3 oder 4 festzustellen (Art. 8 Abs. 1 Bst. b SVKG, Feststellungskooperation). Ein Sanktionserlass von 100 % kann auch dann noch gewährt werden, wenn die Wettbewerbsbehörden von Amtes wegen oder infolge Anzeige eines Dritten eine Vorabklärung oder Untersuchung eröffnet haben.²⁷⁰

298. Ein Erlass der Sanktion setzt in beiden vorgenannten Fällen allerdings voraus, dass die Wettbewerbsbehörde nicht ohnehin bereits über ausreichende Beweismittel verfügt, um den Wettbewerbsverstoss zu beweisen (Art. 8 Abs. 3 und 4 Bst. b SVKG).

299. Weiter wird gemäss Art. 8 Abs. 2 SVKG von einem Unternehmen kumulativ verlangt, dass:

- seine Zusammenarbeit mit der Wettbewerbsbehörde eine ununterbrochene und uneingeschränkte ist;
- es sämtliche Informationen und Beweismittel unaufgefordert vorlegt;

- es weder eine anstiftende oder führende Rolle am Wettbewerbsverstoss gespielt noch andere Unternehmen zur Teilnahme an diesem gezwungen hat, und
- es seine Beteiligung am Wettbewerbsverstoss spätestens zum Zeitpunkt der Selbstanzeige oder auf erste Anordnung der Wettbewerbsbehörde einstellt.

300. Sind nicht alle Voraussetzungen für einen vollständigen Erlass der Sanktion erfüllt, ist dennoch eine Reduktion der Sanktion möglich. Eine solche setzt gemäss Art. 12 SVKG voraus, dass ein Unternehmen an einem Verfahren unaufgefordert mitgewirkt und im Zeitpunkt der Vorlage der Beweismittel die Teilnahme am betreffenden Wettbewerbsverstoss eingestellt hat.

(ii) Beurteilung

301. Die Foffa Conrad AG reichte als erstes Unternehmen eine Selbstanzeige ein und lieferte Informationen, die es den Wettbewerbsbehörden ermöglichten, die Untersuchung auf den vorliegenden Kartellrechtsverstoss im Bereich Hoch- und Tiefbau im Münstertal auszudehnen. Ihre Selbstanzeige ist als Eröffnungskooperation im Sinne von Art. 8 Abs. 1 Bst. a SVKG zu werten. Die vorliegende Untersuchung wurde erst im November 2015 auf die Scandella Bau AG ausgedehnt. Dabei handelt es sich um eine Tochtergesellschaft der Foffa Conrad AG. Die Foffa Conrad AG bestätigte, dass die Selbstanzeige für das ganze Unternehmen erfolgt sei und auch für die Scandella Bau AG gelte. Da die beiden Gesellschaften konzernmässig verbunden sind und daher – wirtschaftlich betrachtet – Trägerinnen des gleichen Unternehmens sind, ist die Selbstanzeige der Foffa Conrad AG auch der Scandella Bau AG zuzurechnen. Vorliegend ist zudem kein Zusammenhang zwischen der Auflösung der Einzelfirma Pio Scandella, Maurergeschäft bzw. Gründung der Scandella Bau AG und dem vorliegenden kartellrechtlichen Verfahren ersichtlich. Die Übernahmeverhandlungen zwischen der Foffa Conrad AG und Pio Scandella begannen bereits im Frühjahr 2012, d.h. sowohl vor Untersuchungseröffnung als auch vor der Selbstanzeige der Foffa Conrad AG.

302. Sowohl die Foffa Conrad AG als auch die Scandella Bau AG haben darüber hinaus durch ihre mündlichen Ergänzungen der Selbstanzeige insbesondere zum Nachweis der Beteiligten, der Dauer und der Umsetzung der Gesamtabrede massgeblich beigetragen.

303. Es liegt auch kein Grund für den Ausschluss des Erlasses der Sanktion nach Art. 8 Abs. 2 Bst. a KG vor. Weder die Foffa Conrad AG noch die Einzelfirma Pio Scandella, Maurergeschäft, deren Verhalten der Scandella Bau AG infolge wirtschaftlicher Kontinuität zuzurechnen ist (vgl. Rz 263 hiavor), hat ein Unternehmen zur Teilnahme am Wettbewerbsverstoss gezwungen. Auch hatten sie keine anstiftende oder führende Rolle inne (vgl. Rz 293 hiavor).

²⁷⁰ So bereits RPW 2009/3, 219 Rz 153 m.w.H., *Elektroinstallationsbetriebe Bern*.

304. Auch die sonstigen Voraussetzungen für den Erlass der Sanktion sind erfüllt. Die Foffa Conrad AG und die Scandella Bau AG legten den Wettbewerbsbehörden unaufgefordert die in ihrem Einflussbereich liegenden Informationen und Beweismittel betreffend die Abrede vor. Weiter erläuterten und präzisierten sie diese durch ihre Angaben und arbeiteten ununterbrochen, uneingeschränkt und ohne Verzug mit den Wettbewerbsbehörden zusammen. Ihre Abredetätigkeit stellten sie mit der Eröffnung der Untersuchung ein. Damit ist der Foffa Conrad AG und der Scandella Bau AG die Sanktion zu erlassen.

c. Maximalsanktion

305. Die Sanktion beträgt in keinem Fall mehr als 10 % des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Gesamtumsatzes des Unternehmens (Art. 49a Abs. 1 KG und Art. 7 SVKG). Vorliegend erübrigt sich die Ermittlung der Gesamtumsätze der Parteien, zumal die Maximalsanktion gemäss Art. 49a Abs. 1 KG und Art. 7 SVKG offensichtlich nicht überschritten wird.

d. Ergebnis

306. Nach dem Gesagten sind folgende Verwaltungs-sanktionen auszusprechen:

- Foffa Conrad AG: CHF 0.-
- Scandella Bau AG: CHF 0.-

D Kosten

307. Nach Art. 2 Abs. 1 GebV-KG²⁷¹ ist gebührenpflichtig, wer ein Verwaltungsverfahren verursacht hat.

308. Im Untersuchungsverfahren nach Art. 27 ff. KG besteht eine Gebührenpflicht, wenn aufgrund der Sachverhaltsfeststellung eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung vorliegt oder wenn sich die Parteien unterziehen. Als Unterziehung gilt auch, 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 wurde²⁷². Vorliegend ist daher eine Gebührenpflicht der Verfügungsadressatinnen zu bejahen.

309. Ist wie im vorliegenden Fall die Aufdeckung und Abklärung eines Kartells Gegenstand eines Verfahrens, so gelten grundsätzlich alle am Kartell Beteiligten gemeinsam und in gleichem Masse als Verursacher des entsprechenden Verwaltungsverfahrens. Dem entsprechend gestaltet sich die bisherige Praxis der Wettbewerbsbehörden, gemäss welcher – in Ermangelung besonderer Umstände, die das Ergebnis als stossend erscheinen liessen – eine Pro-Kopf-Verlegung der Kosten vorgenommen wurde. Insbesondere Gleichheits-, aber auch Praktikabilitätsabwägungen stehen dabei im Vordergrund.²⁷³ Auch vorliegend sind die Gebühren den Parteien zu gleichen Teilen aufzuerlegen (vgl. Art. 1a GebV-KG i.V.m. Art. 2 Abs. 2 AllgGebV²⁷⁴). Zwar sind die Scandella Bau AG und die Foffa Conrad AG heute Trägerinnen des gleichen Unternehmens. Da der Scandella Bau AG jedoch die Kartellbeteiligung der früheren Einzelfirma Pio Scandella, Maurergeschäft zuzurechnen ist und die Foffa Conrad AG Trägerin eines damals noch

separaten am Kartell beteiligten Unternehmens war, haben die Foffa Conrad AG und die Scandella Bau AG zwei Drittel der Verfahrenskosten zu tragen.

310. Gebührenpflichtig ist sodann auch die konkursite Hohenegger SA. Dabei ist Folgendes zu beachten: Weder aus der bisherigen WEKO-Praxis noch aus den einschlägigen gebührenrechtlichen Bestimmungen von Art. 53a KG, der GebV-KG und der AllgGebV ergibt sich, dass im Zeitpunkt der Entscheidung über die Gebührenpflicht das „Unternehmen“ i.S.d. Kartellgesetzes noch bestehen muss. Für die Gebührenpflicht kann es daher einzig Voraussetzung sein, dass die unternehmenstragende (ggf. konkursite) Gesellschaft noch besteht und deren Unternehmung (in der Zeit ihres Bestehens) am Kartell beteiligt war. Dies entspricht der formalen Sichtweise des verwaltungsrechtlichen Gebührenrechts, wonach auch konkursiten Gesellschaften Verwaltungsgebühren auferlegt werden können.²⁷⁵ Auf die Gebührenauflegung ist auch nicht gemäss Art. 1a GebV-KG i. V. m. Art. 3 Abs. 2 Bst. a und Art. 13 AllgGebV zu verzichten. Die WEKO verzichtete danach nur dann auf eine Gebührenauflegung, wenn die Gebührenauflegung die Existenz- oder Wettbewerbsfähigkeit eines Unternehmens beeinträchtigen könnte. Eine solche Konstellation liegt im Fall der konkursiten Gesellschaft jedoch nicht vor. Vorliegend ist daher ein Drittel der Verfahrenskosten der Hohenegger SA aufzuerlegen.

311. Nach Art. 4 Abs. 2 GebV-KG gilt ein Stundenansatz von CHF 100.– bis 400.–. Dieser richtet sich namentlich nach der Dringlichkeit des Geschäfts und der Funktionsstufe des ausführenden Personals. Auslagen für Porti sowie Telefon- und Kopierkosten sind in den Gebühren eingeschlossen (Art. 4 Abs. 4 GebV-KG). Gestützt auf die Funktionsstufe der mit dem Fall betrauten Mitarbeiter rechtfertigt sich ein Stundenansatz von CHF 130.– bis CHF 290.–.

312. Die vorliegende Untersuchung wurde mit Verfügung vom 23. November 2015 von der Untersuchung 22-0433: Bauleistungen Graubünden getrennt. Vom aus der Untersuchung 22 0433: Bauleistungen Graubünden bis dahin entstandenen Verfahrensaufwand wird ein Anteil von CHF 50'000.– dem vorliegenden Verfahren zugerechnet. Insbesondere führte die Behörde vor der Verfahrenstrennung diverse Ermittlungshandlungen, mehrere Einvernahmen und mündliche Ergänzungen der Selbstanzeige der Foffa Conrad AG in Bezug auf die vorliegend zu beurteilende Gesamtabrede durch. Zusätzlich entfallen auf das vorliegende Verfahren folgende

²⁷¹ Verordnung vom 25.2.1998 über die Gebühren zum Kartellgesetz (Gebührenverordnung KG, GebV-KG; SR 251.2).

²⁷² BGE 128 II 247, 257 f. E. 6.1 (= RPW 2002/3, 546 f.), BKW FMB Energie AG; Art. 3 Abs. 2 Bst. b und c GebV-KG e contrario.

²⁷³ RPW 2009/3, 221 Rz 174, Elektroinstallationsbetriebe Bern.

²⁷⁴ Allgemeine Gebührenverordnung vom 8.9.2004 (AllgGebV; SR 172.041.1).

²⁷⁵ Vgl. etwa FRANCO LORANDI, Masseverbindlichkeiten und ihre Entstehung, AJP 2017, 464, 469.

Gebühren, die auf der Grundlage der nach der Verfahrenstrennung aufgewendeten Stunden zu berechnen sind:

- 15,75 Stunden zu CHF 290.–, ergebend CHF 4'567.50.–
- 224,3175 Stunden zu CHF 200.–, ergebend CHF 44'863.50.–
- 16,50 Stunden zu CHF 130.–, ergebend CHF 2'145.–

313. Demnach belaufen sich die Verfahrenskosten auf insgesamt CHF 101'576.–.

314. Die Foffa Conrad AG und die Scandella Bau AG haben solidarisch einen Anteil an den Verfahrenskosten von CHF 67'717.– zu tragen, die Hohenegger SA einen Anteil von CHF 33'858.50.

E Ergebnis

315. Zusammenfassend kommt die WEKO gestützt auf die vorstehenden Erwägungen zu folgendem Ergebnis:

316. Die zwischen den Verfahrensparteien getroffene Vereinbarung über die Zuteilung von Hoch- und Tiefbauprojekten im Münstertal stellt eine *Wettbewerbsabrede* im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG dar, welche als von spätestens 2004 und bis Herbst 2012 bestehende und wirkende Dauerabrede zu qualifizieren ist (vgl. Rz 207). Es handelt sich hierbei um eine Abrede über die Festsetzung von Preisen und über die Aufteilung von Märkten nach Geschäftspartnern im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. a und Bst. c KG (vgl. Rz 208).

317. Da die Gesamtabrede als Geschäfts- und Preisabrede zu qualifizieren ist, greift gemäss Art. 5 Abs. 3 KG die Vermutung, dass der wirksame Wettbewerb beseitigt ist. Diese Vermutung lässt sich vorliegend nicht widerlegen. Wird der wirksame Wettbewerb durch eine Wettbewerbsabrede beseitigt, kann diese nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gemäss Art. 5 Abs. 2 KG gerechtfertigt werden. Es handelt sich somit um eine *unzulässige Wettbewerbsabrede* gemäss Art. 5 Abs. 3 i.V.m. Abs. 1 KG.

318. Die Verfahrensparteien – mit Ausnahme der konkursiten Hohenegger SA – werden unter Hinweis auf die gesetzlichen Folgen im Widerhandlungsfall (Art. 50 und 54 KG) dazu verpflichtet, Verhaltensweisen zu unterlassen, welche ein Zuteilungssystem und Einzelsubmissionsabreden ermöglichen (vgl. dazu Rz 253 ff.).

319. Die Verfahrensparteien waren an der unzulässigen Wettbewerbsabrede beteiligt bzw. ist ihnen diese zuzurechnen. Sie wären dafür gestützt auf Art. 49a Abs. 1 KG zu sanktionieren (vgl. Rz 258 ff.). Allerdings ist der Foffa Conrad AG und der Scandella Bau AG vorliegend die Sanktion aufgrund ihrer Selbstanzeige zu erlassen. Betreffend die Hohenegger SA wird infolge des Konkurses auf eine Sanktion verzichtet.

F Dispositiv

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

1. Der Foffa Conrad AG und der Scandella Bau AG wird untersagt:
 - 1.1. Konkurrenten und Konkurrentinnen im Zusammenhang mit der Erbringung von Hoch- und Tiefbauleistungen um Schutz, Stützofferten oder den Verzicht einer Offerteingabe anzufragen oder derartiges anzubieten;
 - 1.2. sich in Zusammenhang mit der Erbringung von Hoch- und Tiefbauleistungen mit Konkurrenten und Konkurrentinnen vor Ablauf der Offerteingabefrist – oder, sofern nicht vorhanden, vor rechtskräftiger Auftragserteilung – über Offertpreise, Preiselemente sowie die Zu- und Aufteilung von Kunden und Kundinnen und Gebieten auszutauschen. Davon ausgenommen ist der Austausch unabdingbarer Informationen im Zusammenhang mit:
 - a) der Bildung und Durchführung von Arbeitsgemeinschaften (ARGE); sowie
 - b) der Mitwirkung an der Auftragserfüllung als Subunternehmer.
2. Mit Sanktionen nach Art. 49a Abs. 1 KG wegen Beteiligung an einer gemäss Art. 5 Abs. 3 i.V.m. Abs. 1 KG unzulässigen Gesamtabrede im Bereich Hoch- und Tiefbauleistungen im Münstertal von spätestens 2004 bis Herbst 2012 belastet werden:

Die Foffa Conrad AG und die Scandella Bau AG mit einem Betrag von CHF 0.–.
3. Das Verfahren gegen die Hohenegger SA wird eingestellt.
4. Die Verfahrenskosten betragen CHF 101'576.– und werden folgendermassen auferlegt:
 - 4.1. Die Foffa Conrad AG und die Scandella Bau AG tragen solidarisch CHF 67'717.–.
 - 4.2. Die Hohenegger SA trägt CHF 33'858.50.
5. Die Verfügung ist zu eröffnen:
 - **Foffa Conrad AG**, in Zernez
 - **Scandella Bau AG**, in Sta. Maria Val Müstair
beide vertreten durch [...]
 - **Hohenegger SA in Liquidation**, c/o Konkursamt der Region Engiadina Bassa / Val Müstair, in Sta. Maria

[Rechtsmittelbelehrung]

B 2	3. Unternehmenszusammenschlüsse Concentrations d'entreprises Concentrazioni di imprese
B 2.3	1. BMW/Daimler/Ford/Porsche

Vorläufige Prüfung; Art. 4 Abs. 3, Art. 10 und Art. 32 Abs. 1 KG¹

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

Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU² vom 11. Mai 2017

Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 10. Mai 2017

Sachverhalt

1. Am 13. April 2017 hat die Wettbewerbskommission (WEKO) die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Dieses betrifft die Errichtung eines Gemeinschaftsunternehmens der Bayerischen Motoren Werke AG (nachfolgend: BMW) mit Sitz in München (Deutschland), der Daimler AG (nachfolgend: Daimler) mit Sitz in Stuttgart (Deutschland), der Ford Motor Company (nachfolgend: Ford) mit Sitz in Dearborn (USA) und der Dr. Ing. h.c. F. Porsche AG (nachfolgend: Porsche) mit Sitz in Stuttgart (Deutschland).

2. **BMW** ist eine weltweit tätige Automobil- und Motorradherstellerin. Die BMW Gruppe umfasst die drei Marken BMW, Rolls Royce und MINI. Nebst der Entwicklung, der Produktion und des Marketings dieser Fahrzeuge bietet die BMW-Gruppe auch finanzielle Dienstleistungen für Privat- und Geschäftskunden an.

3. **Daimler** ist weltweit in der Entwicklung, der Herstellung und dem Vertrieb von Automobilprodukten, hauptsächlich von Personenkraftwagen (PKW), Lastkraftwagen (LKW), Kleintransportern und Bussen, sowie in der Erbringung von finanziellen Dienstleistungen im Zusammenhang mit Automobilen (Finanzierung, Leasing, Versicherung und Fleet-Management-Dienstleistungen) tätig. Die Mercedes-Benz Cars verkauft PKW unter den Marken Mercedes-Benz und Smart. Daimler Financial Services unterstützt den Verkauf von Fahrzeugen weltweit. Ihr Produkt- und Dienstleistungsportfolio besteht aus Finanzierungs- und Leasingpaketen für Händler und Kunden sowie finanziellen Dienstleistungen wie Versicherungsvermittlung, Anlageprodukte, Kreditkarten, Flotten-Management und Leasing Dienstleistungen.

4. **Ford** verkauft unter der Marke Ford weltweit ein breites Sortiment an Automobilen und in den USA sowie China unter der Marke Lincoln eine Reihe von Luxusfahrzeugen. Das Kerngeschäft von Ford besteht im Design, der Herstellung, dem Vertrieb, dem Unterhalt und der Finanzierung einer umfassenden Palette von PKW

(inklusive batterieelektrische Fahrzeuge und Hybride) und Nutzfahrzeugen. Ford bietet über ihre Tochtergesellschaft Ford Credit finanzielle Dienstleistungen an. Gleichzeitig verfolgt Ford, direkt oder über ihre Tochtergesellschaften, sich ergebende Geschäftschancen in neuen Mobilitätsdienstleistungen wie Connectivity (SYNC, AppLink), Mobility (GoPark, GoDrive, Dynamic Shuttle) und autonomen Fahrzeugen (darunter teilautonome und vollautonome Fahrzeuge).

5. **Porsche** ist eine deutsche Automobilherstellerin, die auf das Design, die Herstellung und den Vertrieb von hochleistungsfähigen Sportfahrzeugen, SUV und Limousinen spezialisiert ist. Porsche ist als Tochtergesellschaft der Volkswagen AG Teil der VW-Gruppe, welche die Fahrzeugmarken Volkswagen Personenwagen, Volkswagen Nutzfahrzeuge, Porsche, Audi, Skoda, Bentley, Bugatti, Lamborghini, Seat, MAN, Scania und Ducati umfasst. Die VW Gruppe ist in der Entwicklung, der Herstellung, dem Marketing, dem Verkauf und dem Vertrieb von Motorfahrzeugen (PKW und leichte Nutzfahrzeuge, LKW, Auto- und Reisebusse sowie Chassis für Busse) inklusive den zugehörigen Ersatzteilen und Zubehör, Motorrädern und Dieselmotoren tätig. Batterieelektrische Fahrzeuge (battery electric vehicles, nachfolgend: BEV) werden zurzeit innerhalb der VW-Gruppe nur von VW verkauft. Kürzlich hat VW ausserdem die Tochtermarke MOIA ins Leben gerufen, welche in der Entwicklung und im Marketing von Mobilitätsdienstleistungen wie Ride Hailing und Car-Sharing tätig sein wird. Zusätzlich bietet die VW-Gruppe Finanzierungs- und Versicherungsdienstleistungen im Zusammenhang mit dem Vertrieb und der Finanzierung ihrer PKW und Nutzfahrzeuge an. Diese Aktivität wird vor allem durch die Volkswagen Financial Services AG und deren Tochtergesellschaften wahrgenommen. Schliesslich bietet die VW-Gruppe durch die Volkswagen Bank GmbH, eine Tochtergesellschaft der Volkswagen Financial Services AG, auch Bankdienstleistungen an.

6. Leistungsstarke Ladeinfrastrukturen sind eine wesentliche Voraussetzung für die politisch und wirtschaftlich wünschenswerte Etablierung von BEV und ermöglichen Langstreckenreisen unter Verwendung von Elektrofahrzeugen. Die Unternehmen BMW, Daimler, Ford und Porsche (nachfolgend: die meldenden Unternehmen)

¹ Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251).

² Verordnung vom 17. Juni 1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU; SR 251.4).

glauben an die Zukunft von E-Mobility. Die existierende Ladeinfrastruktur sowie die aktuellen Anstrengungen zur Errichtung einer Hochleistungs-Ladeinfrastruktur für Langstreckenreisen sind aus Sicht der meldenden Unternehmen, insbesondere hinsichtlich ihrer geografischen Abdeckung, nicht ausreichend. Ausserdem sehen die meldenden Unternehmen den nachgelagerten Markt für E-Mobility Services – auf welchem das GU zum aktuellen Planungsstand nicht tätig werden soll – als vielversprechende Geschäftschance, die eine sinnvolle Ergänzung ihres bestehenden Produkt- und Dienstleistungsportfolios darstellt.

7. Das Ziel bzw. der vorgesehene Zweck des Gemeinschaftsunternehmens (nachfolgend: GU) ist daher die Entwicklung, die Errichtung und der Betrieb einer europaweiten, öffentlich zugänglichen Hochleistungs-Ladeinfrastruktur (High-Power Charging Infrastructure, nachfolgend: HPCI) für BEV in Europa, die durch mehrere Originalhersteller (original equipment manufacturer, nachfolgend: OEM) gehalten wird und sich in ein profitables, selbstunterhaltendes und wettbewerbsfähiges Geschäft entwickeln soll. Die gründenden Parteien als OEM beabsichtigen auch andere internationale Automobilhersteller dazu zu ermutigen, sich künftig an dieser Ladeinfrastruktur zu beteiligen.

8. Nach Vollzug des Zusammenschlussvorhabens beabsichtigen die meldenden Unternehmen – jeweils für sich alleine – Elektromobilitätsdienstleistungen (E-Mobility Services) an Endkunden zu erbringen. Dies soll durch zu den meldenden Unternehmen gehörende Elektromobilitätsdienstleister (E-Mobility Service Provider, nachfolgend: E-MSP) unter Nutzung der Ladeinfrastruktur des GU selber sowie der Ladeinfrastruktur von Drittanbietern geschehen. E-Mobility Services, die durch die meldenden Unternehmen angeboten werden, werden nicht Teil des GU. Ausserdem wird das GU seine Infrastruktur auch Dritten zur Verfügung stellen, wodurch diese ebenfalls die Infrastruktur des GU werden nutzen können.

Unternehmenszusammenschluss

9. Die meldenden Unternehmen beabsichtigen die Errichtung eines GU mit einer Beteiligung am Unternehmen von je 25 % für BMW, Daimler, Ford und Porsche.

10. Nach Errichtung des GU werden BMW, Daimler, Ford und Porsche (für die VW Gruppe) gemeinsame Kontrolle über das GU erwerben. Die Rechte werden insbesondere im Zusammenhang mit Beschlüssen des Gesellschafterausschusses stehen, welche für strategische Angelegenheiten zuständig sein wird.

11. Das GU wird eigene Kunden und eine eigene Marktpräsenz haben und damit mehr als nur eine spezifische Aufgabe für die Muttergesellschaften wahrnehmen. Es wird eine unabhängige wirtschaftliche Einheit bilden und in einem Geschäftsfeld tätig sein, in welchem die gründenden OEM-Parteien bisher nicht aktiv sind. Das GU wird daher weder auf Aktivitäten in Forschung und Entwicklung im Zusammenhang mit den Geschäftstätigkeiten der gründenden OEM-Parteien, noch auf den Vertrieb oder Verkauf der Produkte oder Dienstleistungen seiner Muttergesellschaften beschränkt sein. Das GU

wird seine Leistungen primär gegenüber E-MSP erbringen.

12. Das GU wird für eine unbestimmte Dauer errichtet und auf Dauer angelegt sein. Daher wird es auf Dauer mit eigenem Zutritt und Präsenz im entsprechenden Markt sämtliche Funktionen einer selbstständigen wirtschaftlichen Einheit erfüllen, ohne dass seine Tätigkeiten auf reine Forschungs- und Entwicklungs- oder Produktions- und Vertriebsaktivitäten für die gründenden OEM-Parteien beschränkt wären.

13. Das GU wird ein eigenes Management haben, welches sich auf das Tagesgeschäft konzentriert, sowie über ausreichende personelle und finanzielle Ressourcen verfügen, um seine Geschäftstätigkeit auf Dauer wahrnehmen zu können. Die geplanten Kapitaleinlagen der gründenden OEM-Parteien werden es dem GU ermöglichen, das geplante HPCI zu entwickeln, zu errichten und zu betreiben. Das GU wird somit in der Lage sein, auf dem Markt unabhängig von seinen Muttergesellschaften tätig zu sein.

14. Die meldenden Unternehmen kommen nicht nur überein, erhebliche finanzielle Mittel, sondern auch Know-How in das Gemeinschaftsunternehmen einzubringen. Es fließen demnach Geschäftstätigkeiten von mindestens einem der kontrollierenden Unternehmen in das neu gegründete Unternehmen ein.

15. Aus den Ausführungen der Rz 9–10 ergibt sich, dass strategische Entscheide des GU gemeinsam durch die meldenden Unternehmen getroffen werden. Demnach erhalten die meldenden Unternehmen gemeinsame Kontrolle über das GU.

16. Aus den Ausführungen der Rz 11–13 ergibt sich, dass die Anforderungen an ein Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmen mit dem vorliegenden Zusammenschlussvorhaben erfüllt sind.³

17. Gründen zwei oder mehr Unternehmen ein (Gemeinschafts-)Unternehmen, welches sie gemeinsam kontrollieren wollen, so liegt ein Unternehmenszusammenschluss vor, wenn das GU auf Dauer alle Funktionen einer selbstständigen wirtschaftlichen Einheit erfüllt und in dieses Geschäftstätigkeiten von mindestens einem der kontrollierenden Unternehmen einfließen (vgl. Art 2 Abs. 1 und 2 VKU). Aus den obigen Ausführungen ergibt sich, dass die beabsichtigte Errichtung des GU von BMW / Daimler / Ford / Porsche einen Unternehmenszusammenschluss im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG darstellt (vgl. Rz 14–16).

Sachlich relevante Märkte

18. Die nachfolgende Marktabgrenzung beschränkt sich auf diese Aktivitäten, welche im Zusammenhang mit dem GU stehen eine europaweite Hochleistungs-Ladeinfrastruktur (HPCI) für BEV zu entwickeln, zu errichten und zu betreiben.

³ Vgl. u.a. RPW 2016/1, 261 ff. Rz 36, Tamedia/Tradono Denmark/Tradono Switzerland.

19. Die EU-Kommission hat einen sachlichen Markt für Ladeinfrastrukturen bisher nicht adressiert. Im Entscheid der EU-Kommission zum Fall COMP/M.6641 – *Verbund / Siemens / E-Mobility Provider Austria* werden Märkte im Zusammenhang mit einer Ladeinfrastruktur für BEV angesprochen aber eine genaue Marktabgrenzung offen gelassen.⁴ In ihrer Entscheidung hat die EU-Kommission einen eigenen separaten sachlich relevanten Markt für die Erbringung von E-Mobility Services in Betracht gezogen, welcher alle Dienstleistungen im Zusammenhang mit Mobility Services für BEV umfasst.⁵ Sie hat indes dennoch angemerkt, dass der Markt oder die Märkte für E-Mobility erst im Entstehen begriffen sind.

20. Die WEKO hat sich in einem jüngeren Fusionskontrollentscheid mit der Elektromobilität auseinandergesetzt. Dabei hat sie einen Markt für Elektromobilität abgegrenzt, der den Verkauf, die Installation sowie die Wartung von E-Ladestationen für das Aufladen der Batterien von Elektrofahrzeugen umfasst.⁶

21. Im vorliegenden Fall werde das GU, gemäss Angaben der meldenden Unternehmen, keine E-Ladestationen verkaufen und den Fokus seiner Geschäftstätigkeit auf die Errichtung, den Betrieb und den Unterhalt einer öffentlich zugänglichen Ladeinfrastruktur für BEV ausrichten und auch mit dieser Tätigkeit beginnen. In Zukunft – d.h. nach Errichtung der Ladeinfrastruktur für BEV in Europa inklusive der Schweiz – wird das GU überwiegend als Ladepunktbetreiber (CPO) agieren und in dieser Funktion „Charging Packages“ bzw. Abonnemente verkaufen, welche den E-MSP⁷ Zugang zur Infrastruktur ermöglichen werden. In diesem Zusammenhang werde es wohl, gemäss Angaben der Parteien, keine substantiellen Preisunterschiede für die meldenden Unternehmen und später zum GU hinzukommende Gesellschafter geben, da das GU so viele (E-MSP)-Kunden wie möglich haben solle.

22. Gemäss Angaben der Parteien eignen sich „Normal“-Ladepunkte mit einer Leistung von unter 43 kW⁸ (mit AC- und DC-Ladepunkten) nicht für das angestrebte Hochleistungsladen. Um das Laden für den Kunden während eines gewöhnlichen (Tankstellen-)Aufenthaltes zu ermöglichen, würden Ladeleistungen von 150 bis zu 350 kW benötigt. Existierende Schnellladestationen operieren mit DC (welche eine Ladeleistung von über 43 kW bis zu einem Maximum von 120 kW [Tesla Supercharger] erlauben). Das GU plant eine Ladetechnologie und Ladestationen zu entwickeln und zu errichten, die DC-Laderaten von bis zu 350 kW erlauben werden.

23. Aktuell werden auf dem europäischen Markt für das Laden von BEV drei verschiedene DC-Ladestecker-Schnittstellen verwendet: CCS, CHAdeMO und der Tesla Supercharger. Als Konsequenz daraus werden bis auf weiteres in Europa verschiedene Typen von Ladepunkten bestehen: CCS-Ladepunkte, CHAdeMO-Ladepunkte und Tesla Supercharger Ladepunkte. Das GU soll das Laden sämtlicher auf CCS ausgerichteter Fahrzeuge erlauben, unabhängig davon, ob die Ladeverbindung im Front- oder im Heckbereich des Fahrzeugs platziert ist.

24. Die Interoperabilität (beispielsweise durch Verwendung von Adaptern) ist zwischen den verschiedenen Standards derzeit nur begrenzt möglich, allerdings, gemäss Angaben der Parteien, im Interesse sowohl der

Infrastrukturbetreiber, die ihre Kundenbasis dadurch erheblich vergrössern könnten als auch der BEV-Hersteller, die ihre Produkte aufgrund der signifikant grösseren Verfügbarkeit von Ladepunkten unabhängig vom verwendeten Standard (CCS oder CHAdeMO), besser verkaufen könnten, da Kunden dadurch veranlasst würden BEV zu erwerben. Darüber hinaus scheint es aufgrund der politischen Diskussionen auch möglich, dass sich eine Konvergenz hin zu einer gemeinsamen Stecker-Schnittstelle ergeben wird.

25. Im vorliegenden Fall ist im Sinne einer Arbeitshypothese von einem sachlichen relevanten Markt für die Errichtung, den Betrieb und den Unterhalt einer öffentlich zugänglichen HPCI mit DC-Ladepunkten für BEV mit CCS-Standard auszugehen. Da das GU für die meldenden Unternehmen eine „Greenfield“-Investition darstellt, kann die genaue sachliche Abgrenzung offen gelassen werden, da diese das Ergebnis der nachfolgenden Analyse nicht verändert.

26. Wie bereits oben ausgeführt (vgl. Rz 21) werden Kunden des GU hauptsächlich die E MSP sein. Konkret handelt es sich dabei um jegliche Anbieter (Provider), welche „E Mobility Services“ auf Grundlage von BEV an Endkunden erbringen. Jeder dieser Provider wird seinen Kunden Zugang zu einem möglichst dichten Ladeinfrastrukturnetz anbieten müssen, um für seine Kunden attraktiv für deren Betrieb von BEV zu sein.

27. Bestehende E-MSP bieten entweder bestimmte Dienstleistungen – wie beispielsweise „Auflade-Services“ oder „Car-Sharing-Services“ – an oder bündeln mehrere Mobility Services auf einer einzelnen Plattform. E-MSP entstammen verschiedenen Geschäftsfeldern, wie z.B. dem Automobilbereich, dem Bereich der Stromversorgung oder dem Bereich des Bahntransports.⁹ E-MSP werden, gemäss Angaben der Parteien, im EWR sowie in der Schweiz tätig sein.

28. Im vorliegenden Fall ist im Sinne einer Arbeitshypothese von einem sachlich relevanten Markt für die Erbringung von E Mobility Services auszugehen. Eine genaue sachliche Abgrenzung, insbesondere ob der Markt beispielsweise weiter in Endkunden und B2B zu unterteilen ist, kann offen gelassen werden, da diese das Ergebnis der nachfolgenden Analyse nicht verändert.

⁴ Case COMP M.6641, Rz 25 ff., *Verbund / Siemens / E-Mobility Provider Austria*.

⁵ Case COMP M.6641, Rz 12 ff., *Verbund / Siemens / E-Mobility Provider Austria*.

⁶ RPW 2016/3, 771 ff. Rz 53, *BKW/AEK*.

⁷ Diese E-MSP (darunter auch jene E-MSP der meldenden Unternehmen) erbringen üblicherweise Dienstleistungen an Endkunden (hingegen im Regelfall nicht das GU selbst). Nach Vollzug des Zusammenschlussvorhabens beabsichtigen alle Parteien, eigene (vom GU unabhängige) E-MSP zu gründen, die auf dem (nachgelagerten) Markt für E-Mobility Services des GU tätig sein werden und unter Nutzung von dessen Ladeinfrastruktur E-Mobility Services an Endkunden erbringen sollen.

⁸ Mit einer Leistung von 43 kW werden Ladezeiten zum Aufladen von 24 Minuten pro 100km benötigt.

⁹ U.a.: Mobility, ElectricEasy SA, Sharoo AG, Flinkster (Deutsche Bahn), Drive Now (BMW), car2go (Daimler).

29. Konventionelle-Fahrzeuge mit einem Verbrennungsmotor und BEV sind aus Kundenperspektive lediglich vor einer Kaufentscheidung austauschbar. Nach dem Kauf eines BEV ist der Kunde auf die Ladeinfrastruktur für BEV angewiesen. Gewöhnliche Tankstellen stellen für diesen keine brauchbare Alternative (mehr) dar. Soweit für die Beurteilung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens die Produktion und die Vermarktung von BEV betroffen sind, besteht daher nur ein vertikaler Bezug zu BEV, nicht aber zu konventionellen Fahrzeugen.¹⁰

30. Zu berücksichtigen ist, dass Elektrofahrzeuge in der Schweiz sowie in der EU im Jahr 2016 nur einen kleinen Teil von rund einem Prozent aller verkauften Neuwagen ausmachten.¹¹ In der Schweiz wurden im Jahr 2016 rund 3'200 BEV registriert, im EWR waren es im selben Jahr rund 80'000 BEV.¹² Die voraussichtliche Entwicklung in diesem Segment ist dynamisch und die Zahl der verkauften BEV nimmt indessen stetig zu. Es ist davon auszugehen, dass die Verkaufszahlen in den kommenden Jahren signifikant steigen werden, insbesondere um die Emissionsvorgaben der Schweiz und der EU einhalten zu können. Zudem planen sämtliche grossen Autohersteller die Lancierung von BEV.

31. Vor diesem Hintergrund ist im vorliegenden Fall im Sinne einer Arbeitshypothese von einem sachlich relevanten Markt für Produktion und Vermarktung von BEV auszugehen. Bei dieser Abgrenzung ist jedoch zu berücksichtigen, dass der Verkauf von BEV (relativ zu Fahrzeugen mit Verbrennungsmotoren) erst im Entstehen begriffen und eine exakte Prognose zur Entwicklung nicht möglich ist. Eine genaue sachliche Abgrenzung kann vorliegend offen gelassen werden, da dies das Ergebnis der nachfolgenden Analyse nicht verändert.

Räumlich relevante Märkte

32. Bei der räumlichen Marktabgrenzung für den Markt für die Errichtung, den Betrieb und den Unterhalt einer öffentlich zugänglichen HPCI mit DC-Ladepunkten für BEV mit CCS Standard ist zu berücksichtigen, dass die meldenden Unternehmen beabsichtigen, die geplante Hochleistungslade-Infrastruktur (HPCI) nicht nur in einzelnen EWR-Mitgliedsstaaten, sondern in ganz Europa inklusive der Schweiz zu errichten, zu betreiben und zu unterhalten.

33. Das GU plant eine HPCI zu errichten, welche sich auch hinsichtlich ihrer Abdeckung für Langstreckenreisen eignet. Die E-MSP werden an einer solchen europaweiten Ladeinfrastruktur für den EWR und die Schweiz für ihre E-Mobility-Services höchst interessiert sein. Die meldenden Unternehmen gehen deshalb davon aus, dass die lokalen und internationalen E-MSP die Leistungen des GU nachfragen werden.

34. In der EU besteht in Bezug auf die Errichtung von Ladeinfrastruktur für BEV eine klare Tendenz zur Harmonisierung der rechtlichen Rahmenbedingungen. Beispielsweise sieht die EU-Richtlinie¹³ über den Aufbau der Infrastruktur für alternative Kraftstoffe (noch umzusetzende) Mindestanforderungen vor, welche u.a. gemeinsame technische Spezifikationen für Ladepunkte in den Mitgliedstaaten festlegt.

35. Für den sachlichen Markt für die Errichtung, den Betrieb und den Unterhalt einer öffentlich zugänglichen HPCI mit DC-Ladepunkten für BEV mit CCS-Standard ist im Sinne einer Arbeitshypothese von einem den gesamten EWR und die Schweiz umfassenden räumlichen Märkten auszugehen. Eine genaue räumliche Abgrenzung kann offen gelassen werden, da diese das Ergebnis der nachfolgenden Analyse, selbst bei nationaler räumlicher Abgrenzung, nicht verändert.

36. Die WEKO hat in ihrer bisherigen Praxis einen sachlich relevanten Markt für die Nutzung von Elektrofahrzeugen national abgegrenzt, da mutmasslich Angebote der Marktgegenseite schweizweit verglichen würden.¹⁴ Eine exakte Prognose, wie sich die Nachfrage der Nutzer räumlich entwickeln wird, lässt sich derzeit nicht exakt bestimmen.

37. Demnach ist für den sachlichen Markt für die Erbringung von E-Mobility Services im Sinne einer Arbeitshypothese von einem schweizweiten Markt auszugehen. Eine genaue räumliche Abgrenzung kann offen gelassen werden, da diese das Ergebnis der nachfolgenden Analyse, selbst bei einer weiter umfassenden räumlichen Abgrenzung, nicht verändert.

38. In früheren Entscheiden mit Bezug zu konventionellen Fahrzeugen hat die EU Kommission die Frage, ob der räumlich relevante Markt für neue PKW regional, national oder EU-weit ist, offengelassen. Aufgrund der Auswirkungen der Gruppenfreistellungsverordnung für vertikale Vereinbarungen und abgestimmte Verhaltensweisen im Kraftfahrzeugsektor hat sie aber eine Tendenz zu einer EU-weiten Marktabgrenzung festgestellt.

39. Das Bundesverwaltungsgericht hat in Übereinstimmung mit der bisherigen Praxis der WEKO die Märkte für Fahrzeuge national abgegrenzt.¹⁵ Die WEKO hielt fest, dass internationale Preisdifferenzen und Handelshindernisse dafür sprächen von nationalen Märkten zum Vertrieb von Personenwagen an Endkunden auszugehen. Auch die Tatsache, dass Parallel- und Direktimporte rückläufig sind und derzeit einen Anteil von 5 Prozent bis 8 Prozent ausmachten lässt eher auf eine nationale räumliche Marktabgrenzung schliessen.¹⁶

¹⁰ Zwecks Vollständigkeit verweisen die Parteien darauf, dass vorliegend kein vertikaler Bezug zu Plug-in-Hybrid-Fahrzeugen bestehe, da das GU den CCS-Standard (DC-Ladepunkte) mit einer Ladeleistung von über 43 kW anbieten werde (vgl. Rz 22 ff.). Plug-in-Hybride lassen sich demgegenüber lediglich an AC-Ladepunkten mit bis zu 3.7 kW laden, daher können Plug-In-Hybride nicht mit der CCS-Ladetechnologie des GU geladen werden.

¹¹ Vgl. <<http://www.eafo.eu/content/switzerland>> [EAFO] und <<https://www.auto.swiss/statistiken>> [Auto Schweiz].

¹² Vgl. <http://www.eafo.eu/eu#eu_pev_sales_v-ols_graph_anchor> [EAFO Registrationsnummern].

¹³ Europäisches Parlament/Rat, EU-Richtlinie 2014/94 über den Aufbau der Infrastruktur für alternative Kraftstoffe ABI L 307 vom 28.10.2014, S. 9 Artikel 1.

¹⁴ RPW 2016/3, 777 Rz 70, BKW/AEK.

¹⁵ Urteil BVGer B-3332/2012 vom 13.11.2015, E. 7.2, BMW/WEKO, RPW 2012/3, 561 ff. Rz 186 ff., BMW.

¹⁶ Handelszeitung vom 05.02.2015 unter: <<http://www.handelszeitung.ch/unternehmen/auto-direktimporte-mit-neuem-rekordtief-735723>>

40. Für den sachlichen Markt für Produktion und Vermarktung von BEV ist daher in räumlicher Hinsicht im Sinne einer Arbeitshypothese von einem schweizweiten Markt auszugehen. Eine genaue räumliche Abgrenzung kann offen gelassen werden, da diese das Ergebnis der nachfolgenden Analyse nicht verändert.

Voraussichtliche Stellung in den betroffenen Märkten

41. Das GU soll hauptsächlich auf dem Markt für die Errichtung, den Betrieb und den Unterhalt einer öffentlich zugänglichen HPCI mit DC-Ladepunkten für BEV mit CCS-Standard in ganz Europa inklusive der Schweiz tätig sein.

42. Da die Parteien selbst entweder nicht oder nur marginal auf einem solchen Markt tätig sind und da das GU einen für die Parteien neuen Geschäftsbereich erschliesst, wird dieses in der Aufbauphase, d.h. bis zur Errichtung der HPCI, noch nicht im Markt tätig sein und daher keinen Marktanteil besitzen. Zu Beginn des operativen Betriebs, d.h. nach Aufbau der HPCI im Jahr 2017, gehen die Parteien davon aus, dass das GU im EWR und in der Schweiz einen Marktanteil von deutlich unter [5-10] Prozent bzw. nur in der Schweiz unterhalb von [5-10] Prozent aufweisen werde.

43. Im Ergebnis ist der sachlich relevante Markt für die Errichtung, den Betrieb und den Unterhalt einer öffentlich zugänglichen HPCI mit DC-Ladepunkten für BEV mit CCS-Standard kein betroffener Markt (Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU).

44. Zurzeit sind drei der meldenden Unternehmen – namentlich BMW, Daimler und die VW-Gruppe – in geringem Masse auf dem Markt zur Erbringung von E-Mobility Services an Endkunden tätig. In der Schweiz erbringt von den meldenden Unternehmen einzig BMW E-Mobility Services gegenüber Endkunden. [...] Der Marktanteil von BMW in Bezug auf E-Mobility Services für BEV in der Schweiz beträgt [0-5] Prozent.

45. Im Ergebnis ist der sachlich relevante Markt für die Erbringung von E-Mobility Services kein betroffener Markt (Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU).

46. Die meldenden Unternehmen erreichen mit Blick auf die Produktion und Vermarktung der BEV vereint einen Anteil von rund [20-25] Prozent in der Schweiz und [30-35] Prozent im EWR.¹⁷ Konkret betragen die Anteile von BMW, Daimler, Ford und VW im Segment der Produktion und Herstellung und Vermarktung von BEV nach den internen Registrierungszahlen der meldenden Unternehmen und auf Basis des von EAFO veröffentlichten Marktvolumens jeweils [10-15] Prozent, [5-10] Prozent, [0-5] Prozent bzw. [0-5] Prozent und damit insgesamt [20-25] Prozent in der Schweiz. Berechnet wurden diese Anteile anhand der bis November 2016 im Jahr 2016 von den meldenden Unternehmen total registrierten BEV.

47. Im Ergebnis ist der Markt sachlich relevante Markt für die Produktion und Vermarktung von BEV ein betroffener Markt (Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU).

48. Die meldenden Unternehmen vertreten die Meinung, dass es keine direkte vertikale Verbindung zwischen dem Bereich der Produktion sowie Vermarktung von

BEV und dem Markt für die Errichtung, den Betrieb und den Unterhalt einer öffentlich zugänglichen HPCI für BEV gibt. Dieser Ansicht ist auch die EU-Kommission gefolgt, so dass die meldenden Unternehmen das Zusammenschlussvorhaben als vereinfachtes Formblatt CO anmelden durften. Zwischenzeitlich ist mit Entscheid der Europäischen Kommission vom 27. April 2017 dieses als mit dem Binnenmarkt und dem EWR-Abkommen vereinbar beurteilt worden.¹⁸

Aktueller Wettbewerb

49. Auf dem Markt für die Produktion und Vermarktung von BEV gilt es zunächst in Bezug auf den aktuellen Wettbewerb festzustellen, dass Elektrofahrzeuge im Jahr 2016 in der Schweiz sowie in der EU nur einen kleinen Teil von rund einem Prozent aller verkauften Neuwagen ausmachten (vgl. Rz 30). Allerdings stieg die Anzahl verkaufter BEV in den letzten Jahren kontinuierlich an und es ist zu erwarten, dass die Anzahl verkaufter BEV in den kommenden Jahren nochmals signifikant zunehmen werde, einerseits um die Emissionsvorgaben der Schweiz und der EU einhalten zu können, andererseits auch aufgrund der Tatsache, dass sämtliche relevanten Autohersteller die Lancierung von neuen BEV planen.

50. Die meldenden Unternehmen erreichen mit Blick auf die Produktion und Vermarktung der BEV vereint in der Schweiz einen Anteil von rund [20-25] Prozent (vgl. Rz 46). Wettbewerber der meldenden Unternehmen sind alle Automobilhersteller, welche BEV herstellen. In der Schweiz wurden im Jahr 2016 ca. 3'214 BEV verkauft. Davon entfielen insgesamt 1701 auf Tesla, 406 auf Renault, 171 auf Kia, 158 auf Nissan sowie 48 auf Hyundai.¹⁹ Bei diesen Herstellern handelt es sich nach ihren Anteilen um die stärksten Wettbewerber der meldenden Unternehmen in der Schweiz. Ihnen kommt laut der EAFO-Statistik ein Anteil von 52 % (Tesla), 12.4 % (Renault), 5.2 % (Kia), 4.8 % (Nissan), und 1.4 % (Hyundai) in der Schweiz zu.

51. Die BEV werden an E-MSP sowie Endkunden verkauft. Derzeit sind die Verkäufe von BEV an E-MSP – gemessen an den gesamten Verkäufen der meldenden Unternehmen – relativ gering. Es gibt [...] der meldenden Unternehmen abkauft. Der grösste Kunde von BMW im Jahr 2016 war die [...] mit [...] gekauften BEV. Weitere Kunden von BMW kauften jeweils [...]. Ford hat in der Schweiz im Jahr 2016 [...] verkauft. Die VW-Gruppe verkauft in der Schweiz [...]

¹⁷ Die grosse Mehrheit der BEV, welche von BMW, Ford und der VW-Gruppe im Jahr 2016 in der Schweiz und im EWR verkauft wurden, können mittels CCS geladen werden, wohingegen ein kleiner Teil nur mittels AC aufladbar ist. [...] Wie bereits erwähnt, haben die meldenden Unternehmen keine Kenntnisse davon, wie viele BEV mit dem CCS-Standard im Jahr 2016 in der Schweiz und im EWR und können entsprechend auch keine Schätzung abgeben, wie hoch die Gesamtzahl der entsprechenden BEV war.

¹⁸ Case COMP M.8376, BMW / Daimler / Ford / Porsche / JV.

¹⁹ Vgl. <<http://www.eafo.eu/vehicle-statistics/m1>>.

52. Da der Markt für BEV immer noch im Aufkommen begriffen und die Technologie der BEV noch in der Entwicklung ist, gibt es, nach Angaben der Parteien, noch keine Kundentreue resp. Markentreue der Kunden gegenüber einem bestimmten Anbieter. Im Gegenteil: da sich die BEV aufgrund der Technologieentwicklungen zunehmend voneinander abheben und unterscheiden, gelten die Kunden in diesem Bereich als besonders offen für sämtliche Angebote aller BEV-Hersteller. Dies ist umso mehr der Fall, da auf dem BEV-Markt auch Anbieter vorhanden sind, welche zuvor nie im Markt der klassischen Fahrzeuge mit Verbrennungsmotoren aktiv waren und damit komplett neue Automobilanbieter darstellen. Einer der bekanntesten dieser neuen Akteure ist Tesla, ein Unternehmen, das sich in relativ kurzer Zeit zu einer starken Marke für BEV entwickelt hat.

53. Auf der anderen Seite werden die Faktoren, welche heute beim Kauf eines BEV entscheidend sind (u.a. die Reichweite, die Batteriekapazität sowie die Ladegeschwindigkeit), in Zukunft weniger entscheidend sein, da sämtliche OEM-Fahrzeuge mit ähnlicher Batteriekapazität und Reichweite anbieten werden. Die Batteriegrösse wird dann wahrscheinlich nicht mehr von der Marke (dem Anbieter), sondern vielmehr von der Fahrzeugart abhängig sein.

Potentieller Wettbewerb

54. Im Hinblick auf den potentiellen Wettbewerb ist ein Durchbruch in der Elektromobilität nötig, dies erfordert, gemäss Angaben der Parteien, zwei Dinge: erstens attraktive BEV mit genügend grosser elektrischer Reichweite (je nach Batteriesystem) und zweitens ein umfassendes Netz an öffentlich zugänglichen Ladestationen. Die Verfügbarkeit der HPCI des GU ermöglicht eine Elektromobilität über lange Distanzen und wird einen Beitrag dazu leisten, dass immer mehr Abnehmer sich für ein BEV entscheiden werden.

55. Die meldenden Unternehmen gehen davon aus, dass die BEV mit grösseren Reichweiten und tieferen Preisen die herkömmlichen Fahrzeuge mit Verbrennungsmotoren immer mehr ersetzen werden. Im Zusammenhang mit den Forschungs- und Entwicklungstätigkeiten in Bezug auf einzelne Komponenten der BEV gibt es, gemäss Angaben der Parteien, mehrere Kooperationen zwischen BEV Herstellern und verschiedenen Lieferanten.

56. In den letzten fünf Jahren gab es weder in der Schweiz noch im EWR einen signifikanten Markteintritt im Bereich der Produktion sowie Vermarktung von BEV. Die meldenden Unternehmen gehen indessen davon aus, dass ein potenzieller Markteintritt in der Produktion und Vermarktung von BEV in der Schweiz und im EWR durch Faraday Future²⁰ zu erwarten ist. Des Weiteren erwarten die meldenden Unternehmen, dass Lucid Motors²¹, eine Elektroautogesellschaft die im Jahr 2007 in den USA gegründet wurde sowie Fiat-Chrysler und Volvo, den Markt in der Schweiz und dem EWR betreten werden.

57. Die Voraussetzungen für einen erfolgreichen Eintritt in den BEV Verkaufs- und Vermarktungsmarkt sind, gemäss Angaben der Parteien, vergleichbar mit jenen an einen Eintritt in den Markt für herkömmliche Fahr-

zeuge mit Verbrennungsmotoren. Relevante Faktoren sind dabei die Einhaltung der Europäischen Zertifizierungsstandards (Fahrzeugfreigabe), ein Händler- sowie Servicenetzwerk und ein attraktives Produktdesign.

58. Es gibt allerdings auch Faktoren, welche einen Markteintritt in Europa inklusive der Schweiz für BEV gegenüber herkömmlichen Fahrzeugen mit einem Verbrennungsmotor vereinfachen. Im Gegensatz zu Fahrzeugen mit einem Verbrennungsmotor müssen BEV beispielsweise die Emissionsvorschriften der Schweiz und der EU nicht einhalten, da sie ohnehin emissionsfrei sind. Überdies ist auch die bisherige technische Erfolgsbilanz bei einem BEV-Hersteller weniger entscheidend, da die BEV für sämtliche OEM eine neue Technologie darstellen. Vor diesem Hintergrund fangen sämtliche BEV-Hersteller gewissermassen bei null an und können nicht von früheren Fahrzeugentwicklungen profitieren, dies auch nicht aus Kundensicht. Des Weiteren ist auch das Service-Netzwerk einfacher aufzubauen, da bei BEV grundsätzlich weniger Anforderungen an den Service als bei herkömmlichen Fahrzeugen mit Verbrennungsmotoren bestehen. Aus der Perspektive der Technik scheinen die Hürden und Kosten für einen Markteintritt bei BEV tiefer, da die Elektroantriebe weniger komplex als herkömmliche Verbrennungsmotoren sind.

59. Die Kosten für Forschung und Entwicklung sowie die Herstellungskosten für BEV hängen von der Verfügbarkeit und der Ausgereiftheit neuer Technologien ab. Herausforderungen können sich dabei u.a. durch Technologiestandards ergeben. Zusätzlich könnten neue BEV Technologien möglicherweise auch von der Verfügbarkeit und dem Gebrauch von anderen Rohmaterialien als jenen bei konventionellen Fahrzeugen abhängen, beispielsweise bei Lithium oder raren Elementen/Materialien, welche zu höheren Kosten für Forschung und Entwicklung führen könnten. Entsprechend ist es aus ökonomischer Sicht (mit Blick auf die Kapitalrendite) von grösster Bedeutung, in der Lage zu sein, die BEV-Produkte in einer Vielzahl von Ländern verkaufen zu können und auf der einen Seite so viele Kunden wie möglich zu gewinnen, um damit auf der anderen Seite die Produktionsmengen erhöhen zu können.

60. Für die Kunden sind die grössten Hürden beim Kauf und der Verwendung von BEV die maximale Reichweite (die vom Batteriesystem des BEV abhängig ist) sowie die Verfügbarkeit von öffentlichen Ladestationen. Zusätzliche Aufwendungen in Forschung und Entwicklung werden in Zukunft zu einer grösseren Reichweite führen, hingegen auch grössere Batterien erfordern. Um diese grösseren Batterien auch wieder aufladen zu können, werden konsequenterweise schnellere Ladestationen benötigt. Diese beiden Faktoren werden die Kundennachfrage nach BEV erhöhen, erfordern indessen allerdings im Voraus getätigte Investitionen der beteiligten Unternehmen.

²⁰ <<https://www.ff.com/en/>>.

²¹ <<https://lucidmotors.com>>.

61. Die meldenden Unternehmen beabsichtigen, im Verlaufe der kommenden Jahre, neue BEV-Modelle zu lancieren, welche die neusten technologischen Entwicklungen widerspiegeln, insbesondere mit Blick auf höhere Ladegeschwindigkeiten und Ladevolumen, womit die Reichweite der Fahrzeuge erhöht werden soll.

Kartellrechtliche Analyse

62. Hinsichtlich einer Beurteilung nichthorizontaler Zusammenschlüsse ist in Übereinstimmung mit der Praxis der WEKO²² sowie der EU-Kommission bei der Ermittlung der Wahrscheinlichkeit einer wettbewerbswidrigen (vertikalen) Abschottung bei den Einsatzmitteln erstens zu untersuchen, ob das fusionierte Unternehmen die Möglichkeit hätte, den Zugang zu den Einsatzmitteln abzuschotten, zweitens, ob es den Anreiz dazu hätte und drittens, ob eine Abschottungsstrategie spürbare nachteilige Auswirkungen auf den nachgeordneten Wettbewerb hätte.²³

63. Die meldenden Unternehmen könnten grundsätzlich den Zugang zu HPCI für dritte E-MSP nur insoweit abschotten, als dass diese E-MSP E-Mobility Services für BEV anbieten, welche den CCS-Standard verwenden. Soweit die E-MSP indessen den Zugang für BEV zu den Ladestationen mit dem CHAdeMO-Ladestandard ermöglichen, können die entsprechenden BEV (zumindest beim heutigen Stand) aus technischen Gründen ohnehin nicht bei den Ladestationen des GU aufladen, sondern sind auf eine separate Ladeinfrastruktur angewiesen.

64. Schränke man den relevanten Markt auf die CCS-Ladestationen ein, kommt das GU, gemäss Angaben der Parteien, auf einen Marktanteil in der Schweiz von weniger als [5-10] Prozent und im EWR von [5-10] Prozent, selbst ohne Berücksichtigung der AC/DC Ladestationen (mit einer Ladekapazität von unter 43 kW) und/oder die CHAdeMO- und Tesla-Ladestationen.

65. Angesichts des geringen Marktanteils des GU mit Blick auf die CCS-Ladestationen gibt es viele andere Anbieter für HPCI mit CSS-Standard in der Schweiz und im EWR, welche im gleichen Ausmass dritte E-MSP bedienen können. Daher könnte das GU Drittparteien nicht behindern. Dies ist umso mehr der Fall, da auch die CHAdeMO-Ladestationen spätestens dann in die kartellrechtliche Beurteilung einbezogen werden müssten, sobald BEV mit CHAdeMO mittels Adapter ebenfalls an den CCS-Ladestationen geladen werden können.

66. Weiter ist zu beachten, dass der Markt für HPCI ein äusserst dynamischer ist und schnell wächst und das GU wird mit Blick auf die Bereitstellung einer HPCI somit einer grossen Konkurrenz gegenüberstehen.²⁴ Zudem gehen die meldenden Unternehmen davon aus, dass weitere Unternehmen in den HPCI-Markt sowohl in der Schweiz als auch im EWR eintreten werden, um die steigende Nachfrage nach der entsprechenden Infrastruktur für Langstreckenreisen abzudecken. Konkret erwarten die meldenden Unternehmen beispielsweise von Chargepoint (USA) und von Greenslots (Singapur), welche in ihren Heimatmärkten mit Blick auf HPCI bereits aktiv sind, einen Markteintritt in Europa. Über den genauen Zeitpunkt des Markteintritts haben die meldenden Unternehmen jedoch, gerade weil es sich um wettbewerbssensitive Informationen handelt, keine Kenntnis.

67. Im Ergebnis besteht kein Risiko für Abschottung des Zugangs zu Hochleistungsladestationen. Das GU werde seine Dienstleistungen im Bereich der HPCI hauptsächlich an E-MSP erbringen, welche ihrerseits auf dieser Basis E-Mobility Services für BEV anbieten. Dabei hätte das GU auch nicht die Möglichkeit, den Zugang zu Ladestationen für dritte E-MSP abzuschotten.

68. Zur Etablierung der HPCI tätigen die meldenden Unternehmen eine bedeutende Investition und beabsichtigen daher auch einen möglichst breiten Kundenstamm zu bedienen. Würde das GU nun (hypothetisch) dritte E-MSP abschotten, so würden die E-MSP zu anderen bereits bestehenden CCS-HPCI-Anbietern wechseln. Zudem würden dritte E-MSP, welche BEV von den meldenden Unternehmen erwerben (wie beispielsweise Car Sharing-Unternehmen), ihre Käufe bei den meldenden Unternehmen als Reaktion auf eine mögliche Abschottungsstrategie unterlassen und zu anderen BEV-CCS-Herstellern wechseln oder aber Hersteller berücksichtigen, welche den CHAdeMO-Standard verwenden. Entsprechend würden die meldenden Unternehmen einen bedeutenden Teil ihrer Kundenschaft an Hersteller mit CHAdeMO-Standard verlieren.

69. Darüber hinaus würde die Beschränkung der installierten HPCI auf „eigene“²⁵ BEV auch bedeuten, dass sich eine deutlich kleinere Anzahl von BEV an der Finanzierung der HPCI beteiligen würde. Das GU soll allerdings, gemäss Angaben der Parteien, hauptsächlich durch Beiträge von Abonnenten der E-MSP finanziert werden. Die OEM haben damit einen Anreiz, möglichst vielen BEV den Zugang zur HPCI des GU zu gewährleisten, um entsprechende Umsätze generieren zu können.

70. Im Ergebnis besteht kein Anreiz zur Abschottung für die meldenden Unternehmen, da eine Abschottungsstrategie für diese im Hinblick auf eine wirtschaftliche Geschäftsstrategie des GU keinen Sinn ergeben würde.

71. In Bezug auf eine Beurteilung der Gesamtauswirkung auf den Wettbewerb würde daher jegliche hypothetische Abschottungsstrategie des GU keine Wirkung auf den Wettbewerb haben, da gar keine Möglichkeit vorhanden ist, den Wettbewerb spürbar behindern zu können. Gemäss Angaben der Parteien verfügt das GU in der Schweiz sowie im EWR nur über Marktanteile von weniger als [5-10] Prozent bzw. [5-10] Prozent. Folgerichtig gäbe es in der Schweiz und im EWR zahlreiche andere Anbieter für HPCI, die im gleichen Ausmass

²² RPW 2016/3, 763 ff. Rz 57 ff., *Denali Holding Inc./EMC Corporation*, RPW 2016/1, 210 ff. Rz 238 ff. Fn 107, *General Electric Company/ALSTOM Energy*, RPW 2014/4, 751 ff. Rz 38 ff. Fn 12, *KKR & Co. LP./Allianz SE/Selecta AG*, RPW 2007/4, 557 ff. Rz. 47 ff., *SWX Group/Verein SWX Swiss Exchange/SIS Swiss Financial Services Group AG/Telekurs Holding AG*.

²³ Siehe dazu Europäische Kommission, Leitlinien zur Bewertung nichthorizontaler Zusammenschlüsse (nachfolgend: Leitlinien) ABI C 265 vom 18.10.2008, Rz 32, RPW 2016/1, 210 ff. Rz 239, *General Electric Company/ALSTOM Energy*, RPW 2014/4, 751 ff. Rz 42, *KKR & Co. LP./Allianz SE/Selecta AG*.

²⁴ U.a. sind folgende (regionale) Unternehmen im Markt aktiv geworden: EVite, GoFastCharge AG, Groupe E SA, Alpiq E-Mobility AG, Freshmile, EV box, Shell, Tank&Rast usw.

²⁵ Im Sinne der Erläuterungen von Fn 7.

dritte E-MSP bedienen könnten. In Anbetracht der Tatsache, dass das GU keine Marktmacht habe, würde es auch keine Auswirkungen auf den Wettbewerb geben, selbst wenn das GU eine Abschottungsstrategie führte.

72. Dies wird durch die Tatsache unterstützt, als dass der HPCI-Markt ein sehr dynamischer und schnell wachsender ist und in den nächsten drei Jahren zahlreiche Markteintritte zu erwarten sind. Das Zusammenschlussvorhaben wirkt daher eher pro-kompetitiv.

73. Das GU werde, gemäss Angaben der Parteien, in der Schweiz und im EWR eine Infrastruktur von Hochleistungs-Ladestationen entwickeln und bauen, was die Möglichkeit eines Ladens mit bis zu 350 kW an den Verkehrsstrassen sowie dem Fernstrassennetz ermöglichen werde. Es besteht weder die technische noch die vertragliche Möglichkeit noch ein Anreiz dazu die Errichtung einer Hochleistungsladeinfrastruktur an die Produktion und Vermarktung von BEV zu binden. Käufer eines BEV würden auch eine vertragliche Exklusivität auf die Ladepunkte des GU auch nicht akzeptieren.

74. Im Ergebnis gibt es keine Anhaltspunkte, welche auf eine vertikale Abschottung im Hinblick auf das GU erwarten liessen (vgl. Rz 62).

75. Im Hinblick auf eine horizontale Beurteilung sind die meldenden Unternehmen in Bezug auf die Herstellung

und Vermarktung von BEV Wettbewerber. Die Gründung des GU werde, gemäss Angaben der Parteien, zu keiner Koordination zwischen den meldenden Unternehmen führen, welche eine Beeinträchtigung des Wettbewerbs im Sinne von Art. 5 KG zur Folge hätte. Insbesondere werden die meldenden Unternehmen aufgrund des geplanten Zusammenschlusses nicht in der Lage sein, vertrauliche Informationen bezüglich Marktanteile auszutauschen und der geplante Zusammenschluss erleichtert auch nicht eine abgestimmte Verhaltensweise. Gemäss Angaben der Parteien haben die meldenden Unternehmen darüber hinaus alle Schritte unternommen und werden diese weiter unternehmen, um eine Abstimmung bzw. einen Austausch von Informationen in Bezug auf Marktanteile, in den Bereichen in denen die meldenden Unternehmen Wettbewerber sind (inklusive der Herstellung und Vermarktung von BEV) zu unterlassen.

Ergebnis

76. Im Ergebnis ergibt die vorläufige Prüfung aus den genannten Gründen keine Anhaltspunkte, dass der Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken wird. Die Voraussetzungen für eine vertiefte Prüfung des Zusammenschlusses nach Art. 10 KG sind daher nicht gegeben.

B 2.3

2. BLS AG/Transport Ferroviaire Holding SAS

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

Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU vom 24. Mai 2017

Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 24. Mai 2017

A Sachverhalt

1. Am 27. April 2017 hat die Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben (nachfolgend: Meldung) erhalten. Gemäss Meldung beabsichtigen die BLS AG und die Transport Ferroviaire Holding SAS (nachfolgend: TFH), ein Tochterunternehmen der SNCF Mobilités, die gemeinsame Kontrolle über die BLS Cargo AG (nachfolgend: BLS Cargo) zu erlangen. Heute wird die BLS Cargo allein von der BLS AG kontrolliert.

A.1 Beteiligte Unternehmen

A.1.1 BLS AG

2. Die **BLS AG** ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in Bern, die hauptsächlich im Personen- und Güterverkehr tätig ist. Zusammen mit ihren Tochterunternehmen bildet sie die **BLS-Gruppe**. Die BLS AG gehört zu 55,75 % dem Kanton Bern und zu 21,7 % der Schweizerischen Eidgenossenschaft. Weitere 22,55 % der Aktien werden von diversen Kantonen, Gemeinden sowie von Privaten gehalten.

3. Die **BLS-Gruppe** betreibt die S-Bahn in der Region Bern, einige Regio- und Regio-Express-Linien, ein Busnetz im Emmental, Schifffahrt auf dem Thuner- und dem Brienzersee, sowie den Autoverlad am Lötschberg. Daneben ist sie mittels ihres Tochterunternehmens BLS Cargo AG im Schienengüterverkehr durch die Alpen und innerhalb der Schweiz tätig. Zudem besitzt und betreibt die BLS-Gruppe den NEAT-Basistunnel am Lötschberg und unterhält ein Eisenbahnschienennetz. Des Weiteren bietet die BLS-Gruppe Werkstattdienstleistungen an Eisenbahnfahrzeugen und Dienstleistungen in den Bereichen Engineering, Elektrik und Elektronik. Schliesslich ist sie im Betrieb von Reisezentren, der Beschaffung von Rollmaterial, sowie dem Bau und Betrieb von (Eisenbahn-)Infrastruktur tätig.

4. Zur BLS-Gruppe gehören neben der BLS AG die BLS Netz AG (vgl. Rz 5), die Busland AG (vgl. Rz 6) und die BLS Cargo AG (vgl. Rz 16 f.). Zudem kontrolliert die BLS AG gemeinsam mit der Schweizerische Südostbahn AG die KPZ Fahrbahn AG¹ (vgl. Rz 7) sowie gemeinsam mit Hupac und SBB Cargo die RAlpin AG (vgl. Rz 8). Ferner

hält die BLS AG Anteile an der Trasse Schweiz AG (vgl. Rz 9) und der JETBOAT Interlaken AG (vgl. Rz 10), [...].

5. Die **BLS Netz AG** betreibt, unterhält und baut das 420 Kilometer lange Eisenbahnnetz der BLS-Gruppe, welches auch die Lötschbergachse (Basistunnel und Bergstrecke) umfasst.

6. Die **Busland AG** erbringt Dienstleistungen im öffentlichen Linienverkehr. Im Emmental deckt die Busland AG ein über 200 Kilometer langes Busstreckennetz auf 18 Buslinien ab. Zusätzlich zum Linienverkehr fährt die Busland AG Bahnersatzleistungen für die BLS sowie Moonlinerdienste für die Nachtliniengesellschaft.

7. Die **KPZ Fahrbahn AG** bezweckt das Anbieten von Know-how und Expertenleistungen im Bereich Fahrbahn und Interaktion. Dies betrifft beispielsweise die Themenkreise Technologie, Asset-Management, Ausbildung, Sicherheit oder Anschlussgleise.

8. Die **RAlpin AG** bezweckt die Entwicklung, den Betrieb und die Vermarktung der Rollenden Autobahn im alpenquerenden Verkehr im Auftrag des Bundes.

9. Die **Trasse Schweiz AG** ist eine nicht gewinnorientierte Aktiengesellschaft der Schweizerische Bundesbahnen SBB (nachfolgend: SBB), BLS AG, Schweizerische Südostbahn AG und dem Verband öffentlicher Verkehr. Sie bezweckt die unparteiische Planung, Zuteilung und Optimierung von Nutzungsrechten auf dem schweizerischen Schienennetz.

10. Die **JETBOAT Interlaken AG** bietet Fahrten mit Jetbooten auf dem Brienzersee an und verfügt über zwei Boote mit jeweils 11 Personen Kapazität.

A.1.2 TFH bzw. SNCF Mobilités

11. Die **SNCF Mobilités** ist ein durch den französischen Staat kontrolliertes öffentliches Unternehmen mit Sitz in Frankreich, welches unter anderem im Personen- und Güterverkehr auf der Schiene tätig ist.² Die SNCF Mobilités besitzt zahlreiche Tochtergesellschaften – so u. a. die direkt bzw. formal am Zusammenschluss beteiligte TFH – und bildet mit diesen die **SNCF-Mobilités-Gruppe**. Abbildung 1 verdeutlicht die Organisationsstruktur von SNCF Mobilités.

¹ Vgl. <http://www.kpz-fahrbahn.ch/fahrbahn/ueber-uns/kompetenzen/trum_fahrbahn.html> (11.05.2017).

[...]

Abbildung 1: Vereinfachte Organisationsstruktur der SNCF-Mobilités-Gruppe

12. Die SNCF-Mobilités-Gruppe ist in die drei Geschäftsdivisionen SNCF Logistics (vgl. Rz 13), SNCF Voyageurs (vgl. Rz 14) und Keolis (vgl. Rz 15) gegliedert. Ihre Beteiligungen hält die SNCF-Mobilités-Gruppe fast ausschliesslich indirekt über verschiedene Tochterunternehmen, die Holding-Aufgaben übernehmen. Ein solches Tochterunternehmen mit Holding-Funktionen ist auch die TFH, die Erwerberin der Aktien der BLS Cargo.³

13. Die Geschäftsdivision **SNCF Logistics** betreibt die gesamten Güterverkehr- und Logistikaktivitäten der SNCF-Mobilités-Gruppe. Diese Geschäftstätigkeiten umfassen unter anderem die Bereiche Eisenbahngüterverkehr, kombinierter Transport (Schiene-Strasse und Schiene-Schiff), (Bahn-)Spedition, Vermietung von rollendem Eisenbahnmateriale, Vermietung von Tankcontainern, sowie Logistiklösungen für die Automobilindustrie. Auf die Tochterunternehmen von SNCF Logistics wird nachfolgend in den Vorbemerkungen zur Marktabgrenzung eingegangen (vgl. Rz 54 ff.).

14. Die Geschäftsdivision **SNCF Voyageurs** ist im nationalen und internationalen Personentransport und in der Distribution, vor allem in Frankreich, tätig. SNCF Voyageurs betreibt Regional- und klassische Züge (u.a. TER und Intercités), Hochgeschwindigkeitszüge (TGV) und Fernbusse in Frankreich und Europa. Zudem ist die SNCF Voyageurs für das Management und die Entwicklung französischer Eisenbahnhaltstellen zuständig. Auf die Tochterunternehmen von SNCF Logistics wird nachfolgend in den Vorbemerkungen zur Marktabgrenzung eingegangen (vgl. Rz 64 ff.).

15. Die Geschäftsdivision **Keolis** ist im öffentlichen Personentransport (Omnibusse und Reisebusse, U-Bahnen, Straßenbahnen, Züge, Fahrräder, Parkplätze, Carsharing, Fahrgemeinschaften, sowie Binnen- und Seefähren) in Frankreich und 15 weiteren Ländern tätig. Es handelt sich dabei um einen Konzern, an dem SNCF Mobilités eine Mehrheitsbeteiligung hält. Keolis ist gemäss Meldung nicht in der Schweiz tätig. Zudem bestehen keine Anhaltspunkte, dass die Geschäftstätigkeit von Keolis einen Bezug zur Schweiz aufweist. Im Rahmen der Beurteilung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens ist eine weitergehende Betrachtung von Keolis daher nicht erforderlich.

A.1.3 BLS Cargo

16. Die BLS Cargo ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in Bern und betreibt Schienengüterverkehr innerhalb und durch die Schweiz. Schwerpunkt ist der Alpen transit über die Lötschberg/Simplon- und die Gotthard-Route. Hier bietet die BLS Cargo Züge im unbegleiteten kombinierten Verkehr, im begleiteten kombinierten Verkehr (Rollende Autobahn) sowie im konventionellen Verkehr an. BLS Cargo besitzt zwei Tochtergesellschaften, die BLS Cargo Italia S.r.l. und die BLS Cargo Deutschland GmbH, welche ausserhalb der Schweiz Serviceleistungen für die BLS Cargo erbringen.⁴

17. Derzeit (vor der geplanten Transaktion) hält die BLS AG 97 % der Aktien und die IMT-Dienst AG 3 % der Aktien an der BLS Cargo. Die BLS Cargo wird heute von der BLS AG alleine kontrolliert.

A.1.4 Das Zusammenschlussvorhaben

18. Gemäss Meldung beabsichtigt die BLS AG mit Aktienkaufvertrag vom 14. Februar 2017, 45 % ihrer Aktien an der BLS Cargo an TFH zu verkaufen. Damit würde TFH nach dem Vollzug 45 %, die BLS AG 52 % und die IMT-Dienst AG 3 % der Aktien der BLS Cargo besitzen. Der Aktionärsbindungsvertrag räume TFH weitgehende Mitspracherechte ein. Nach dem Vollzug der Transaktion würden die BLS AG und TFH die BLS Cargo gemeinsam kontrollieren. Das Zusammenschlussvorhaben wurde gemäss Meldung auch dem deutschen Bundeskartellamt gemeldet und von diesem am 10. April 2017 freigegeben.

19. [...]

20. [...]

21. [...]

22. [...]

23. [...]

24. [...]

B Erwägungen

B.1 Geltungsbereich

25. 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).

B.1.1 Unternehmen

26. Als Unternehmen gelten sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform (Art. 2 Abs. 1^{bis} KG). Die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen sind als derartige Unternehmen zu qualifizieren.

² Die SNCF Mobilités ist selbst Teil des SNCF-Konzerns. Dieser besteht aus den drei ÉPIC (öffentlichen Unternehmen) SNCF, SNCF Mobilités und SNCF Réseau (vgl. <<http://www.sncf.com/de/profil/epic>> [01.05.2017]). SNCF übernimmt die Aufgaben einer Konzernholding. SNCF Réseau betreibt das französische Schienennetz. SNCF Mobilités ist für die Kernaktivitäten im Konzern, den Personen- und Güterverkehr, verantwortlich (vgl. <<http://www.sncf.com/de/konzernprofil/eindienstleistungskonzern>> [01.05.2017]). Es rechtfertigt sich daher, zur Beurteilung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens lediglich SNCF Mobilités zu betrachten.

³ [...].

⁴ In geringem Umfang beziehen auch Dritte Leistungen von beiden Unternehmen. Auch diese Leistungen werden im Ausland erbracht.

B.1.2 Unternehmenszusammenschluss

27. Als Unternehmenszusammenschluss gilt 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 (Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG).

28. Ein Unternehmen erlangt im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG die Kontrolle über ein bisher unabhängiges Unternehmen (Zielunternehmen), wenn es durch den Erwerb von Beteiligungsrechten oder auf andere Weise die Möglichkeit erhält, einen bestimmenden Einfluss auf die Tätigkeit des Zielunternehmens auszuüben (Art. 1 VKU). Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG hat damit grundsätzlich immer eine Änderung der Kontrollverhältnisse an einem oder mehreren Zielunternehmen zum Gegenstand.⁵

29. 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).

30. Im Folgenden ist somit zu prüfen, ob (a) die BLS-Gruppe und SNCF Mobilités die gemeinsame Kontrolle an der BLS Cargo erlangen und (b) BLS Cargo auf Dauer alle Funktionen einer selbständigen wirtschaftlichen Einheit erfüllt bzw. es sich bei BLS Cargo um ein Vollfunktionsunternehmen handelt.

B.1.2.1 Gemeinsame Kontrolle

31. Gemeinsame Kontrolle liegt in der Regel vor, wenn die kontrollierenden Unternehmen bei allen wichtigen Entscheidungen betreffend das kontrollierte Unternehmen Übereinstimmung erzielen müssen.⁶ 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.⁷ Ist die gemeinsame Beschlussfassung für strategische geschäftspolitische Entscheidungen nicht explizit vorgesehen, wird ein Unternehmen dennoch gemeinsam kontrolliert, wenn zwei oder mehr kontrollierende Unternehmen z.B. mittels Vetorechten strategische Entscheidungen blockieren können, was zur Folge hat, dass die beteiligten Unternehmen die Geschäftspolitik gemeinsam festlegen müssen.⁸ Schliesslich können die beteiligten Unternehmen auch ohne Vetorechte die gemeinsame Kontrolle erlangen, wenn sie bei der Ausübung der Stimmrechte gemeinsam handeln. Dies kann das Ergebnis einer Stimmrechtsbindung sein oder sich in seltenen Fällen de facto aufgrund gemeinsamer Interessen ergeben.⁹

32. Gemäss Meldung äussert sich der Aktionärsbindungsvertrag auch zur Zusammensetzung des Verwaltungsrats. Dieser bestehe aus insgesamt sechs Mitgliedern, [...].

33. [...]

34. [...]

35. Gestützt auf diese Ausführungen der Meldung kann vorliegend davon ausgegangen werden, dass die BLS AG und SNCF Mobilités nach Vollzug des Zusammenschlussvorhabens die BLS Cargo gemeinsam kontrollieren würden.

B.1.2.2 Vollfunktion

36. Gemäss Praxis der WEKO liegt der Vollfunktionscharakter eines Gemeinschaftsunternehmens im Sinne von Art. 2 Abs. 1 VKU unter folgenden Voraussetzungen vor:¹⁰

- 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.¹¹
- 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.

Das Gemeinschaftsunternehmen muss über ein sich dem Tagesgeschäft widmendes Management und ausreichende Ressourcen wie finanzielle Mittel, Personal, materielle und immaterielle Vermögenswerte verfügen.

37. 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.¹²

38. Gemäss Meldung wird BLS Cargo unter eigenem Namen und eigener Marke auf dem Markt auftreten und dabei Güterverkehrsdienstleistungen anbieten. Diese Leistungen erbringe die BLS Cargo gegenüber der verladenden Wirtschaft, d.h. gegenüber Dritten.

⁵ Vgl. RPW 2013/3, 357 Rz 24, *Tamedia AG/Schibsted/ SCMS/piazza.ch/car4you*; RPW 2011/4, 670 Rz 34, *Fluxys/Swissgas/Transitgas*.

⁶ PATRIK DUCREY, in: Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Bd. V/2, Von Büren/David (Hrsg.), Basel 2000, 239.

⁷ RPW 2005/2, 349 Rz 23, *Swissgrid*.

⁸ RPW 2006/3, 480 Rz 36, *Atel – EOS-Aktiven*.

⁹ RPW 2006/3, 480 Rz 37, *Atel – EOS-Aktiven*.

¹⁰ Vgl. RPW 2011/2, 283 Rz 3, *Resun Plus AG*.

¹¹ Vgl. RPW 2011/2, 283 Rz 5 f., *Resun Plus AG*; RPW 2011/3, 430 Rz 90 f., *Swisscom (Schweiz) AG/Groupe E SA*.

¹² Vgl. RPW 2011/2, 283 Rz 4 f., *Resun Plus AG*.

Marktauftritt

39. Es ist damit davon auszugehen, dass das Gemeinschaftsunternehmen BLS Cargo nicht bloss eine Hilfsfunktion für die BLS AG und SNCF Mobilités ausübt, sondern als Anbieterin auf dem Markt auftritt. Das Vollfunktionskriterium des Marktauftritts ist daher zu bejahen.

Selbständige wirtschaftliche Einheit

40. Das Erfordernis der selbständigen wirtschaftlichen Einheit bedeutet nach Praxis und Lehre nicht, dass das Gemeinschaftsunternehmen sämtliche Entscheidungen selbständig treffen können muss. Dass auf strategischer Ebene die Mutterunternehmen die Entscheidungen treffen, und nicht das Gemeinschaftsunternehmen, ist gerade Voraussetzung für das Vorliegen gemeinsamer Kontrolle. Das Vollfunktionskriterium der selbständigen wirtschaftlichen Einheit beschlägt daher die Selbständigkeit des Gemeinschaftsunternehmens in operativer bzw. funktionaler Hinsicht.¹³

41. Gemäss Meldung verfolgt BLS Cargo eine eigenständige Geschäftspolitik nach marktwirtschaftlichen Kriterien und schliesst die entsprechenden Kundenverträge selbst ab. Dementsprechend ist das Gemeinschaftsunternehmen als selbständige wirtschaftliche Einheit zu qualifizieren.

Auf Dauer angelegt

42. 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.¹⁴ Auch kann in der Regel die Tatsache, dass die kontrollierenden Unternehmen dem Gemeinschaftsunternehmen Ressourcen übertragen, als Nachweis für die Dauerhaftigkeit gelten.¹⁵

43. Gemäss Meldung ist BLS Cargo eine Aktiengesellschaft von unbeschränkter Dauer ohne allgemeine Kündigungsmöglichkeiten. [...] Es kann dementsprechend davon ausgegangen werden, dass das Gemeinschaftsunternehmen BLS Cargo auf Dauer angelegt ist.

Management und Ressourcen

44. Ob ein Gemeinschaftsunternehmen nebst dem Management über ausreichende personelle und finanzielle Ressourcen verfügt, lässt sich nicht in allgemeiner Weise bemessen. Welche Ressourcen als ausreichend zu qualifizieren sind, bestimmt sich aufgrund der konkreten Geschäftstätigkeit des Gemeinschaftsunternehmens.¹⁶

45. Gemäss Meldung verfügt BLS Cargo über eigenes Personal und hat in den Jahren 2015 und 2016 jeweils rund 120 Mitarbeiter beschäftigt. Dazu zählt auch ein Management. Die BLS Cargo verfügt laut Meldung auch über ausreichende Mittel, namentlich über ausreichend Lokomotiven. BLS Cargo finanziert sich im Grundsatz am Markt und solle operieren, ohne auf Garantien oder Comfort Letters der Parteien angewiesen zu sein.

46. Damit kann davon ausgegangen werden, dass das Gemeinschaftsunternehmen BLS Cargo sowohl über ein

sich dem Tagesgeschäft widmendes Management als auch ausreichende Ressourcen verfügen wird.

Fazit Vollfunktion

47. Aufgrund der obigen Ausführungen ist davon auszugehen, dass BLS Cargo diese Voraussetzungen ohne weiteres erfüllt und ein Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmen ist. Beim vorliegenden Vorhaben handelt es sich somit um einen Unternehmenszusammenschluss im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG.

B.2 Vorbehaltene Vorschriften

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

B.3 Meldepflicht

49. Vorhaben über Zusammenschlüsse von Unternehmen sind vor ihrem Vollzug der WEKO zu melden, sofern im letzten Geschäftsjahr vor dem Zusammenschluss die beteiligten Unternehmen einen Umsatz von insgesamt mindestens 2 Mrd. Franken oder einen auf die Schweiz entfallenden Umsatz von insgesamt mindestens 500 Mio. Franken erzielten (Art. 9 Abs. 1 Bst. a KG) und mindestens zwei der beteiligten Unternehmen einen Umsatz in der Schweiz von je mindestens 100 Mio. Franken erzielten (Art. 9 Abs. 1 Bst. b KG).

50. Gemäss Meldung beträgt der kumulierte Umsatz der am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen im Geschäftsjahr 2016 weltweit [...] Franken und in der Schweiz [...] Franken. Die Umsätze der beteiligten Unternehmen im Jahr 2016 in der Schweiz betragen laut Meldung [...] Franken (BLS AG ohne BLS Cargo), [...] Franken (SNCF Mobilités) und [...] Franken (BLS Cargo).

51. Die Umsatzschwellen von Art. 9 Abs. 1 KG sind damit erreicht. Das Zusammenschlussvorhaben ist meldepflichtig.

B.4 Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens im Rahmen der vorläufigen Prüfung

52. 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).

53. 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.

¹³ Vgl. MANI REINERT, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 4 Abs. 3 KG N 316.

¹⁴ Vgl. RPW 2005/2, 360 Rz 30, *Cashgate*.

¹⁵ Vgl. RPW 2009/4, 390 Rz 107, *Post/NZZ/Tamedia und Post/Tamedia*; vgl. zum Ganzen auch BSK KG-Reinert (Fn 13), Art. 4 Abs. 3 KG N 362.

¹⁶ Vgl. BSK KG-REINERT (Fn 13), Art. 4 Abs. 3 KG N 331.

B.4.1 Relevante Märkte

B.4.1.1 Vorbemerkungen zur Geschäftstätigkeit der SNCF Mobilités

SNCF Logistics

54. Die SNCF Logistics ist mittels zahlreicher Tochterunternehmen in verschiedenen Ländern tätig. Abbildung 2 verdeutlicht die Organisationsstruktur von SNCF Logistics.¹⁷

[...]

Abbildung 2: Vereinfachte Organisationsstruktur der SNCF Logistics

56. Verschiedene Tochterunternehmen von SNCF Logistics sind laut Meldung hingegen in der Schweiz tätig und/oder weisen Geschäftstätigkeiten mit Bezug zur Schweiz auf. Dabei handelt es sich um die Fret SNCF (vgl. Rz 57), die Ermewa-Gruppe (vgl. Rz 58), Captrain (vgl. Rz 59), Forwardis (vgl. Rz 60), die EUROFIMA (vgl. Rz 61), Geodis (vgl. Rz 61) sowie die Ateliers d'Orval SAS (vgl. Rz 63).

57. Die **Fret SNCF** ist eine Marke und Business Unit der SNCF-Mobilités-Gruppe im Bereich Schienengütertransport. Traktionsleistungen ausserhalb Frankreichs kauft sie ganz oder teilweise bei anderen Eisenbahnverkehrsunternehmen (nachfolgend: EVU) ein. In der Schweiz besitzt Fret SNCF keine Produktionsmittel und ist lediglich als Kundin tätig.

58. Die **Ermewa-Gruppe**¹⁸ vermietet Eisenbahngüterwagen und Tankcontainer. [...]

59. Unter der Marke **Captrain**¹⁹ ist SNCF Logistics im Schienengüterverkehr ausserhalb Frankreichs tätig. Ihre Tochterunternehmen [...] und [...] fragen in der Schweiz Traktionsleistungen im kombinierten Transitverkehr nach. Diese wurden in der Vergangenheit von [...], in den Jahren 2013 bis 2015 aber auch teilweise von [...] erbracht. [...] ist ein EVU mit Sitz in Basel, welches ebenfalls zu Captrain gehört. [...]

60. Unter der Marke **Forwardis** ist SNCF Logistics in der Spedition im Schienengüterverkehr und im kombinierten Verkehr aktiv.²⁰ Forwardis konzentriert seine Aktivitäten vor allem auf Schüttgut, Gefahrgüter, sowie Industrie- und Fertigerzeugnisse. Kunden in der Schweiz werden durch das französische Tochterunternehmen Forwardis SA betreut.

61. Die **EUROFIMA** mit Sitz in Basel bezweckt die Finanzierung von Eisenbahnmaterial. Sie wurde 1956 basierend auf einem internationalen Übereinkommen 25 europäischer Staaten gegründet. [...].²¹

62. **Geodis** ist ein weltweit tätiger Transport- und Logistikkonzern, welcher laut Meldung unter anderem im Strassenverkehr, der See- und Luftverkehrsspedition, dem Supply-Chain-Management, der Lagerverwaltung, der Distribution und im Bereich Expresslieferung tätig ist.²² In der Schweiz ist Geodis mittels ihrer Tochter Geodis Global Solutions Switzerland SA tätig. Diese bietet Supply-Chain-Optimierungsdienste und andere Mehrwertdienstleistungen [...] an. Mit [...] erzielte die

55. Mehrere Tochterunternehmen von SNCF Logistics sind laut Meldung nicht in der Schweiz tätig. Da keine Anhaltspunkte bestehen, dass deren Geschäftstätigkeiten einen Bezug zur Schweiz aufweisen, ist eine weitergehende Betrachtung dieser Unternehmen im Rahmen der Beurteilung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens nicht erforderlich. [...]

Geodis Global Solutions Switzerland SA Umsätze von [...] Franken im Jahr 2016. Die Geschäftstätigkeit von Geodis Global Solutions Switzerland SA könnte derjenigen von BLS Cargo, welche im Güterverkehr tätig ist, möglicherweise benachbart sein. So könnte eine gewisse Komplementarität zwischen dem Supply-Chain-Management und Gütertransporten bestehen. Im Zusammenhang mit der Geodis Global Solutions Switzerland SA ist zur Beurteilung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens daher vor allem die Frage relevant, ob sich konglomerate Effekte zwischen der Tätigkeit der Geodis Global Solutions Switzerland SA und dem Güterverkehr ergeben. Eine Koppelung von Dienstleistungen im Güterverkehr an Dienstleistungen im Supply-Chain-Management dürfte im Bereich Güterverkehr aufgrund der geringen Umsätze der Geodis Global Solutions Switzerland SA allerdings nur vernachlässigbare Auswirkungen haben und keine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken. Eine Koppelung von Dienstleistungen im Supply-Chain-Management an Dienstleistungen im Güterverkehr scheint für die SNCF Mobilités angesichts ihrer Marktanteile im Güterverkehr (vgl. Rz 113) nicht unbedingt durchsetzbar zu sein und dürfte somit keine marktbeherrschende Stellung im Bereich des Supply-Chain-Managements begründen oder verstärken. Zudem ist zu beachten, dass eine Koppelung auch derzeit schon stattfinden könnte, da SNCF Mobilités auch schon vor dem Zusammenschlussvorhaben sowohl im Güterverkehr als auch im Supply-Chain-Management tätig ist. Aus diesen Gründen muss die Geodis im Rahmen der Beurteilung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens nicht eingehender betrachtet werden.

¹⁷ [...].

¹⁸ In der Schweiz ist die Ermewa-Gruppe mittels der Tochtergesellschaften Ermewa Ferroviaire (Suisse) SA und Ermewa Intermodal (Suisse) SA präsent. Diese tätigen Investitionen in Eisenbahngüterwagen bzw. Tankcontainer. Eine weitere Gesellschaft, die Ermewa SA en liquidation mit Sitz in Genf, wird derzeit liquidiert. [...].

¹⁹ Die Tochtergesellschaften, welche die Marke und den Namen Captrain benutzen, stellen das Captrain-Netzwerk (oder die Captrain Gesellschaften) dar. Captrain Gesellschaften gibt es vor allem in Deutschland aber auch in Italien, Benelux, Rumänien, Dänemark, Schweden, in den Niederlanden und in der Schweiz.

²⁰ In Europa agieren die Gesellschaften Forwardis SA (Frankreich), Forwardis GmbH (Deutschland) und Forwardis UK Ltd. unter der Marke Forwardis.

²¹ Die wichtigsten Aktionäre sind neben der SNCF Mobilités [...].

²² Konzernmutter von Geodis ist die Geodis SA.

63. Die **Ateliers d'Orval SAS**, eine Tochter der Ermeva-Gruppe, ist in der Herstellung von Güterwagen tätig. Sie stellte in den Jahren 2013 bis 2015 zwischen [...] Güterwagen pro Jahr her. Die Produktionskapazität beträgt rund [...] Güterwagen pro Jahr. Würde hierzu ein europaweiter Markt abgegrenzt, so hätte die Ateliers d'Orval SAS angesichts einer von den Parteien geschätzten europaweiten Produktionskapazität von jährlich rund [...] Güterwagen einen Marktanteil von [0-10] %. Soweit ersichtlich ist die BLS-Gruppe nicht in der Produktion von Güterwagen tätig. Zur Beurteilung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens sind bezüglich der Ateliers d'Orval SAS vor allem Möglichkeiten eines Marktverschlusses gegenüber Konkurrenten auf dieser oder anderen, der Produktion von Güterwagen nachgelagerten Marktstufen von Interesse. Angesichts der Marktstellung der Ateliers d'Orval SAS in der Produktion von Güterwagen ist es unwahrscheinlich, dass derartige Möglichkeiten zum Marktverschluss bestehen. Aus diesem Grund muss die Ateliers d'Orval SAS im Rahmen der Beurteilung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens nicht eingehender betrachtet werden.

SNCF Voyageurs

64. Aus der Meldung ergibt sich für die Geschäftstätigkeiten verschiedener Gesellschaften, Marken bzw. Kooperationen von SNCF Voyageurs ein Bezug zur Schweiz. Dies betrifft die Unternehmen Voyages-sncf Suisse Sàrl, TGV Lyria, Lyria SAS, TER sowie OUIBUS.

65. Die **Voyages-sncf Suisse Sàrl** betreibt [...] in der Schweiz ein Reisebüro mit Sitz in Genf. Die **TGV Lyria** ist eine [...] Kooperation zwischen der SNCF Mobilités und der SBB für Langstrecken-Personenverkehr zwischen Frankreich und der Schweiz. Dabei verkehren ca. 20 Züge pro Tag.²³ Die von der SNCF Mobilités und SBB gegründete französische Gesellschaft **Lyria SAS** (mit Zweigstelle in Bern) erbringt verschiedene (Beratungs-) Dienstleistungen für die Kooperation TGV Lyria und ihre Mutterunternehmen. **TER** ist eine Geschäftseinheit und Marke der SNCF Mobilités und bietet – insbesondere in Frankreich – regionale und interregionale öffentliche Transporte über mittellange und lange Distanzen an. Unter der Marke TER erbringt SNCF Mobilités auch Personentransportdienstleistungen auf grenzüberschreitenden Strecken zwischen Frankreich und der Schweiz. Unter der Marke **OUIBUS** bietet SNCF Mobilités Bustransporte auf Langstrecken zwischen Frankreich und europäischen Grossstädten, darunter Genf, an.

66. BLS Cargo als Zielunternehmen des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens ist im Schienengüterverkehr tätig (vgl. Rz 16). Das vorliegende Zusammenschlussvorhaben bezieht sich somit auf den Schienengüterverkehr. Dies bedeutet, dass das Zusammenschlussvorhaben keine Kontrollrechte der BLS AG an den im Personenverkehr tätigen Teilen der SNCF-Mobilités-Gruppe begründet, und umgekehrt. Aus der Meldung sind zudem keine sonstigen Koordinationsmechanismen zwischen der BLS AG und den im Personenverkehr tätigen Teilen der SNCF-Mobilités-Gruppe ersichtlich, die sich durch das Zusammenschlussvorhaben ergeben würden.²⁴ Des Weiteren sind vorliegend keine konglomeraten Effekte zwischen dem von der SNCF Mobilités betriebenen Personenverkehr und dem Güter-

verkehr ersichtlich, da es sich bei den Angeboten im Personenverkehr und denjenigen im Güterverkehr nicht um komplementäre Dienstleistungen handelt. So unterscheiden sich vor allem die Nachfrager voneinander (Passagiere bzw. öffentliche Hand [vgl. Rz 77] und verladende Wirtschaft). Schliesslich sind keine Möglichkeiten zum Marktverschluss ersichtlich, die sich zwischen dem von der SNCF Mobilités betriebenen Personenverkehr und dem Güterverkehr ergeben könnten, da der Personenverkehr weder einen vor- noch einen nachgelagerten Markt zum Güterverkehr darstellt.

67. [...].

68. Aus diesen Gründen ist nicht davon auszugehen, dass sich die Marktstellung der im Personenverkehr tätigen Teile der SNCF-Mobilités-Gruppe durch das Zusammenschlussvorhaben in erheblichem Masse ändern würde. Zudem ist es aus diesen Gründen nicht erforderlich, zur Beurteilung der Auswirkungen des Zusammenschlussvorhabens auf die Marktstellungen anderer Teile der SNCF-Mobilités-Gruppe, der BLS AG oder der BLS Cargo die Marktstellung der im Personenverkehr tätigen Teile der SNCF-Mobilités-Gruppe zu untersuchen.

69. Zur Beurteilung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens ist es daher nicht erforderlich, die im Personenverkehr mit Bezug zur Schweiz tätigen Tochterunternehmen der SNCF Mobilités (TGV Lyria, Lyria SAS, TER und OUIBUS) eingehender zu betrachten. An dieser Stelle ist darauf hinzuweisen, dass allfällige unrichtige Sachverhaltsangaben gemäss Art. 38 KG zu einem Widerruf des Zusammenschlusses führen könnten.

B.4.1.2 Sachlich relevante Märkte

70. 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).

²³ Die Züge verkehren auf den Strecken Paris–Genf, Paris–Lausanne, Paris–Basel–Zürich, Paris–Bern sowie Genf–Nizza.

²⁴ Es wäre beispielsweise denkbar, dass die Wettbewerbssituation zwischen der BLS AG und der SNCF-Mobilités-Gruppe im Personenverkehr dadurch beeinträchtigt wird, dass beide Unternehmen durch das Zusammenschlussvorhaben ein Drohpotential gegenüber dem jeweils anderen Unternehmen erlangen. Dieses würde sich aus der Möglichkeit ergeben, über die Kontrolle an der BLS Cargo auf relativ direkte Weise den Umsatz des jeweils anderen Unternehmens im Bereich des Güterverkehrs beeinträchtigen zu können. Ein solches Drohpotential könnte genutzt werden, um den Markteintritt des anderen Unternehmens auf neuen Strecken im Personenverkehr zu verhindern oder den Marktaustritt auf bestimmten Strecken zu erzwingen. Aufgrund der hohen strategischen Bedeutung, die dem Güterverkehr im Transit durch die Schweiz beigemessen wird, ist vorliegend jedoch nicht davon auszugehen, dass die allfälligen Vorteile im Personenverkehr die sich durch ein solches Verhalten ergebenden Nachteile im Güterverkehr aufwiegen würden.

B.4.1.2.1. Für die Marktabgrenzung relevante Bereiche

71. Zur Beurteilung von Zusammenschlussvorhaben, an denen EVU beteiligt sind, hat die WEKO (nicht abschliessend) verschiedene Bereiche für abzugrenzende Märkte unterschieden. Diese betreffen sowohl Absatz- als auch Beschaffungsmärkte.²⁵ Dabei handelt es sich um folgende Bereiche:

- Gütertransport
- Personentransport
- Infrastruktur (angebots- und beschaffungsseitig)
- Werkstattleistungen
- Beschaffung von Rollmaterial
- Vermietung von Eisenbahngüterwagen
- Vermietung von Ladeeinheiten
- Speditionsleistungen

- Operateurleistungen
- Terminalleistungen
- Reisen/Touristik

B.4.1.2.2. Bereich Gütertransport

72. Gemäss Praxis geht die WEKO im Bereich Gütertransport auf der Schiene von einer Definition der sachlich relevanten Märkte anhand von Verkehrszweigen und Verkehrsarten (bzw. Hauptrelationen) aus.²⁶ Marktgegenseite ist gemäss Meldung hauptsächlich die verladende Wirtschaft. Die Meldung geht von einer grundsätzlichen Substituierbarkeit von Gütertransporten auf der Schiene und Gütertransporten auf der Strasse aus. Die WEKO ist indessen insbesondere in ihrer jüngsten Praxis nicht von einer Substituierbarkeit von Strasse und Schiene ausgegangen.²⁷ Im Rahmen der Beurteilung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens haben sich keine Anhaltspunkte ergeben, dass von dieser Einschätzung abzuweichen wäre. Tabelle 1 stellt die entsprechenden Märkte dar.

Tabelle 1: Märkte im Schienengüterverkehr

		Verkehrsarten		
		Binnenverkehr	Import-/Exportverkehr	Transitverkehr
Verkehrszweige	Einzelwagenladungsverkehr auf der Schiene	Einzelwagenladungsverkehr auf der Schiene im Binnenverkehr	Einzelwagenladungsverkehr auf der Schiene im Import-/Exportverkehr	Einzelwagenladungsverkehr auf der Schiene im Transitverkehr
	Ganzzüge im Wagenladungsverkehr auf der Schiene	Ganzzüge im Wagenladungsverkehr auf der Schiene im Binnenverkehr	Ganzzüge im Wagenladungsverkehr auf der Schiene im Import-/Exportverkehr	Ganzzüge im Wagenladungsverkehr auf der Schiene im Transitverkehr
	Kombinierter Verkehr auf der Schiene	Kombinierter Verkehr auf der Schiene im Binnenverkehr	Kombinierter Verkehr auf der Schiene im Import-/Exportverkehr	Kombinierter Verkehr auf der Schiene im Transitverkehr

73. Im Folgenden werden kurz die in Tabelle 1 verwendeten Begriffe beschrieben. Mit Einzelwagenladungsverkehr wird der Transport von Gütern in einzelnen Eisenbahnwagen oder kleinen Wagengruppen (weniger als ein Zug) bezeichnet. Die Wagen werden bei Bedarf einzeln rangiert. Unter kombiniertem Verkehr wird die multimodale (durch mehrere Verkehrsträger erfolgende) Beförderung von Gütern in Ladeeinheiten (Container, Wechselbehälter, Sattelaufleger) verstanden. Durch den Übergang der Ladeinheit zwischen den Transportmitteln ohne Wechsel des Transportgefässes wird ein Gesamtbeförderungsvorgang in einer durchgehenden Transportkette erreicht.²⁸

Meldung ist die BLS-Gruppe nicht im Fernverkehr tätig, [...] Die BLS Cargo ist laut Meldung in keinem Markt für Personentransportdienstleistungen tätig und [...].

75. Die von der BLS-Gruppe betriebenen Personentransportdienstleistungen sind gemäss Praxis der WEKO dem regionalen Verkehr zuzuordnen. Die WEKO hat dabei die Frage nach der Substituierbarkeit zwischen Personentransporten auf der Schiene und Personentransporten auf der Strasse offen gelassen.²⁹ Die Meldung geht von einer Substituierbarkeit von Strasse und Schiene aus.

B.4.1.2.3. Bereich Personentransport

74. Die BLS-Gruppe erbringt laut Meldung Personentransporte auf der Strasse in den Regionen Burgdorf, Langnau und Hasle-Rüegsau-Sumiswald-Huttwil. Zudem erbringt sie Personentransporte auf der Schiene mittels verschiedener RegioExpress Linien, Regio-Linien und der S-Bahn in den Kantonen Bern und Luzern. Gemäss

²⁵ Vgl. RPW 2008/4, 705 f. Rz 31, BLS AG/Railion Deutschland AG; RPW 2013/4, 678 Rz 48, BLS AG/BLS Cargo AG.

²⁶ Vgl. RPW 2008/4, 706 f. Rz 35 ff., BLS AG/Railion Deutschland AG; RPW 2013/4, 681 Rz 60, BLS AG/BLS Cargo AG.

²⁷ Vgl. RPW 2013/4, 680 f. Rz 56 ff., BLS AG/BLS Cargo AG, m.w.H.

²⁸ Vgl. RPW 2013/4, 680 Rz 54, BLS AG/BLS Cargo AG.

²⁹ Vgl. RPW 2008/4, 708 Rz 52 f., BLS AG/Railion Deutschland AG.

76. Bei der Beurteilung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens ist vor allem der Personentransport auf der Schiene von Interesse. Im Gegensatz zur Situation bei SNCF Mobilités (vgl. Rz 67) kann nämlich nicht ausgeschlossen werden, dass zwischen der BLS AG und der BLS Cargo AG ein Austausch von (schienen-transportbezogenen) Produktionsmitteln stattfindet.³⁰ Daher könnten Veränderungen auf Seiten der BLS Cargo infolge des Zusammenschlussvorhabens auch Auswirkungen auf die Marktstellung der BLS AG im regionalen Personenverkehr auf der Schiene haben. Aus diesem Grund rechtfertigt es sich vorliegend, einen Markt für Personenverkehrsdienstleistungen auf der Schiene im Regionalverkehr abzugrenzen. Auf einen möglichen Markt für Personendienstleistungen auf der Strasse muss vorliegend nicht näher eingegangen werden, da gemäss Meldung die Zusammenschlussparteien den Marktanteil der BLS-Gruppe in deren Tätigkeitsgebiet in diesem Bereich auf (nur) [0-10] % schätzen und die SNCF Mobilités in einem solchen Markt nicht tätig ist.

77. Es ist an dieser Stelle darauf hinzuweisen, dass im Bereich Personenverkehr grundsätzlich auch eine Marktabgrenzung entsprechend dem «point of origin/point of destination»-Ansatz (O&D-Ansatz) der EU-Kommission denkbar wäre. Hierbei wird aus Sicht des Passagiers jede Kombination von Ausgangs- und Bestimmungsort (eine Relation) als separater Markt angesehen. Vorliegend rechtfertigt sich jedoch analog zu den Überlegungen anlässlich der Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens BLS AG/Railion Deutschland AG die voranstehend beschriebene Marktabgrenzung, welche nicht zwischen einzelnen Relationen unterscheidet. Dies liegt unter anderem darin begründet, dass im schweizerischen regionalen Personenverkehr auf der Schiene die öffentliche Hand das erwünschte Verkehrsangebot bei den regionalen Transportunternehmen bestellt, und somit nicht die Passagiere die Marktgegenseite darstellen.³¹

B.4.1.2.4. Bereich Infrastruktur

78. Die BLS-Gruppe verfügt gemäss Meldung über zahlreiche Infrastrukturen wie Bahngleisanlagen im schweizerischen Eisenbahnverkehrsnetz. Dagegen verfügt die SNCF Mobilités über keine eigenen Infrastrukturanlagen im Schweizer Eisenbahnverkehrsnetz und [...].

79. Im Rahmen der Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens BLS AG/Railion Deutschland AG hat die WEKO im Bereich Infrastruktur den Bau und Betrieb von Eisenbahninfrastruktur, die Benutzung von Eisenbahninfrastruktur bzw. die Gewährung des Zugangs zur Eisenbahninfrastruktur (gegenüber anderen EVU) sowie die Beschaffung von Infrastruktur als wesentliche Tätigkeiten bzw. Märkte angesehen, wobei eine weitere Unterteilung im Bereich der Beschaffung offen gelassen wurde.³²

80. Das vorliegende Zusammenschlussvorhaben bezieht sich auf den Schienengüterverkehr (vgl. Rz 66). Durch das Zusammenschlussvorhaben werden keine Kontrollrechte der SNCF Mobilités an den im Bereich Infrastruktur tätigen Teilen der BLS-Gruppe begründet, und umgekehrt. Aus der Meldung ist zudem nicht ersichtlich, dass das Zusammenschlussvorhaben Mechanismen ermöglichen würde, die zu einer Koordination der Aktivi-

täten der BLS AG und der SNCF Mobilités im Bereich Infrastruktur führen würden.³³ Weiter bestehen keine Anhaltspunkte für wesentliche (zusätzliche³⁴) Möglichkeiten zum Marktverschluss bzw. (zusätzliche) konglomerate Effekte zwischen dem Güter- und Infrastrukturbereich. Dies auch vor dem Hintergrund, dass Infrastrukturbetreiber gemäss Art. 9a des Eisenbahngesetzes vom 20. Dezember 1957 (EBG, SR 742.101) dazu verpflichtet sind, anderen EVU einen diskriminierungsfreien Netzzugang zu gewähren. Die Parteien weisen zudem darauf hin, dass sich die Marktverhältnisse im Vergleich zu früheren Verfahren im Zusammenhang mit der Infrastruktur nicht wesentlich geändert hätten. Es liege dieselbe Konstellation vor wie beim Zusammenschlussvorhaben BLS AG/Railion Deutschland AG. In jenem Zusammenschlussvorhaben bestanden im Bereich Infrastruktur entweder keine Anhaltspunkte für betroffene Märkte im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU oder keine Anhaltspunkte für die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung.³⁵

81. Daher erübrigen sich weitere Abklärungen im Bereich Infrastruktur und es ist vorliegend nicht erforderlich, im Bereich Infrastruktur relevante Märkte abzugrenzen.

B.4.1.2.5. Bereich Werkstattdienstleistungen

82. Die BLS-Gruppe verfügt gemäss Meldung über vier eigene Werkstätten und beschäftigt 380 Mitarbeiter in diesem Bereich. Die Werkstattdienstleistungen umfassen die verschiedensten Arbeiten für den Unterhalt, die Revision und den Umbau an Eisenbahnfahrzeugen sowie Dienstleistungen in den Bereichen Engineering, Elektrik und Elektronik. Diese Werkstattdienstleistungen bietet die BLS auch Drittkunden an, von denen laut Meldung rund [0-10] % des Umsatzes der BLS Werkstätten stammt. Die SNCF Mobilités Gruppe verfügt laut Meldung über keine eigenen Werkstätten in der Schweiz, ist aber in Frankreich über die Ermewa-Gruppe in diesem Bereich tätig.

83. Für die Beurteilung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens kann – analog zur Vorgehensweise im Zuge der Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens *BLS AG/Railion Deutschland* – der Bereich Werkstattdienstleistungen in die Märkte für Betriebsunterhalt (light maintenance), für Instandhaltung (heavy maintenance) sowie für Umbau (refurbishment) unterteilt werden.³⁶

³⁰ [...].

³¹ Vgl. RPW 2008/4, 708 Rz 48 ff., *BLS AG/Railion Deutschland AG*, m.w.H. auf die Marktabgrenzung der EU-Kommission.

³² Vgl. RPW 2008/4, 708 Rz 54 ff., *BLS AG/Railion Deutschland AG*.

³³ Vgl. Fn 29.

³⁴ In der BLS sind Güterverkehr und Infrastruktur bereits jetzt vertikal integriert.

³⁵ Vgl. RPW 2008/4, 712 Rz 95, 716 Rz 125 und 127, *BLS AG/Railion Deutschland AG*.

³⁶ Vgl. RPW 2008/4, 709 Rz 60 ff., *BLS AG/Railion Deutschland AG*, m.w.H.

B.4.1.2.6. Bereich Beschaffung von Rollmaterial

84. Die Beschaffung von Rollmaterial kann grundsätzlich unterteilt werden in die Beschaffung von Reisewagen und Zugsystemen (je unterteilt in Fern-, Regional und Stadtbahnen), die Beschaffung von Lokomotiven und die Beschaffung von Güterwagen.³⁷

85. Im Zusammenhang mit dem Schienengüterverkehr ist vor allem die Beschaffung von Lokomotiven und Güterwagen relevant. Bezüglich Lokomotiven kann laut Meldung zwischen Märkten für elektrische Lokomotiven und für Diesellokomotiven unterschieden werden. Sowohl die BLS-Gruppe als auch die SNCF Mobilités sind laut Meldung in diesen Märkten tätig. Güterwagen mietet BLS Cargo laut Angaben der Meldung beinahe ausschliesslich zu. Auf Seiten von SNCF Mobilités beschafft [...] Güterwagen.

86. Des Weiteren beschaffen die BLS-Gruppe und SNCF Mobilités Triebzüge für den regionalen Personenverkehr, SNCF Mobilités (nicht aber die BLS-Gruppe) zudem Triebzüge für den (Personen-)Fernverkehr.³⁸ Die Beschaffung von Reisezugwagen ist gemäss Meldung in den letzten Jahren unbedeutend geworden, da für den Personenverkehr mittlerweile ganz überwiegend Triebzüge beschafft werden.

87. Wie erwähnt bezieht sich das Zusammenschlussvorhaben auf den Bereich Güterverkehr (vgl. Rz 66). Aus der Meldung ist nicht ersichtlich, dass die Beschaffung von Rollmaterial im Personenverkehr zukünftig gemeinsam stattfinden würde. Aus der Meldung ist ausserdem nicht ersichtlich, dass das Zusammenschlussvorhaben Mechanismen ermöglichen würde, die zu einer Koordination der Aktivitäten der BLS AG und der SNCF Mobilités im Bereich Beschaffung von Rollmaterial im Personenverkehr führen würden.³⁹ Das im Bereich Personenverkehr eingesetzte Rollmaterial (Reisezugwagen bzw. Triebzüge) eignet sich zudem offensichtlich nicht für die Verwendung im Güterverkehr, und umgekehrt, so dass die Tätigkeiten bei der Beschaffung von Rollmaterial im Personenverkehr und die Tätigkeiten im Güterverkehr nicht einander vor- bzw. nachgelagert sind. Dementsprechend ist nicht ersichtlich, dass sich Möglichkeiten zum Marktverschluss im Zusammenhang mit der Beschaffung von Rollmaterial im Personenverkehr auf der einen Seite und dem Güterverkehr auf der anderen Seite ergeben.

88. Es ist daher nicht zu erwarten, dass sich durch das Zusammenschlussvorhaben eine Veränderung der Marktstellung der Zusammenschlussparteien im Bereich Beschaffung von Triebzügen für den Personenverkehr ergibt. Zudem hängt die Beurteilung der Auswirkungen des Zusammenschlussvorhabens in anderen Bereichen vorliegend nicht von der Marktstellung der Zusammenschlussparteien im Bereich Beschaffung von Triebzügen für den Personenverkehr ab. Die Beschaffungsaktivitäten der Zusammenschlussparteien im Bereich Triebzüge müssen für die Zwecke der Beurteilung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens daher nicht eingehender betrachtet werden.⁴⁰ Somit ist es vorliegend nicht erforderlich, in diesem Bereich relevante Märkte abzugrenzen.

89. Für die Beurteilung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens kann daher der Meldung folgend (vgl. Rz 85) von separaten Beschaffungsmärkten für Diesellokomotiven, für Elektrolokomotiven und für Güterwagen ausgegangen werden.⁴¹

B.4.1.2.7. Bereich Vermietung von Eisenbahngüterwagen

90. Die SNCF Mobilités ist mittels der Ermewa-Gruppe im Bereich der Vermietung von Eisenbahngüterwagen tätig. Marktgegenseite sind Unternehmen (beispielsweise EVU), die zu Transportzwecken Eisenbahngüterwagen zumieten wollen. Die BLS-Gruppe ist gemäss Meldung nicht als Vermieterin von Eisenbahngüterwagen tätig.

91. Im Bereich der Vermietung von Eisenbahngüterwagen hat die WEKO bislang noch keine Marktabgrenzung vorgenommen. Ob der Markt in diesem Bereich allenfalls weiter nach Art der transportierten Güter (Öl, Stahl, Intermodal, Baustoffe, Gas, Landwirtschaftsprodukte, sonstige) zu unterteilen ist, kann vorliegend offen gelassen werden, da auch bei einer solchen engeren sachlichen Marktabgrenzung gemäss den Angaben in der Meldung kein betroffener Markt im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU vorliegt (vgl. Rz 119).

92. Es ist schliesslich darauf hinzuweisen, dass auch eine Abgrenzung nach Typen von Güterwagen denkbar ist.⁴²

B.4.1.2.8. Bereich Vermietung von Ladeeinheiten

93. Gemäss Meldung ist unter den Zusammenschlussparteien nur die SNCF Mobilités im Bereich Vermietung von Ladeeinheiten tätig, und zwar in der Vermietung von Tankcontainern. In Tankcontainern können Öl, Chemikalien, Lebensmittel etc. transportiert werden.

94. Im Bereich der Vermietung von Ladeeinheiten hat die WEKO bislang noch keine Marktabgrenzung vorgenommen. Bei der Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens BLS AG/BLS Cargo AG hat die WEKO darauf hingewiesen, dass bei Ladeeinheiten grundsätzlich Container, Wechselbehälter, Sattelanhänger oder ganze Lastwagen voneinander unterschieden werden können. Zudem sei eine Unterscheidung nach Eigenschaften der zu befördernden Güter oder Kapazität/Grösse möglich.⁴³ Die EU-Kommission hielt im Jahr 2000 fest, dass für Tankcontainer grundsätzlich Substitute bestünden (Kesselwagen, Fässer, Flexi-Tanks, usw.), deren Substituierbarkeit jedoch limitiert sei. Sie ist schliesslich von einem

³⁷ Vgl. RPW 2013/4, 678 Rz 48, BLS AG/BLS Cargo AG, m.w.H.

³⁸ Vgl. <http://www.lefigaro.fr/societes/2017/02/23/20005-20170223_ARTFIG00251-la-sncf-commande-15-tgv-a-alstom-pour-480-millions.php> (12.05.2017).

³⁹ Vgl. Fn 29.

⁴⁰ Die Zusammenschlussparteien schätzen ihren gemeinsamen Marktanteil auf einem allfällig abzugrenzenden Markt für die Beschaffung von Triebzügen im Regionalverkehr sowohl schweiz- als auch europa-weit auf unter 20 %.

⁴¹ In anderen Fällen kann eine engere Abgrenzung der Beschaffungsmärkte für Lokomotiven (bspw. in Rangier- und Streckenlokomotiven) und für Güterwagen (bspw. nach Bauart der Wagen oder nach transportierten Gütern) erforderlich sein.

⁴² Vgl. RPW 2013/4, 678 Rz 48, BLS AG/BLS Cargo AG.

⁴³ Vgl. RPW 2013/4, 678 Rz 48, BLS AG/BLS Cargo AG, m.w.H.

separaten Markt für die Vermietung von Tankcontainern ausgegangen, hat die definitive Marktabgrenzung aber offen gelassen.⁴⁴

95. Für die Beurteilung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens kann ebenfalls von einem Markt für die Vermietung von Tankcontainern ausgegangen werden. Die endgültige Marktabgrenzung im Bereich Vermietung von Ladeeinheiten kann jedoch vorliegend offen gelassen werden, da gemäss den Angaben in der Meldung auch bei einer engeren sachlichen Marktabgrenzung kein betroffener Markt im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU vorliegt (vgl. auch Rz 120).

B.4.1.2.9. Bereich Speditionsleistungen

96. Spedition kann als eine Dienstleistung, welche die Versendung oder Beförderung von Waren und Gütern abwickelt, definiert werden. Dabei umfasst sie nicht nur die Organisation der Beförderung, sondern kann weitere auf die Beförderung bezogene Dienstleistungen enthalten (so z.B. Umschlag, Verzollung, Lagerhaltung oder logistische Zusatzleistungen). Die Transportleistung kann per Eisenbahn, LKW, Flugzeug oder Schiff erfolgen. Der Spediteur ist meist nicht Besitzer von entsprechenden Transportmitteln und führt den Transport auch nicht selbst durch, sondern kauft Kapazitäten bei Drittparteien ein.⁴⁵

97. Die BLS-Gruppe erbringt gemäss Meldung keine Speditionsleistungen. Dagegen erbringt die SNCF Mobilités über die Forwardis SA Speditionsleistungen für Transporte auf der Schiene im Transitverkehr und im Importverkehr.

98. Die WEKO hat bisher im Bereich Speditionsleistungen für Transporte auf der Schiene noch keine Marktabgrenzung vorgenommen. Derartige Speditionsleistungen stehen in einem unmittelbaren Zusammenhang mit den durch sie organisierten Schienentransporten. Stellen Schienengütertransporte im Rahmen unterschiedlicher Verkehrsarten kein Substitut zueinander dar, wovon vorliegend ausgegangen wird (vgl. Rz 72), so sind auch Speditionsleistungen für diese Schienengütertransporte nicht substituierbar. Daher werden vorliegend Märkte für Speditionsleistungen für Transporte auf der Schiene getrennt nach den Verkehrsarten (Binnenverkehr, Import-/Exportverkehr, Transitverkehr) abgegrenzt, für welche die Speditionsleistungen erbracht werden.^{46, 47} Für die Beurteilung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens kann die definitive Marktabgrenzung im Bereich Speditionsleistungen für Transporte auf der Schiene aber offen gelassen werden, da gemäss den Angaben in der Meldung auch bei einer solchen engeren sachlichen Marktabgrenzung kein betroffener Markt im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU vorliegt.

B.4.1.2.10. Bereiche Operateurleistungen und Terminalleistungen

99. BLS Cargo und SNCF Mobilités erbringen gemäss Meldung in der Schweiz weder Operateurleistungen noch Terminalleistungen. Aus diesen Gründen ist es vorliegend nicht erforderlich, in diesen Bereichen relevante Märkte abzugrenzen.

B.4.1.2.11. Bereich Reisen/Touristik

100. Im Bereich Reisen/Touristik ist die BLS-Gruppe gemäss Meldung mittels ihrer 30 Reisezentren aktiv, in denen sie Dienstleistungen im Bereich Reiseveranstaltungen anbietet. [...] in diesem Bereich betreibt die SNCF Voyageurs mittels der Voyages-sncf Suisse Sàrl ein Reisebüro in Genf. Die Meldung schätzt den Marktanteil der BLS auf [0-10] % im Raum Bern/Mittelland. Der Marktanteil der Zusammenschlussparteien liege bei Annahme eines schweizweiten Markts deutlich unter 20 %. Aufgrund dieser Ausführungen in der Meldung muss für die Beurteilung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens auf die Geschäftsaktivitäten der beteiligten Unternehmen im Bereich Reisen nicht näher eingegangen werden, und es erübrigt sich vorliegend, für diesen Bereich relevante Märkte abzugrenzen.

B.4.1.3 Räumlich relevante Märkte

101. 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).

B.4.1.3.1. Bereich Gütertransport

102. In räumlicher Hinsicht hat die WEKO bislang für Dienstleistungen im Güterverkehr das Gebiet der Schweiz als relevant angesehen. Auch für die Beurteilung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens kann für alle Kombinationen von Verkehrszweigen und Verkehrsarten als räumlich relevanter Markt das Gebiet der Schweiz gelten.⁴⁸

B.4.1.3.2. Bereich Personentransport

103. In räumlicher Hinsicht hat die WEKO für Personenverkehrsdienstleistungen im Regionalverkehr bislang das Tätigkeitsgebiet der am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen als relevant erachtet.⁴⁹ Auch für die Beurteilung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens ist als räumlich relevanter Markt das Tätigkeitsgebiet der BLS AG anzusehen (zur SNCF Mobilités vgl. Rz 69).

B.4.1.3.3. Bereich Werkstattdienstleistungen

104. Bisher ist die WEKO im Bereich Werkstattdienstleistungen von höchstens nationalen Märkten ausgegangen.⁵⁰ Dieser Vorgehensweise kann für die Zwecke der Beurteilung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens gefolgt werden.

⁴⁴ Vgl. KOMM, ABl. 2000 C 271/9, Rz 15 ff., *Brambles/Ermeva/JV*.

⁴⁵ Vgl. RPW 2013/2, 183 Rz 201 ff., *Verfügung vom 10. Dezember 2012 in Sachen Abrede im Speditionsbereich*.

⁴⁶ Vgl. RPW 2013/4, 678 Rz 48, *BLS AG/BLS Cargo AG*.

⁴⁷ In anderen Fällen kann es erforderlich sein, Speditionsleistungen nach Art der transportierten Güter zu unterscheiden (vgl. RPW 2013/4, 679 Fn 35, *BLS AG/BLS Cargo AG*, m.w.H.).

⁴⁸ Vgl. RPW 2013/4, 680 Rz 56, *BLS AG/BLS Cargo AG*, m.w.H.

⁴⁹ Vgl. RPW 2013/4, 678 Rz 48, *BLS AG/BLS Cargo AG*.

⁵⁰ Vgl. RPW 2013/4, 678 Rz 48, *BLS AG/BLS Cargo AG*, m.w.H.

B.4.1.3.4. Bereich Beschaffung von Rollmaterial

105. Gemäss Meldung hat sich der Beschaffungsmarkt für Lokomotiven ins europäische bzw. sogar weltweite Ausland verlagert. Eine europaweite Marktabgrenzung erscheint vor dem Hintergrund, dass im Schienengüterverkehr laut Meldung zunehmend Mehrsystemloks Verbreitung finden, plausibel. So ist die entscheidende Eigenschaft einer Mehrsystemlok, in verschiedenen Ländern einsetzbar zu sein. Dementsprechend kann sie von in verschiedenen Ländern angesiedelten EVU eingesetzt werden und muss nicht speziell für einen schweizerischen Kunden an die schweizerischen Zulassungsbedingungen angepasst werden. Es ist daher von über die Schweiz hinausgehend gleichen Wettbewerbsbedingungen auszugehen. Bei Zusammenschlussvorhaben von EVU, die vor allem innerschweizerischen Verkehr tätig sind und dafür keine Mehrsystemloks nachfragen, kann damit eine andere räumliche Marktabgrenzung erforderlich sein.

106. Auch bei Güterwagen gehen die Zusammenschlussparteien von einer europaweiten Marktabgrenzung aus. Dieser Einschätzung kann für die Zwecke der Beurteilung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens ebenfalls gefolgt werden.

107. Dementsprechend wird vorliegend bei den Märkten im Bereich Beschaffung von Rollmaterial eine europaweite Abgrenzung vorgenommen (vgl. auch Rz 109).

B.4.1.3.5. Bereich Vermietung von Eisenbahngüterwagen

108. Im Bereich der Vermietung von Eisenbahngüterwagen gehen die Zusammenschlussparteien mindestens von einer europaweiten Marktabgrenzung aus.

109. Gemäss den Angaben in der Meldung liegt im Schienengüterverkehr einzig im Bereich des Transitverkehrs ein betroffener Markt im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU vor (vgl. Rz 115). Es ist plausibel, dass die Mietgüterwagen für derartige Verkehre ausserhalb der Schweiz nachgefragt werden. Zudem stammt gemäss Meldung [...]. Aus diesen Gründen kann für die Zwecke der Beurteilung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens bei den Märkten im Bereich Vermietung von Eisenbahngüterwagen der Meldung folgend eine europaweite Abgrenzung vorgenommen werden. Die räumliche Marktabgrenzung im Bereich Vermietung von Güterwagen kann aber vorliegend offen gelassen werden, da gemäss den Angaben in der Meldung auch bei einer engeren räumlichen Marktabgrenzung kein betroffener Markt im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d vorliegt.

B.4.1.3.6. Bereich Vermietung von Ladeeinheiten

110. Die Meldung geht von einer weltweiten Marktabgrenzung aus und zitiert dabei die entsprechende Praxis der EU-Kommission. So hielt die EU-Kommission im Jahr 2000 fest, dass bei der Vermietung von Tankcontainern von einem globalen Markt auszugehen sei. Insbesondere würden sich derartige Betriebsmittel frei um den Globus bewegen und die Mietpreisbildung finde auf globaler Basis statt.⁵¹ Die Angaben in der Meldung machen glaubhaft, dass diese Feststellungen weiterhin zutreffend sind. Für die Zwecke der Beurteilung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens kann beim

Markt für die Vermietung von Tankcontainern den Angaben in der Meldung folgend eine weltweite Marktabgrenzung vorgenommen werden.

B.4.1.3.7. Bereich Speditionsleistungen

111. Analog zu den Überlegungen zur sachlichen Marktabgrenzung (vgl. Rz 98) im Bereich Speditionsleistungen kann wie im Bereich Gütertransport (vgl. Rz 72) und der Meldung folgend für die Beurteilung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens von einer schweizweiten Abgrenzung der entsprechenden Speditionsmärkte ausgegangen werden.

B.4.2 Voraussichtliche Stellung in den betroffenen Märkten

112. 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.

B.4.2.1 Feststellung der betroffenen Märkte anhand der Marktanteile der beteiligten Unternehmen

B.4.2.1.1. Bereich Güterverkehr

Einzelwagenladungsverkehr auf der Schiene

113. Gemäss Meldung ist weder BLS Cargo noch die SNCF Mobilités im Einzelwagenladungsverkehr auf der Schiene in der Schweiz tätig. Damit ergibt sich im Einzelwagenladungsverkehr kein betroffener Markt im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU. Weitere Abklärungen in diesem Bereich erübrigen sich.⁵²

Ganzzüge im Wagenladungsverkehr auf der Schiene

114. Tabelle 2 enthält die Schätzungen der Zusammenschlussparteien zu ihren Marktanteilen in den Märkten für Ganzzüge im Wagenladungsverkehr auf der Schiene in der Schweiz. Keiner dieser Märkte ist ein betroffener Markt im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU. Weitere Abklärungen in diesem Bereich erübrigen sich.⁵³

⁵¹ Vgl. KOMM, ABI. 2000 C 271/9, Rz 18, *Brambles/Ermewa/JV*.

⁵² Gemäss Meldung ist SNCF Mobilités im Einzelwagenladungsverkehr auf der Schiene im Import-/Exportverkehr als Kundin tätig und bezieht diese Transporte vor allem von [...]. Grundsätzlich wäre es möglich, dass die SNCF Mobilités dieses Transportvolumen [...] auf die BLS Cargo verlagert. In diesem Falle wäre jedoch nicht von einer Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung der BLS Cargo auszugehen, da diese bisher in diesem Markt nicht tätig ist und das verlagerbare Marktvolumen [20-30] % des Gesamtmarkts beträgt.

⁵³ Gemäss Meldung ist SNCF Mobilités im Markt für Ganzzüge im Import-/Exportverkehr als Kundin tätig und bezieht diese Transporte vor allem von [...]. Grundsätzlich wäre es möglich, dass die SNCF Mobilités dieses Transportvolumen auf die BLS Cargo verlagert. In diesem Falle wäre jedoch nicht von einer Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung der BLS Cargo auszugehen, da das verlagerbare Marktvolumen weniger als [0-10] % des Gesamtmarkts beträgt.

Tabelle 2: Märkte für Ganzzüge im Wagenladungsverkehr auf der Schiene in der Schweiz, Schätzung der Parteien für 2015

Verkehrsart	Marktanteil BLS Cargo	Marktanteil SNCF Mobilités	Marktanteile kumuliert	Betroffener Markt
Binnenverkehr	[0-10] %	[0-10] %	[0-10] %	nein
Import-/Exportverkehr	[20-30] %	[0-10] %	[20-30] %	nein
Transitverkehr	[0-10] %	[0-10] %	[0-10] %	nein

Kombinierter Verkehr auf der Schiene

115. Tabelle 3 enthält die Schätzungen der Zusammenschlussparteien zu ihren Marktanteilen in den Märkten für den Kombinierten Verkehr auf der Schiene. Beim

Markt für den Kombinierten Verkehr auf der Schiene im Transitverkehr handelt es sich um einen betroffenen Markt. Ansonsten gibt es keine weiteren betroffenen Märkte im Kombinierten Verkehr. Weitere Abklärungen zu den nicht betroffenen Märkten erübrigen sich.

Tabelle 3: Märkte für den Kombinierten Verkehr auf der Schiene in der Schweiz, Schätzung der Parteien für 2015

Verkehrsart	Marktanteil BLS Cargo	Marktanteil SNCF Mobilités	Marktanteile kumuliert	Betroffener Markt
Binnenverkehr	[0-10] %	[0-10] %	[0-10] %	nein
Import-/Exportverkehr	ca. [20-30] %	[0-10] %	ca. [20-30] %	nein
Transitverkehr	[30-40] %	[0-10] % ⁵⁴	[35-45] %	ja

B.4.2.1.2. Bereich Personentransport

116. Im Markt für Personenverkehrsdienstleistungen im Regionalverkehr auf der Schiene im Tätigkeitsgebiet der BLS AG schätzt die Meldung den Marktanteil der BLS-Gruppe im Jahr 2015 auf [40-50] %. Unter Berücksichtigung des von IC-Zügen im Tätigkeitsgebiet der BLS AG übernommenen Regionalverkehrs schätzt die Meldung den Marktanteil der BLS-Gruppe auf immer noch rund [30-40] %. Beim Markt für Personenverkehrsdienstleistungen im Regionalverkehr auf der Schiene im Tätigkeitsgebiet der BLS AG handelt es sich somit um einen betroffenen Markt.

B.4.2.1.3. Bereich Werkstattdienstleistungen

117. Die Meldung schätzt den Marktanteil der BLS im Bereich Werkstätten auf [0-10] %. Der Marktanteil der SNCF Mobilités betrage [0-10] %. Gestützt auf die Angaben der Meldung ergibt sich im Bereich Werkstattdienstleistungen damit kein betroffener Markt.⁵⁵

B.4.2.1.4. Bereich Beschaffung von Rollmaterial

118. Gemäss Meldung schwanken die Marktanteile der Parteien auf den Märkten für die Beschaffung von Lokomotiven von Jahr zu Jahr, da Lokomotiven jeweils in grösseren Stückzahlen auf einmal beschafft werden. Dazwischen lägen Jahre, in denen weniger Beschaffungen getätigt werden. Im Beschaffungsmarkt für Diesellokomotiven geht die Meldung von einem durchschnittli-

chen gemeinsamen Marktanteil der Parteien in den Jahren 2014 bis 2016 von [0-10] % aus, im Beschaffungsmarkt für Elektromotiven von [0-10] %. Bei den Märkten für die Beschaffung von Elektrolokomotiven und Diesellokomotiven handelt es sich somit nicht um betroffene Märkte.

119. Den Marktanteil der BLS Cargo im Markt für die Beschaffung von Güterwagen schätzt die Meldung auf unter [0-10] %, denjenigen der SNCF Mobilités auf [10-20] % bzw. [10-20] % in 2014 bzw. 2015. Es handelt sich somit nicht um einen betroffenen Markt.

⁵⁴ Der dieser Marktanteilsangabe zu Grunde liegende Umsatz entstammt der Tätigkeit der [...].

⁵⁵ Laut Meldung liegt der Anteil von Drittkunden am Umsatz der Werkstätten der BLS-Gruppe bei [0-10] %. Die Eigendarstellung der BLS-Gruppe im Internet spricht allerdings davon, dass im Bereich Instandhaltung Rollmaterial der BLS Werkstätten „heute bereits 20% des Umsatzes von Eisenbahnunternehmen aus der ganzen Schweiz“ stammen (vgl. <<http://www.bls.ch/de/unternehmen/leistungen-fuer-dritte/leistungen-fuer-evu>> [17.05.2017]). In diesem Zusammenhang ist auf Rz 69 zu verweisen.

B.4.2.1.5. Bereich Vermietung von Eisenbahngüterwagen

120. Die Meldung schätzt den Marktanteil der SNCF Mobilités in einem europaweit abgegrenzten Markt für die Vermietung von Eisenbahngüterwagen auf ca. [20-30] % im Jahr 2016. Bei einer engeren Marktabgrenzung, in der einer Unterteilung nach Art der transportierten Güter (Öl, Stahl, Intermodal, Baustoffe, Gas, Landwirtschaftsprodukte, sonstige) vorgenommen wird, schätzt die Meldung, dass der Marktanteil der SNCF Mobilités auf keinem dieser (europaweiten) Teilmärkte mehr als [20-30] % beträgt. Begrenzt man den Markt für die Vermietung von Eisenbahngüterwagen in räumlicher Hinsicht auf die Schweiz, so ergeben interne Berechnungen der Parteien laut Meldung einen Marktanteil der SNCF Mobilités von nahezu [0-10] %. Die BLS-Gruppe ist laut Meldung auf diesen Märkten nicht tätig. Auch bei einer engeren sachlichen und räumlichen Marktabgrenzung ergeben sich im Bereich Vermietung von Eisenbahngüterwagen dementsprechend keine betroffenen Märkte.⁵⁶

B.4.2.1.6. Bereich Vermietung von Ladeeinheiten

121. Die Meldung schätzt den Marktanteil der SNCF Mobilités im weltweiten Markt für die Vermietung von Tankcontainern im Jahr 2016 auf weniger als [10-20] %. Die BLS-Gruppe ist laut Meldung in diesem Markt nicht tätig. Beim Markt für die Vermietung von Tankcontainern handelt es sich somit nicht um einen betroffenen Markt.

B.4.2.1.7. Bereich Speditionsleistungen

122. Die Meldung schätzt den Marktanteil von SNCF Mobilités auf den Schweizer Speditionsmärkten im Jahr 2016 auf weniger als [0-10] %. Die BLS AG erbringt gemäss Meldung keine Speditionsleistungen. Im Bereich Speditionsleistungen ergeben sich somit keine betroffenen Märkte.⁵⁷

B.4.2.2 Zusammenfassung der betroffenen Märkte

Tabelle 4 zeigt die sich im Rahmen der Beurteilung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens ergebenden betroffenen Märkte.

Tabelle 4: Zusammenfassung der betroffenen Märkte

Sachliche Dimension	Räumliche Dimension	Absatz- oder beschaffungsseitig
Kombinierter Verkehr auf der Schiene im Transitverkehr	Schweiz	absatzseitig
Markt für Personenverkehrsdienstleistungen im Regionalverkehr auf der Schiene (offen gelassen)	Tätigkeitsgebiet der BLS AG	absatzseitig

B.4.3 Aktuelle und potenzielle Konkurrenz auf den vorliegend betroffenen Märkten

B.4.3.1 Kombinierte Verkehr auf der Schiene im Transitverkehr

I. Aktueller Wettbewerb

123. Beim Kombinierten Verkehr handelt es sich um eine multimodale Beförderung von Gütern: beim Gütertransport kommen mehrere Verkehrsträger zum Einsatz. Der Transport erfolgt in Ladeeinheiten wie beispielsweise Container, Wechselbehälter oder Sattelaufleger. Durch den Übergang der Ladeeinheit zwischen den Transportmitteln ohne Wechsel des Transportgefässes wird ein Gesamtbeförderungsvorgang in einer durchgehenden Transportkette erreicht.⁵⁸ Tabelle 5 gibt die Schätzungen der Meldung zu den Marktanteilen im Kombinierten Verkehr auf der Schiene im Transitverkehr wieder:

⁵⁶ BLS Cargo mietet auch Eisenbahngüterwagen und könnte diese zukünftig allein bei SNCF Mobilités mieten. Angesichts der Marktanteile von SNCF Mobilités im Bereich Vermietung von Eisenbahngüterwagen, angesichts der Marktanteile von BLS Cargo im Bereich Güterverkehr (vgl. Rz 113 ff.), der zudem nur kleinen Teil der europaweiten Nachfrage nach Mietgüterwagen darstellen dürfte, ist es vorliegend jedoch nicht zu erwarten, dass dadurch eine marktbeherrschende Stellung von SNCF Mobilités im Bereich Vermietung von Eisenbahngüterwagen begründet oder verstärkt würde. Dies umso mehr, als dass der Bereich Intermodal [80-90] % der Güterverkehrsleistung der BLS Cargo ausmacht und der Marktanteil der SNCF Mobilités in der Vermietung von Güterwagen im Bereich Intermodal weniger als [0-10] % ausmacht.

⁵⁷ BLS Cargo fragt auch Speditionsleistungen nach und könnte diese zukünftig allein bei SNCF Mobilités beziehen. Angesichts der geringen Marktanteile von SNCF Mobilités im Bereich Speditionsleistungen und angesichts der Marktanteile von BLS Cargo im Bereich Güterverkehr (vgl. Rz 113 ff.) ist es vorliegend jedoch nicht zu erwarten, dass dadurch eine marktbeherrschende Stellung von SNCF Mobilités im Bereich Speditionsleistungen begründet oder verstärkt würde.

⁵⁸ Vgl. RPW 2013/4, 684 Rz 79, BLS AG/BLS Cargo AG.

Tabelle 5: Schätzungen der Marktanteile im Kombinierten Verkehr auf der Schiene im Transitverkehr

	Marktanteil 2013	Marktanteil 2014	Marktanteil 2015
BLS-Gruppe	[40-50] %	[35-45] %	[30-40] %
SNCF Mobilités	[0-10] %	[0-10] %	[0-10] %
SBB Cargo AG	[0-10] %	[0-10] %	[0-10] %
SBB Cargo International AG	[30-40] %	[30-40] %	[35-45] %
Crossrail AG	[10-20] %	[10-20] %	[10-20] %
DB Cargo Schweiz GmbH	[0-10] %	[0-10] %	[0-10] %

124. Die SBB Cargo International AG ist ein vollkonsolidiertes Tochterunternehmen der SBB Cargo AG^{59,60} und ist daher nicht als von der SBB Cargo AG unabhängiger Wettbewerber anzusehen. Im Folgenden werden daher mit dem Begriff „SBB Cargo“ die Unternehmen SBB Cargo AG und SBB Cargo International AG gemeinsam bezeichnet.

125. Die Werte in Tabelle 5 zeigen, dass die BLS-Gruppe bzw. BLS Cargo und die SBB Cargo die beiden marktanteilsstärksten Unternehmen im Kombinierten Verkehr auf der Schiene im Transitverkehr sind. Dies entspricht der Situation bei der Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens BLS AG/BLS Cargo AG.⁶¹ Im Gegensatz zum damaligen Zusammenschlussvorhaben sind die Marktanteile der SBB im vorliegenden Fall gleich hoch oder höher als diejenigen der BLS Cargo. Im Verlauf der Jahre 2013 bis 2015 ist zudem eine Verschiebung von Marktanteilen weg von der BLS Cargo hin zu SBB Cargo zu beobachten. Weitere EVU halten einen Marktanteil von weniger als 20 %. Der Marktanteil der SNCF Mobilités ist unbedeutend.

126. Als Markteintritte in den letzten fünf Jahren nennt die Meldung Widmer Rail, welche seit November 2012 ein konzessioniertes EVU sei, und die SBB Cargo International AG, welche Anfang 2012 in den Markt eingetreten sei. Die Widmer Rail sei im Transit- und Binnenverkehr erfolgreich tätig. Hierzu ist festzuhalten, dass die Widmer Rail als Wettbewerber im Kombinierten Verkehr auf der Schiene im Transitverkehr gemäss Tabelle 5 offensichtlich keine Rolle spielt. Die SBB Cargo International AG hat zudem möglicherweise lediglich zuvor von der SBB Cargo AG erwirtschaftete Marktanteile übernommen und ist somit nicht notwendigerweise ein im eigentlichen Sinne neu eingetretenes Unternehmen.

II. Potenzieller Wettbewerb

127. Zumindest in Bezug auf die Benutzung von Eisenbahnverkehrsinfrastruktur bestehen keine Markteintrittsschranken (vgl. Rz 78). Die Kosten für einen Markteintritt im Güterverkehr schätzt die Meldung auf 1-3 Millionen Franken. Lokomotiven, Wagen und Rangierleistungen könnten von Vermietungsgesellschaften angemietet werden. Marktzutritte scheinen damit zumindest möglich.

Die Meldung erachtet weitere Marktzutritte im Schienengüterverkehr (mit Ausnahme des Einzelwagenladungsverkehrs) in den nächsten Jahren auch als sehr wahrscheinlich.

128. Die meldenden Unternehmen können allerdings keine konkreten Unternehmen nennen, die neu in den Markt eintreten könnten. Zudem sind in den letzten fünf Jahren keine wesentlichen Marktzutritte erfolgt (vgl. Rz 126). Es ist daher nicht von nennenswerten zukünftigen Markteintritten auszugehen, wobei diese nicht ausgeschlossen sind.

III. Schlussfolgerung

Einzelmarktbeherrschung

129. Im Kombinierten Verkehr auf der Schiene im Transitverkehr in der Schweiz ist die BLS Cargo neben der SBB Cargo die grösste Anbieterin. Nach Vollzug des Zusammenschlussvorhabens ergibt sich für die BLS Cargo und die SNCF Mobilités gemeinsam nur ein geringfügig höherer Marktanteil als derzeit für die BLS Cargo (ca. [30-50] % statt [30-40] %). Daran ändert nichts, dass die SNCF Mobilités im Kombinierten Verkehr auf der Schiene im Transitverkehr in der Schweiz auch als Nachfragerin tätig ist (vgl. Rz 59). Die entsprechenden Transporte hat sie bereits vor dem Zusammenschlussvorhaben an die BLS Cargo vergeben, so dass diese in den Marktanteilen der BLS Cargo bereits enthalten sind.

130. Wesentliche andere Konkurrenz neben SBB Cargo besteht nicht. Die potenzielle Konkurrenz ist ebenfalls gering. Eine einzelmarktbeherrschende Stellung der BLS Cargo und der SNCF Mobilités nach Vollzug des Zusammenschlussvorhabens kann aufgrund der Konkurrenz durch die ebenfalls hohe Marktanteile aufweisende SBB Cargo jedoch ausgeschlossen werden.

⁵⁹ Vgl. SBB Geschäfts- und Nachhaltigkeitsbericht 2016, S. 120, abrufbar unter <<http://company.sbb.ch/de/medien/publikationen/geschaeftsnachhaltigkeitsbericht.html>> (16.05.2017).

⁶⁰ Die SBB Cargo AG hält 75 % der Anteile an der SBB Cargo International AG, die HUPAC AG 25 % (vgl. <<http://www.sbbcargo-international.com/de/zahlen-daten-fakten.html>> [16.05.2017]).

⁶¹ Vgl. RPW 2013/4, 684 Rz 79, BLS AG/BLS Cargo AG.

131. Somit führt das Zusammenschlussvorhaben zu keiner Begründung oder Verstärkung einer einzelmarktbeherrschenden Stellung.

Kollektive Marktbeherrschung

132. Ein Zusammenschlussvorhaben kann allenfalls eine kollektiv marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken. Auch in einem solchen Fall kann die WEKO den Zusammenschluss untersagen oder ihn mit Bedingungen oder Auflagen zulassen, sofern die Voraussetzungen von Artikel 10 Abs. 2 KG gegeben sind.⁶²

133. Im Kombinierten Verkehr auf der Schiene im Transitverkehr in der Schweiz existieren mit der BLS Cargo und SBB Cargo zwei ungefähr gleich grosse, bedeutende Marktteilnehmer. Die aktuelle und potenzielle Konkurrenz ist nur schwach. Diese Situation wirft die Frage auf, ob der Zusammenschluss zu einer Begründung oder Verstärkung einer kollektiv marktbeherrschenden Stellung führt.

134. Hierzu ist festzuhalten, dass die SNCF Mobilités als Anbieter auf diesem Markt relativ unbedeutend ist und derzeit auch nicht mehr als solche tätig ist (vgl. Rz 59). Es ist daher nicht davon auszugehen, dass durch das Zusammenschlussvorhaben eine kollektiv marktbeherrschende Stellung des zusammengeschlossenen Unternehmens und der SBB Cargo begründet wird. Sollte eine kollektiv marktbeherrschende Stellung von BLS Cargo und SBB Cargo auch derzeit schon bestehen, so ist aufgrund der geringen Bedeutung von SNCF Mobilités im Markt ebenso wenig davon auszugehen, dass diese kollektiv marktbeherrschende Stellung verstärkt würde.⁶³

Zusammenfassung

135. Aus den oben dargelegten Gründen bestehen keine Anhaltspunkte, dass das Zusammenschlussvorhaben im Kombinierten Verkehr auf der Schiene im Transitverkehr in der Schweiz eine marktbeherrschende Stellung i.S.v. Art. 10 KG begründet oder verstärkt.

B.4.3.2 Markt für Personenverkehrsdienstleistungen im Regionalverkehr auf der Schiene

136. Die Marktanteile der BLS AG im Markt für Personenverkehrsdienstleistungen im Regionalverkehr auf der Schiene schätzt die Meldung auf rund [40-50] % in den Jahren 2013 bis 2015. Als Wettbewerber nennt die Meldung die SBB (mit Marktanteilen von ca. [50-60] % von 2013 bis 2015), die Regionalverkehr Bern-Solothurn RBS (ca. [0-10] % von 2013 bis 2015) und die Freiburger Verkehrsbetriebe TPF (ca. [0-10] % von 2013 bis 2015).

137. Aufgrund der obigen Schlussfolgerungen (vgl. Rz 113 ff. und 135) in Bezug auf Auswirkungen des Zusammenschlussvorhabens auf die BLS Cargo im Bereich Güterverkehr wäre auch bei einem möglichen Austausch von Produktionsmitteln zwischen der BLS Cargo und der BLS AG (vgl. Rz 76) nicht davon auszugehen, dass das Zusammenschlussvorhaben die Stellung der BLS AG im Markt für Personenverkehrsdienstleistungen im Regionalverkehr auf der Schiene wesentlich beeinflusst.

138. Es bestehen daher keine Anhaltspunkte, dass das Zusammenschlussvorhaben AG im Markt für Personen-

verkehrsdienstleistungen im Regionalverkehr auf der Schiene eine marktbeherrschende Stellung i.S.v. Art. 10 KG begründet oder verstärkt.

B.4.4 Nebenabreden

139. Zu prüfen ist zudem, ob das Vertragswerk der Parteien Wettbewerbsabreden enthält, die mit dem Zusammenschlussvorhaben unmittelbar verbunden sind. Abreden, die die kumulativen Bedingungen der Notwendigkeit und des unmittelbaren Zusammenhangs erfüllen, sind als Nebenabreden zu bezeichnen. Abreden, welche die genannten Bedingungen nicht erfüllen und somit keine Nebenabreden in diesem Sinne darstellen, erfahren keine Legalisierung durch den fusionskontrollrechtlichen Kommissionsentscheid. Sie unterliegen gegebenenfalls einer separaten Prüfung gemäss Art. 5 KG im Rahmen eines entsprechenden kartellgesetzlichen Verfahrens.⁶⁴

140. 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.⁶⁵

141. Das Kriterium der Notwendigkeit bedeutet, dass ohne die fragliche Abrede der Zusammenschluss entweder überhaupt nicht oder nur unter deutlich ungewisseren 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 erforderlich 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.⁶⁶

[...]

142. [...]

143. [...]

144. [...]

⁶² Vgl. RPW 2010/3, 528 Rz 224, *France Télécom SA/Sunrise Communications AG*.

⁶³ [...].

⁶⁴ Vgl. RPW 2016/3, 761 Rz 58, *7Days Group/Güll-Gesellschaften*.

⁶⁵ Vgl. RPW 2016/3, 761 Rz 58, *7Days Group/Güll-Gesellschaften*, m.w.H.

⁶⁶ Vgl. RPW 2016/3, 761 Rz 58, *7Days Group/Güll-Gesellschaften*, m.w.H.

145. [...]

146. [...]

147. [...]

148. [...]

149. [...]

[...]

150. [...]

151. [...]

152. [...]

153. [...]

154. [...]

155. [...]

Gemeinsame Arbeitsgruppen

156. In der Meldung wird unter dem Titel Nebenabrede weiter ausgeführt, dass [...] Arbeitsgruppen gebildet werden, [...]. [...].

157. Unabhängig davon, ob allein schon die Bildung von gemeinsamen Arbeitsgruppen zwischen der mitkontrollierenden SNCF Mobilités und der BLS Cargo zur Strategiefestlegung als Wettbewerbsabrede zu qualifizieren ist, kann vorliegend diese als für die Kooperation zwischen SNCF Mobilités und BLS Cargo notwendig und mit dem Zusammenschlussvorhaben unmittelbar verbunden angesehen werden.

B.4.5 Ergebnis

158. Bei der Beurteilung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens ergeben sich der Markt für Kombinier-

ten Verkehr auf der Schiene im Transitverkehr sowie der Markt für Personenverkehrsdienstleistungen im Regionalverkehr auf der Schiene als betroffene Märkte im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU.

159. Im Markt für Kombinierten Verkehr auf der Schiene im Transitverkehr besteht in Form der SBB Cargo ausreichend aktuelle Konkurrenz, um eine Begründung oder Verstärkung einer einzelmarktherrschenden Stellung durch das Zusammenschlussvorhaben ausschliessen zu können. Die Begründung oder Verstärkung einer kollektiv marktherrschenden Stellung mit SBB durch das Zusammenschlussvorhaben kann aufgrund der geringen Bedeutung von SNCF Mobilités im Markt ausgeschlossen werden.

160. Aufgrund der Schlussfolgerungen in Bezug auf Auswirkungen des Zusammenschlussvorhabens auf die BLS Cargo im Bereich Güterverkehr wäre auch bei einem möglichen Austausch von Produktionsmitteln zwischen der BLS Cargo und der BLS AG nicht davon auszugehen, dass das Zusammenschlussvorhaben eine marktherrschende Stellung im allfällig abzugrenzenden Markt für Personenverkehrsdienstleistungen im Regionalverkehr auf der Schiene begründet oder verstärkt.

161. Die vorläufige Prüfung ergibt aus den genannten Gründen keine Anhaltspunkte, dass der Zusammenschluss eine marktherrschende Stellung begründen oder verstärken wird. Die Voraussetzungen für eine Prüfung des Zusammenschlusses nach Art. 10 KG sind daher nicht gegeben.

B 2.3	3. Cinven Capital Management (V) General Partner Limited/Canada Pension Plan Investment Board/GTA Reisen Holding AG und Kuoni Holding Plc
-------	--

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

Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU vom 10. Juli 2017

Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 9. Juli 2017

A Sachverhalt

1. Am 29. Juni 2017 hat die Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Das Zusammenschlussvorhaben betrifft den Erwerb der gemeinsamen Kontrolle durch Cinven Capital Management (V) General Partner Limited (nachfolgend: Cinven), Canadian Pension Plan Investment Board (nachfolgend: CPPIB) über GTA Reisen Holdings Ltd., Kuoni Holding Plc und deren Tochtergesellschaften (nachfolgend: die Zielgesellschaft oder GTA).

2. Cinven ist eine Private Equity Gesellschaft, die 1977 gegründet wurde und Büros in Guernsey, London, Frankfurt, Paris, Madrid, Mailand, Luxemburg, Hongkong und New York unterhält. Die Einheiten, aus welchen der Fifth Cinven Fund besteht, werden durch Cinven Capital Management (V) General Partner Limited verwaltet. 16.5 % des gesamten Kapitals, welches durch den Fifth Cinven Fund investiert wird, wird durch den Fifth Cinven Fund FCP-SIF, einem luxemburgischen „fonds commun de placement“, der durch Cinven Manco S.à.r.l. verwaltet wird, gehalten. Andere Cinven Fonds werden durch Cinven Limited bzw. Cinven Capital Management (VI) General Partner Limited verwaltet und der Fifth Cinven Fund sowie andere Cinven Fonds werden durch Cinven Partners LLP beraten.

3. CPPIB ist eine professionelle Investment Management Gesellschaft, welche die Vermögenswerte des kanadischen Pensionsplans investiert und ihren Sitz in Toronto, Ontario, Kanada, hat. Die CPPIB ist eine kanadische Staatsgesellschaft (sog. Kronengesellschaft: „Canadian Federal Crown Corporation“), welche im Dezember 1997 durch einen Parlamentsbeschluss, das Gesetz über die Canada Pension Plan Investment Board, geschaffen wurde. Als professionelle Investment Management Gesellschaft ist es das langfristige Ziel von CPPIB, zur finanziellen Stärke des CPP beizutragen, indem Vermögenswerte, welche nicht für die Zahlung von Beiträgen benötigt werden, im besten Interesse von 19 Millionen kanadischen Beitragszahlern und Leistungsempfängern angelegt und Gewinne ohne ungebührliche Verlustrisiken maximiert werden. Ausgestattet mit einem Mandat der Bundes- und Provinzregierungen, ist CCPIB dem Parlament sowie den Finanzministern auf

Bundes- und Provinzebene, welche als Verwalter des CPP fungieren, zur Rechenschaft verpflichtet.

4. Elf Portfoliogesellschaften der CPPIB generieren Umsätze in der Schweiz: AWAS Aviation, Dorna Sports Management, Informatica Corporation, die Neiman Marcus Group, Hotelbeds Group (nachfolgend: HBG), Glencore Agriculture Limited, Ascot Underwriting, Global Logic, Clear Channel Communications, Kinetic Concepts, Inc. und Nord Anglia Education, Inc.

5. Cinven und CPPIB haben die gemeinsame Kontrolle über die HBG, welches ein reisebezogenes Dienstleistungsunternehmen mit Sitz in Palma de Mallorca, Spanien, ist. Der Hauptkundenstamm der HBG bilden (online) Reiseagenturen, Reiseveranstalter und Behörden (lediglich für Visa Outsourcing Dienstleistungen). HBG hat ungefähr 35'000 Kunden, ein Portfolio von über 100'000 Hotelbetreibern, über 6'000 Angestellte und deckt mehr als 120 Quell- und 185 Zielmärkte ab.

6. Cinven und CPPIB haben kürzlich die gemeinsame Kontrolle über Tourico erlangt, ein reiseverbundenes Maklerunternehmen mit Sitz in Orlando, Florida, USA. Es bedient rund 4'000 Kunden, 45'000 Hotelanbieter und beschäftigt 787 Mitarbeiter in 27 Städten in 19 Ländern.

7. GTA hat ihren Sitz an der Elias-Canetti-Strasse 2, 8050 Zürich, Schweiz. Die Zielgesellschaft ist Teil der Kuoni-Gruppe, welche im Jahr 2016 durch den Investment-Fund EQT VII, welcher Teil der EQT Private Investment Funds-Gruppe ist, übernommen wurde. Der beabsichtigte Zusammenschluss bezieht sich nur auf GTA, welche aus den Kuoni-Gruppen vor dem „Closing“ des beabsichtigten Zusammenschlusses ausgegliedert werden wird. Folglich sind alle anderen Aktivitäten der Kuoni-Gruppe nicht von den beabsichtigten Zusammenschlüssen erfasst. Dies bedeutet, dass VFS Global, Global Travel Services (GTS) und MTS Globe in der Kuoni-Gruppe verbleiben und nicht durch die Käufer erworben werden.

8. GTA ist im Bereich der B2B-Vermittlung von Hotelzimmern aktiv sowie in der Vermittlung von Dienstleistungen im Destinationsmanagement („DMS“) wie Vergnügungsparktickets, Touristenattraktionen und Transfers an traditionelle Reisebüros mit physischer Präsenz (traditional travel agents, „TAs“), online travel agents („OTAs“), tour operators („TOs“) und consolidators. Die von GTA angebotene Vermittlung von DMS stellt nur einen sehr kleinen Teil der Tätigkeiten von GTA dar und macht ca. [0-10] % der Erträge von GTA aus. Überdies ist GTA lediglich in der Vermittlung von DMS aktiv und bietet keine derartigen Dienstleistungen selbst an. Der übrige Umsatz von GTA stammt aus der Vermittlung von Hotelzimmern.

9. GTA hat einen diversifizierten internationalen Kunden- und Zuliefererstamm. Die Verkäufe erfolgen an Kunden in über 130 Ländern weltweit, und das Hotelzimmerin-

ventar umfasst derzeit etwa 50'000 Hotels in gut 130 Ländern.

10. Vor dem Closing wird EQT eine Restrukturierung vornehmen, um die Zielgesellschaft von den anderen Gesellschaften in der Kuoni-Gruppe, insbesondere GTS, VFS Global und MTS Global, zu trennen. Soweit diese Kuoni-Gruppengesellschaften zurzeit Tätigkeiten durchführen, welche nicht die B2B-Vermittlung von Hotelzimmerinventar oder DMS beinhalten, werden diese vor dem Closing aus den Kuoni-Gruppengesellschaften herausgelöst und bilden nicht Teil der Zielgesellschaft für den Zweck des beabsichtigten Zusammenschlusses.

11. Cinven, CPPIB, HBG, Tourico und die Zielgesellschaft werden nachfolgend gemeinsam als die „Parteien“ bezeichnet.

B Erwägungen

B.1 Geltungsbereich

12. 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).

B.1.1 Unternehmen

13. Als Unternehmen gelten sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform (Art. 2 Abs. 1bis KG). Die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen sind als solche Unternehmen zu qualifizieren.

B.1.2 Unternehmenszusammenschluss

14. 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 VKU¹).

15. Der beabsichtigte Zusammenschluss wird dadurch vollzogen, dass Trina Group Limited die Aktien der Zielgesellschaft erwirbt. Trina Group Limited ist eine 100%-ige Tochtergesellschaft von HNVR Holdco Ltd. Cinven und CPPIB kontrollieren HNVR Holdco Ltd. gemeinsam durch deren Muttergesellschaft HBG Limited.

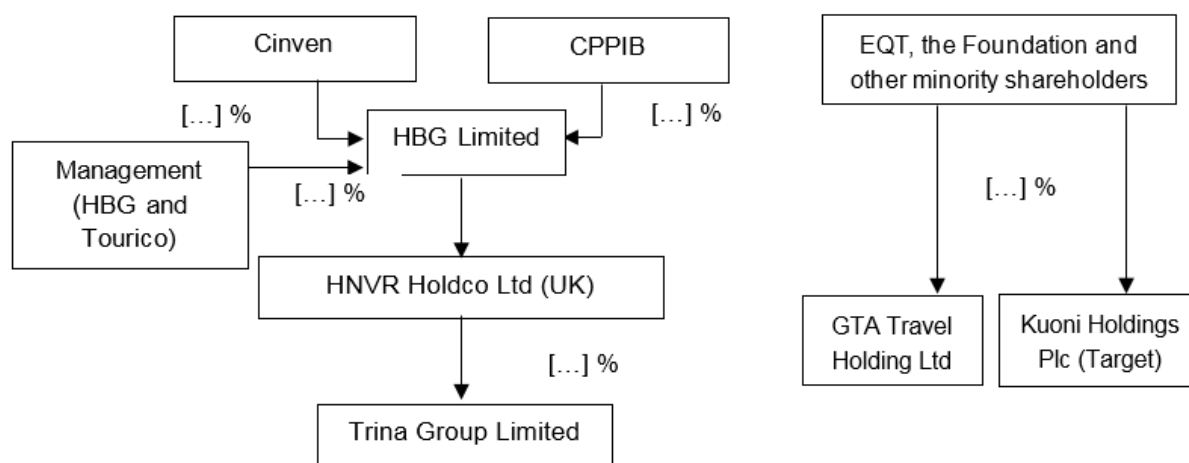
16. HBG Limited ist eine andere Gesellschaft als die Hotelbeds Group, welche in der vorliegenden Meldung als HBG bezeichnet wird, und ist daher nicht mit dieser zu verwechseln. Wie erwähnt, ist HBG eine operative Gesellschaft, die B2B-Vermittlungstätigkeiten erbringt. Anders die HBG Limited, welche die oberste Holding ist, mit der Cinven und CPPIB Hotelbeds Groups und Tourico gemeinsam kontrollieren.

17. Sowohl HBG Limited (als Muttergesellschaft) und Trina Group Limited (als Übernahmehöher, das die Aktien der Zielgesellschaft erwirbt) sind Unterzeichnende des Aktienkaufvertrags (Share Purchase Agreement „SPA“), der den Erwerb der Zielgesellschaft regelt.

18. Folglich wird die Zielgesellschaft nicht durch HBG (d.h. Hotelbeds Group) erworben, sondern durch eine Holdinggesellschaft, die über der HBG angesiedelt ist.

19. Vor Vollzug:

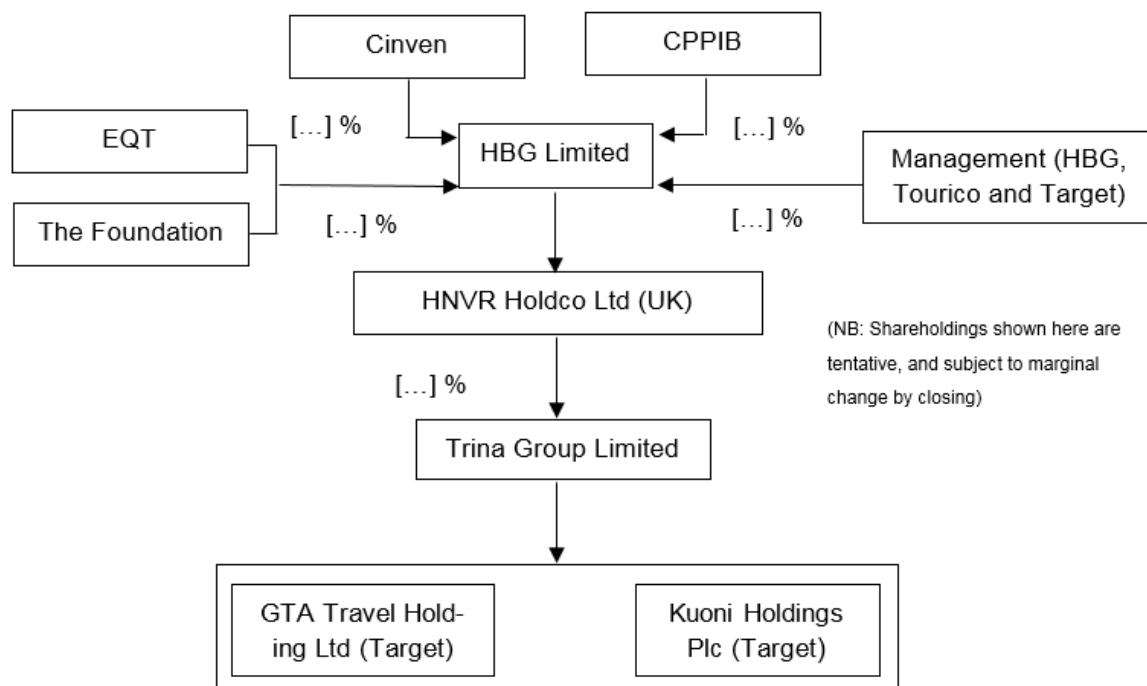
Untenstehend finden sich Darstellungen, die die oberste Ebene der Kontroll-Struktur der Zielgesellschaft vor sowie nach der Transaktion zeigen.



Quelle: Angabe der Parteien

¹ Verordnung vom 17. Juni 1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU; SR 251.4).

20. Nach Vollzug:



21. Aus der vereinfachten Darstellung geht hervor, dass Cinven und CPPIB zusammen entweder direkt oder indirekt schlussendlich die Aktienmehrheit des kombinierten Unternehmens halten werden. Die restlichen Aktien werden durch EQT, die Stiftung² und das Management³ gehalten werden. [...].

22. Obwohl der genaue Prozentsatz der Aktien der einzelnen Aktionäre möglicherweise noch Gegenstand von geringfügigen Anpassungen aufgrund Mutationen in den Geschäftsbüchern vor dem Closing sein wird, ist gegenwärtig beabsichtigt, dass EQT und die Stiftung bei Vollzug [0-10] % bzw. [0-10] % der Anteile an HBG Limited halten werden. [...]. Die restlichen Aktien werden durch Cinven und CPPIB (ungefähr [60-80] % der gesamten Aktien) und durch die Zielgesellschaft, HBG und das Management von Tourico (ungefähr [0-10] %, [10-20] % bzw. [0-10] % der Aktien) gehalten. [...].

23. Cinven und CPPIB werden je einzeln die Möglichkeit haben, Massnahmen, die das strategische Geschäftsverhalten des kombinierten Unternehmens bestimmen, unilateral zu blockieren.

B.2 Meldepflicht

24. Gemäss Art. 9 Abs. 1 KG sind Vorhaben über Zusammenschlüsse von Unternehmen meldepflichtig, wenn die beteiligten Unternehmen im letzten Geschäftsjahr einen Umsatz von insgesamt mindestens 2 Mrd. Franken oder einen auf die Schweiz entfallenden Umsatz von insgesamt mindestens 500 Mio. Franken erzielen (Art. 9 Abs. 1 Bst. a KG) und mindestens zwei der beteiligten Unternehmen einen Umsatz in der Schweiz von je mindestens 100 Mio. Franken erzielen (Art. 9 Abs. 1 Bst. b KG).

25. Als beteiligte Unternehmen bei der Erlangung der Kontrolle gelten die kontrollierenden und die kontrollier-

ten Unternehmen (Art. 3 Abs. 1 Bst. b VKU), vorliegend somit CPPIB und Cinven als kontrollierende Unternehmen und GTA als kontrolliertes Unternehmen.

26. Die nachfolgende Tabelle 1 zeigt die weltweiten und nationalen Umsätze der beteiligten Unternehmen im Geschäftsjahr 2016. Wie aus den aufgeführten Umsätzen hervorgeht, sind die Umsatzschwellen gemäss Art. 9 Abs. 1 Bst. a und b KG erreicht. Somit ist das vorliegende Zusammenschlussvorhaben meldepflichtig.

² Die Stiftung bezeichnet die Kuoni und Hugentobler - Stiftung oder die KHS Holding S.à r.l. Vor der Transaktion hält die Stiftung indirekt 25% der Stimmrechte an GTA. Die Tatsache, dass EQT und die Stiftung gemeinsam Kuoni halten, ändert nichts daran, dass EQT die alleinige Kontrolle über Kuoni hat (vgl. Entscheid- Nr. COMP/M.7968 - EQT Services UK/Kuoni Travel Holding).

³ Im Zusammenhang mit dem Vollzug des beabsichtigten Zusammenschlusses werden gewisse Mitglieder des derzeitigen Managements der Zielgesellschaft Anteile an HBG Limited als Entgelt erhalten. Diese Mitglieder des derzeitigen Managements der Zielgesellschaft werden jeweils nur einen de minimis-Anteil und keine Kontrollrechte über das kombinierte Unternehmen erhalten.

Tabelle 1: Umsätze der beteiligten Unternehmen im Jahre 2015-2016 in CHF Mio.

Unternehmen	Umsatz (CHF Mio.) ⁴	
	schweizweit	weltweit
CPPIB Group (2016)	[...]	[...]
Cinven (2015)	[...]	[...]
Zielgesellschaft (2016)	[...]	[...]
Total	[...]	[...]

Quelle: Angaben der Parteien.

B.3 Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens im Rahmen der vorläufigen Prüfung

27. 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).

28. 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.3.1 Sachlich relevanter Markt

29. Die Parteien sind der Meinung, dass der sachlich relevante Markt sämtliche Vertriebskanäle für Hotelinventar umfasst.

30. In bisherigen Verfahren der WEKO wurde davon ausgegangen, dass verschiedene Vertriebskanäle aus Sicht von Hotels komplementär eingesetzt werden: Bei der Untersuchung *Online-Buchungsplattformen für Hotels*⁵ ist die WEKO von einem separaten Markt für Online-Buchungsplattformen ausgegangen. GDS wurden in der Vergangenheit von der EU-Kommission wiederholt als eigene sachlich relevante Märkte betrachtet. Somit wird nachfolgend von der Hypothese ausgegangen, dass Bedbanks aus Sicht von Hotels ebenfalls einen eigenen sachlich relevanten Markt darstellen. Zumal auch bei einer solchen Betrachtung keine Bedenken bezüglich des Zusammenschlussvorhabens bestehen, kann die Marktabgrenzung jedoch letztlich offen gelassen werden.⁶

B.3.2 Relevanter geografischer Markt

31. 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).

32. Die WEKO hat in ihrer bisherigen Praxis bei Verfahren im Bereich des Reisevertriebs grossmehrheitlich den räumlich relevanten Markt national abgegrenzt. Die Par-

teien sind der Meinung, dass die engste räumliche Marktabgrenzung national wäre. Hier wird wiederum von der Hypothese ausgegangen, dass es sich um einen nationalen Markt handelt. Zumal keine wettbewerbsrechtlichen Bedenken bezüglich des Zusammenschlussvorhabens bestehen, kann die räumliche Marktabgrenzung jedoch offen gelassen werden.⁷

B.3.3 Voraussichtliche Stellung in den betroffenen Märkten

33. 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.

34. In der Schweiz beträgt der geschätzte gemeinsame Anteil der Parteien im Jahr 2016 auf dem vorliegend betrachteten nationalen Markt für Bedbanks [20-30] %, wovon [0-10] % auf GTA entfallen. Die kombinierten Verkäufe der Parteien an Schweizer Kunden machten im

⁴ Der durchschnittliche Wechselkurs in den Jahren 2014: EUR 1 = CHF 1.2146, 2015 EUR 1 = CHF 1.0681 und 2016 EUR 1 = CHF 1.0904 (Schweizerische Nationalbank).

⁵ Vgl. RPW 2016/1, 94 ff. Rz 204 ff., *Online-Buchungsplattformen für Hotels*, m.w.H.

⁶ Vgl. auch WEKO Fusionskontrollverfahren Nr. 41-0829 - Cinven/Canada Pension Plan Investment Board/Travel Holdings Parent Corporation, Rz 37-49 (noch nicht publiziert).

⁷ Vgl. auch WEKO Fusionskontrollverfahren Nr. 41-0829 - Cinven/Canada Pension Plan Investment Board/Travel Holdings Parent Corporation, Rz 51 (noch nicht publiziert).

Geschäftsjahr 2016 ungefähr CHF [...] Mio. aus. Dies machte bei der Zielgesellschaft weniger als [0-10] % und bei HBG/Tourico ebenfalls weniger als [0-10] % ihrer jeweiligen weltweiten Verkäufe von Hotelübernachtungen aus.

35. Marktanteil der Gesamttransaktionswert⁸ für die Schweiz 2014-2016:

Gesamttransaktionswert berechnet für die Schweiz 2014-2016							
	Total Verkauf via Bedbanks sales only (CHF Mio.)	Zielgesellschaft		HBG / Tourico		gemeinsam	
		TTV (CHF Mio.)	Marktanteil	TTV (CHF Mio.)	Marktanteil	TTV (CHF Mio.)	Marktanteil
2016	[...]	[...]	[0-10] %	[...]	[10-20] %	[...]	[20-30] %
2015	[...]	[...]	[10-20] %	[...]	[10-20] %	[...]	[20-30] %
2014	[...]	[...]	[10-20] %	[...]	[0-10] %	[...]	[20-30] %

Quelle: Angaben der Parteien

36. Die geschätzten Marktanteile vor Zielgesellschaft in der Schweiz im Jahre 2016 war deshalb deutlich unter 30 %. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass der Bedbanks-Markt keinen betroffenen Markt darstellt.

B.3.4 Ergebnis

37. Die vorläufige Prüfung ergibt aus vorgängig dargelegten 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.

⁸ Der Gesamttransaktionswert (auch Total Transaction Value, nachfolgend „TTV“) entspricht der Position der meldenden Partei und der Europäischen Kommission in M.8231 - Kuoni Travel Holding/MTS Globe und M.7968 - EQT Services UK/Kuoni Travel Holding. Derselbe Ansatz wurde für den jeweils Cinven und CPPIB zugewiesenen Umsatz von HBG und für den Umsatz der Zielgesellschaft gewählt. Das TTV entspricht nicht den Einnahmen, welche ein B2B-Hotelintermediär für von ihm verkaufte Hotelzimmer pro Nacht erhält, sondern vielmehr einem Gesamtpreis, der den Preis des Hotels sowie eine entsprechende Vermittlungsprovision oder ein Aufschlag beinhaltet. Im Reisevermittlungsgeschäft wird der TTV als ein wichtiger Leistungsindikator für die Zwecke der internen Überwachung und Berichterstattung verwendet. Die exakten und gesetzlich vorgeschriebenen Einnahmen von B2B-Intermediären wie HBG und die Zielgesellschaft sind davon zu unterscheiden. Es handelt sich dabei um Kommissionen oder Margen, welche sie auf die von ihnen gelieferte Hotelübernachtung anwenden. Im Sinne des Art. 9 Abs. 1 Bst. b KG und des schweizerischen Wettbewerbsrechts im Generellen wäre die erzielte Provision/Marge der effektive Umsatz von HBG und der Zielgesellschaft, da es sich hierbei um den generierten Umsatz handelt. Auf jeden Fall werden für den Zweck des beabsichtigten Zusammenschlusses die Schwellen bereits aufgrund des Umsatzes von Cinven und CPPIB erreicht.

B 2.3	4. Canada Pension Plan Investment Board/BPEA Private Equity Asia/Nord Anglia Education, Inc.
-------	---

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

Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU vom 3. Juli 2017

Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 30. Juni 2017

A Sachverhalt

1. Am 8. Juni 2017 hat die Wettbewerbskommission die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Das Zusammenschlussvorhaben betrifft den Erwerb gemeinsamer Kontrolle durch Canadian Pension Plan Investment Board (nachfolgend: CPPIB) und Fonds kontrolliert durch Baring Private Equity Asia (nachfolgend: BPEA, und zusammen mit CPPIB, die Parteien) über Nord Anglia Education, Inc. (nachfolgend: Nord Anglia), welche momentan von BPEA alleine kontrolliert wird.

2. CPPIB ist eine professionelle Investment Management Gesellschaft, welche die Vermögenswerte des kanadischen Pensionsplans investiert und ihren Sitz in Toronto, Ontario, Kanada, hat. Die CPPIB ist eine kanadische Staatsgesellschaft (sog. Kronengesellschaft: "Canadian Federal Crown Corporation"), welche im Dezember 1997 durch einen Parlamentsbeschluss, das Gesetz über die Canada Pension Plan Investment Board, geschaffen wurde. Als professionelle Investment Management Gesellschaft ist es das langfristige Ziel von CPPIB, zur finanziellen Stärke des CPP beizutragen, indem Vermögenswerte, welche nicht für die Zahlung von Beiträgen benötigt werden, im besten Interesse von 19 Millionen kanadischen Beitragszahlern und Leistungsempfängern angelegt und Gewinne ohne ungebührliche Verlustrisiken maximiert werden. Ausgestattet mit einem Mandat der Bundes- und Provinzregierungen, ist CPPIB dem Parlament sowie den Finanzministern auf Bundes- und Provinzebene, welche als Verwalter des CPP fungieren, zur Rechenschaft verpflichtet.

3. Sieben der durch CPPIB (allein oder gemeinsam) kontrollierten Portfoliogesellschaften generieren Umsätze in der Schweiz: Dorna Sports Management, Informatica Corporation, die Neiman Marcus Group, Hotelbeds Group, Glencore Agriculture Limited, Ascot Underwriting und Global Logic.

4. BPEA ist eine unabhängige alternative Vermögensverwaltungsgesellschaft in Asien. Die Gesellschaft führt ein transasiatisches Anlageprogramm, welches Übernahmen sponsert und Unternehmen Wachstumskapital zwecks Expansion oder Akquisitionen zur Verfügung stellt, wie auch ein privates Kredit- und ein transasiatisches Immobilien-Private Equity-Anlageprogramm. Die Gesellschaft investiert seit ihrer Gründung in 1997 in Asien und hat über 140 Angestellte, welche in Büros in

Hong Kong, China, Indien, Japan und Singapur verteilt sind.

5. Die folgende von BPEA (alleine oder gemeinsam) kontrollierten Portfoliogesellschaften generieren Umsätze in der Schweiz: Nord Anglia, HCP, Hexaware und Vistra.

6. Nord Anglia betreibt 45 internationale, Internats- und Privatschulen in China, Europa (inklusive Schweiz), im Mittleren Osten, Nordamerika und Südostasien. Diese bietet Ausbildungsdienstleistungen für Schüler von der Vorschule bis zum Ende der Sekundarschulausbildung an. Die Schulen der Nord Anglia bilden insgesamt 38'800 Schüler aus. Das Unternehmen hat ihren Hauptsitz in Hong Kong und ist an der New York Stock Exchange kotiert.

7. In der Schweiz betreibt Nord Anglia 5 internationale Internats- und Privatschulen: Collège du Léman (Genf), Collège Champittet (Nyon und Pully), La Côte International School (Aubonne) und Collège Beau Soleil (Villars sur Ollon).

8. CPPIB sucht nach Investitionsmöglichkeiten, welche stabile Cash Flows generieren und gleichzeitig angemessene Wachstumschancen ermöglichen. Nach Ansicht von CPPIB entspricht das vorliegende Zusammenschlussvorhaben diesen Zielvorgaben und passt zum langfristigen Mandat von CPPIB, im Interesse der CPP Beitragszahler und Begünstigten zu investieren und die Renditen ohne übermässiges Verlustrisiko zu maximieren. Aus Sicht von BPEA stellt das Zusammenschlussvorhaben eine Realisierung der Investition einzelner ihrer Fonds in Nord Anglia dar.

9. Am 25. April 2017 schloss Nord Anglia mit Bach Finance Limited und Bach Acquisitions Limited, zwei von BPEA kontrollierte Einheiten, eine definitive Vereinbarung und einen Fusionsvertrag (das "Merger Agreement") ab, gemäss welcher Nord Anglia im Rahmen einer Transaktion mit einem Wert von USD 4.3 Mia., inklusive Schuldenrückzahlung, von Bach Finance Limited erworben wird.

10. Die Meldung wurde in Absprache mit dem Sekretariat der Wettbewerbskommission (Sekretariat) als vereinfachte Meldung gemäss Art. 12 VKU eingereicht.

B Erwägungen

B.1 Geltungsbereich

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).

B.1.1 Unternehmen

12. Als Unternehmen gelten sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform (Art. 2 Abs. 1^{bis} KG). Die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen sind als solche Unternehmen zu qualifizieren.

B.1.2 Unternehmenszusammenschluss

13. 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 VKU¹).

14. Derzeit werden rund 66,85 % der Anteile von Nord Anglia von der Premier Holdings Ltd gehalten. Premier Holdings Ltd wird von mehreren durch BPEA verwalteten Fonds gehalten. Die verbleibende Beteiligung (ca. 33,15 %) an der Nord Anglia wird an der New Yorker Börse gehandelt. Als Ergebnis der vorgeschlagenen Transaktion wird Nord Anglia zu einem privat gehalten Unternehmen, wobei mehr als [...] % ihrer Anteile im Besitz von durch BPEA verwalteten Fonds sind und weniger als [...] % CPPIB gehören.

15. Mit dem Vollzug des Zusammenschlussvorhabens wird CPPIB somit (i) [...] % der Aktien an Nord Anglia halten und (ii) über [...], welche es ihr u.a. ermöglicht, die [...], wodurch CPPIB zusammen mit BPEA gemeinsame Kontrolle über wesentliche geschäftliche und strategische Entscheidungen von Nord Anglia übertragen

wird. Daher werden CPPIB und BPEA nach Vollzug der Transaktion über gemeinsame Kontrolle über Nord Anglia im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG und Art. 2 Abs. 1 VKU verfügen.²

16. Als Anzug der vorgeschlagenen Transaktion wird Nord Anglia ein privat geführtes Unternehmen, das gemeinsam von BPEA und CPPIB besessen und kontrolliert wird, dessen Aktien nicht mehr an der New Yorker Börse notiert werden

B.2 Meldepflicht

17. Gemäss Art. 9 Abs. 1 KG sind Vorhaben über Zusammenschlüsse von Unternehmen meldepflichtig, wenn die beteiligten Unternehmen im letzten Geschäftsjahr einen Umsatz von insgesamt mindestens 2 Mrd. Franken oder einen auf die Schweiz entfallenden Umsatz von insgesamt mindestens 500 Mio. Franken erzielten (Art. 9 Abs. 1 Bst. a KG) und mindestens zwei der beteiligten Unternehmen einen Umsatz in der Schweiz von je mindestens 100 Mio. Franken erzielten (Art. 9 Abs. 1 Bst. b KG).

18. Als beteiligte Unternehmen bei der Erlangung der Kontrolle gelten die kontrollierenden und die kontrollierten Unternehmen (Art. 3 Abs. 1 Bst. b VKU), vorliegend somit CPPIB und AP als kontrollierende Unternehmen und GL als kontrolliertes Unternehmen.

19. Die nachfolgende Tabelle 1 zeigt die weltweiten und nationalen Umsätze der beteiligten Unternehmen im Geschäftsjahr 2016. Wie aus den aufgeführten Umsätzen hervorgeht, sind die Umsatzschwellen gemäss Art. 9 Abs. 1 Bst. a und b KG erreicht. Somit ist das vorliegende Zusammenschlussvorhaben meldepflichtig.

Tabelle 1: Umsätze der beteiligten Unternehmen im Jahre 2015-2016 in CHF Mio.

Unternehmen	Umsatz 2015 für CPPIB und 2016 für BPEA (CHF Mio.)	
	schweizweit	weltweit
CPPIB Group	[...] ³	[...]
BPEA (inklusive Nord Anglia)	[...] ⁴	[...]
Total	[...]	[...]

Quelle: Angaben der Parteien.

¹ Verordnung vom 17. Juni 1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU; SR 251.4).

² Vgl. BSK KG-Reinert, Art. 4 Abs. 3 N 249 und 253; Konsolidierte Mitteilung der Kommission zu Zuständigkeitsfragen gemäss der Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, Abl. 2009/C 43/09, Rz 69 ff.; RPW

2013/1 106 ff., Bristol-Myers Squibb Company/Astra Zeneca PLC/Amylin Pharmaceuticals Inc., Rz 14 ff.

³ Der durchschnittliche Wechselkurs im Jahre 2015: EUR 1 = CHF 1.0681 (Schweizerische Nationalbank).

⁴ Der durchschnittliche Wechselkurs im Jahre 2016: EUR 1 = CHF 1.0901 (Schweizerische Nationalbank).

B.3 Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens im Rahmen der vorläufigen Prüfung

20. Meldepflichtige Zusammenschlüsse unterliegen der vertieften Prüfung durch die Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO), 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).

21. 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.3.1 Relevante Märkte

22. 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).

23. Wie bereits ausgeführt, bietet Nord Anglia in der Schweiz Dienstleistungen im Bereich Ausbildung an.

24. Hinsichtlich der sachlichen und räumlichen Marktabgrenzung sind den meldenden Parteien im Zusammenhang mit Bildungseinrichtungen der internationalen Schulen keine Praxis der Schweizer Wettbewerbsbehörde oder der Europäischen Kommission bekannt.⁵

25. Schulen sind in einer naturgemäss lokalen Umgebung tätig und passen sich lokalen Regelungen, Kulturen und Konditionen an. Allerdings bieten die meisten Nord Anglia Schulen international anerkannte Lehrpläne und Qualifikationen inklusive des „English National Curriculum“ und des „International Baccalaureate“ an, und werden den Bedürfnissen sowohl von Schülern aus Expat-Familien, welche vorübergehend in der Schweiz wohnhaft sind, wo sich die Schulen befinden, als auch von Schülern aus lokalen Familien gerecht.

26. Dies spricht für eine geografische Reichweite innerhalb eines bestimmten Lands mit gewissem grenzüberschreitenden Wettbewerb, um Schüler aus Familien anzuziehen, welche ausserhalb der Länder wohnhaft sind, in denen sich die Schulen befinden.

27. Da selbst unter der engst möglichen Marktabgrenzung das Zusammenschlussvorhaben zu keinen wettbewerbsrechtlichen Bedenken führt, kann im vorliegenden Fall die räumliche Marktabgrenzung offengelassen werden.

B.3.2 Voraussichtliche Stellung in den betroffenen Märkten

28. 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.

29. Gemäss Angaben der Parteien wird das Zusammenschlussvorhaben die Marktstruktur und die Wettbewerbsbedingungen vollständig unverändert belassen. Die beabsichtigte Transaktion beschränkt sich auf den Eintritt eines neuen Kontrollaktionärs (CPPIB), der keine Überschneidungen mit oder Lieferbeziehungen zur Zielgesellschaft hat. Darüber hinaus weist die Zielgesellschaft lediglich vernachlässigbare Umsätze und einen zu vernachlässigenden Marktanteil in einem Markt auf, der äusserst kompetitiv und fragmentiert ist.

30. Die meldenden Parteien schätzen, dass Nord Anglia im Jahre 2016 in der Schweiz einen Marktanteil von etwa [0-10] % aufweist. Diese Schätzung beruht auf der Anzahl der Einschulungen in ihren Schulen im Vergleich zur Gesamtheit der Einschulungen in internationalen Schulen im Land. Die Schätzungen stützen sich auf Informationen betreffend die Anzahl der in internationalen Schulen eingeschriebenen Schüler. Diese Daten sind in der Regel auf den Webseiten der Schulen öffentlich zugänglich. Wettbewerber von Schulen der Nord Anglia in der Schweiz sind u.a. Institut Le Rosey, Aiglon College, Leysin American School, Lyceum Alpinum Zuoz, Institut Montana- Zugerberg, Institut Auf Dem Rosenberg, The American School in Switzerland, Ecole d'Humanité, La Garenne International School, Brilantmont International Boarding School, St. Georges International School, The International School of Geneva, La Châtaigneraie - International School, The International School of Lausanne, Haut Lac International Bilingual School, GEMS World Academy Switzerland, The British School of Geneva und Lake Lemman International School.

31. Die geschätzten Marktanteile von Nord Anglia in der Schweiz im Jahre 2016 war deshalb deutlich unter 20 %.

32. Weder CPPIB und BPEA, noch einer der von ihr kontrollierten Portfoliogesellschaften sind im Bereich der Ausbildung tätig, weshalb das Zusammenschlussvorhaben zu keiner Erhöhung des Marktanteils führen wird.

B.3.3 Ergebnis

33. Die vorläufige Prüfung ergibt aus vorgängig dargelegten Gründen keine Anhaltspunkte, dass der Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärken wird. Die Voraussetzungen für eine Prüfung des Zusammenschlusses nach Art. 10 KG sind daher nicht gegeben.

⁵ Im Schlussbericht i.S. „Ausbildung 'Eidg. Dipl. Betriebswirtschafter/in des Gewerbes', bezüglich des Ausbildungsbereichs, betriebswirtschaftliche Ausbildungen im Bereich der höheren Berufsbildung' zog das Sekretariat einen nationalen Markt in Erwägung (RPW 2005/4 597 ff. Rz. 30, Ausbildung „Eidg. Dipl. Betriebswirtschafter/in des Gewerbes“).

B 2.3	5. Bell Food Group AG/Hilcona AG
-------	----------------------------------

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

Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU vom 17. August 2017

1. Am 17. Juli 2017 hat die Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Danach beabsichtigt die Bell Food Group AG (vormals Bell Holding AG; nachfolgend: Bell) die alleinige Kontrolle über die Hilcona AG (nachfolgend: Hilcona) zu erwerben.

2. **Bell** ist eine börsennotierte Aktiengesellschaft mit Sitz in Basel, Schweiz. Sie ist die Muttergesellschaft der Bell-Gruppe und hat Tochtergesellschaften in der Schweiz und weiteren europäischen Ländern. Bell ist aktiv in der Produktion und dem Vertrieb von Fleischwaren, Seafood, Geflügel und Convenience-Gerichten. Mehrheitsaktionärin von Bell ist mit einem Aktienanteil von 66,29 % die Coop-Gruppe Genossenschaft (nachfolgend: Coop), welche Bell kontrolliert. Zu Coop gehören zahlreiche Produktions-, Handels- und Dienstleistungsunternehmen. Das Kerngeschäft von Coop ist der Lebensmitteleinzelhandel sowie -grosshandel. Daneben betreibt Coop u.a. Gastronomiebetriebe und Tankstellen.

3. **Hilcona** ist eine privat gehaltene Aktiengesellschaft mit Sitz in Schaan, Fürstentum Liechtenstein. Sie ist die Muttergesellschaft der Hilcona-Gruppe und hat Tochterunternehmen in der Schweiz und weiteren europäischen Ländern. Hilcona ist aktiv in der Produktion und dem Vertrieb von Convenience-Gerichten und -Produkten für Privathaushalte sowie für Grossverbraucher und die Systemgastronomie.

4. Aktuell wird Hilcona durch Bell und die Toni Hilti Familien Treuhänderschaft (nachfolgend: Treuhänderschaft) gemeinsam kontrolliert. Bell bzw. Coop hält 51 % und die Treuhänderschaft die restlichen 49 % der Aktien und Stimmrechte an Hilcona. Die WEKO hat den Erwerb der gemeinsamen Kontrolle durch Bell bzw. Coop und die Treuhänderschaft über Hilcona mit Entscheid *Bell/Toni Hilti Treuhänderschaft/Hilcona* vom 3. März 2011 gutgeheissen.¹ Bell beabsichtigt nun, die verbleibenden 49 % der Aktien und Stimmrechte an Hilcona zu erwerben. Der Wechsel von gemeinsamer zu alleiniger Kontrolle durch Bell bzw. Coop stellt einen Unternehmenszusammenschluss im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG² dar. Da die Umsatzschwellen nach Art. 9 Abs. 1 KG überschritten sind, handelt es sich um ein meldepflichtiges Zusammenschlussvorhaben.

5. Zur Beurteilung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens wird entsprechend der bisherigen Praxis der WEKO in sachlicher Hinsicht von sechs unterschiedli-

chen Märkten für Convenience-Produkte³ ausgegangen, welche sich nach dem Absatzkanal (Detailhandel, Horeka) und der Produktkategorie (ungekühlt, gekühlt, tiefgekühlt) unterscheiden.⁴ In räumlicher Hinsicht werden die Märkte für ungekühlte sowie für tiefgekühlte Convenience-Produkte praxisgemäss europaweit abgegrenzt; bei gekühlten Convenience-Produkten für den Detailhandelskanal resp. den Horeka-Kanal wird als engstmögliche räumliche Marktabgrenzung jeweils von einem schweizweiten Markt ausgegangen.⁵ Die genaue Marktabgrenzung kann jedoch mangels Einfluss auf das Ergebnis dieser Vorprüfung offen gelassen werden.

6. Den Märkten für Convenience-Produkte nachgelagert ist der Detailhandel. Wie u.a. bereits im Entscheid *Bell/Toni Hilti Treuhänderschaft/Hilcona* festgehalten, besteht dieser aus Konsumentensicht aus einem Sortiment, das „aus einer Vielzahl von Produktgruppen gebildet wird, die gemeinsam den täglichen Bedarf der Konsumenten abdecken“ (Konzept des «One-Stop-Shopping»). Dieses Sortiment besteht aus Food-, Near-Food und Non-Food-Produkten, wobei der Schwerpunkt im Bereich der Food-Produkte (insbesondere auf Frischprodukten) liegt.⁶ Gemäss Praxis der WEKO umfasst der sachlich relevante Markt den Lebensmittel-detailhandel (Detailhändler, welche ein Vollsortiment anbieten). Der Spezial-/Fachhandel, Convenience-Shops und der Einkaufstourismus gehören nicht zum relevanten Markt.⁷ Die geographische Dimension der Absatzmärkte ist praxisgemäss sowohl national als auch lokal,

¹ RPW 2011/2, 285 ff., *Bell/Toni Hilti Treuhänderschaft/Hilcona*. Im Rahmen des damals beurteilten Zusammenschlusses erwarb Bell bzw. Coop 49 % der Aktien an Hilcona von der Treuhänderschaft (vgl. RPW 2011/2, 285 f. Rz 11). Der Zusammenschluss umfasste u.a. auch das Recht der Treuhänderschaft, Bell vier Jahre nach dem Erwerb der gemeinsamen Kontrolle weitere 2 % der Aktien an Hilcona zu verkaufen, sowie das Recht von Bell, 2 % der Aktien an Hilcona von der Treuhänderschaft zu kaufen.

² Bundesgesetz vom 6.10.1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251).

³ Convenience-Produkte sind gemäss Praxis der WEKO „Fertigprodukte resp. -gerichte, die weitgehend verzehrfertig sind und allenfalls noch aufgetaut oder aufgewärmt werden müssen. Sie können ungekühlt, gekühlt oder tiefgekühlt sein.“ Vgl. nachfolgende Fn 4.

⁴ RPW 2012/4, 858 Rz 15 f., *Hilcona/Gastro Star*; RPW 2011/2, 286 Rz 19 f., *Bell/Toni Hilti Treuhänderschaft/Hilcona*; RPW 2010/1, 185 Rz 16 ff., *Bischofszell Nahrungsmittel AG/Weisenhorn Food Specialties GmbH*.

⁵ RPW 2012/4, 858 f. Rz 19 ff., *Hilcona/Gastro Star*; RPW 2011/2, 287 Rz 23 ff., *Bell/Toni Hilti Treuhänderschaft/Hilcona*.

⁶ RPW 2011/2, 286 Rz 21, *Bell/Toni Hilti Treuhänderschaft/Hilcona*; RPW 2008/4, 598 Rz 55, *Coop/Carrefour*.

⁷ RPW 2008/4, 601 Rz 79, *Coop/Carrefour*; RPW 2008/1, 150 Rz 204, *Migros/Denner*. In diesen Entscheiden wurde jeweils mangels Einfluss auf das Ergebnis offen gelassen, ob die Lebensmittelabteilungen in Warenhäusern, welche weniger als ein Drittel ihres Umsatzes mit Lebensmitteln erzielen, und der Internethandel zum relevanten Markt gehören.

wobei die Marktradien der lokalen Märkte um die jeweiligen Verkaufsstellen je nach Grösse des Super- resp. Hypermarkts ca. 10 bis 20 Minuten betragen.⁸ Bei homogenen Wettbewerbsbedingungen kann sich die Wettbewerbsbehörde gemäss *Coop/Carrefour* für die Analyse auf die nationale Ebene konzentrieren.⁹

7. Der Markt für gekühlte Convenience-Produkte für den Detailhandel ist mit einem kumulierten schweizweiten Marktanteil von [20–30] % von Hilcona und Bell bzw. Coop¹⁰ ein betroffener Markt i.S.v. Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU¹¹. Bei den weiteren Märkten für Convenience-Produkte handelt es sich nicht um betroffene Märkte. Die Marktanteile verändern sich jedoch durch vorliegendes Zusammenschlussvorhaben, einem Wechsel von gemeinsamer zu alleiniger Kontrolle durch Bell bzw. Coop über Hilcona, nicht. Die Umsätze und Marktanteile von Hilcona wurden aufgrund der gemeinsamen Kontrolle bereits vor dieser Transaktion Bell bzw. Coop zugerechnet. Die wichtigste Konkurrentin von Hilcona und Bell bzw. Coop auf dem schweizweiten Markt für gekühlte Convenience-Produkte für den Detailhandel ist die Migros-Gruppe mit einem Marktanteil von [20–30] %. Weitere Konkurrenten sind die Ospelt und die Orior mit einem Marktanteil von [10–20] % bzw. [0–10] %.¹² Der schweizweite Markt für gekühlte Convenience-Produkte für den Detailhandel wurde auch im Entscheid *Bell/Toni Hilti Treuhanderschaft/Hilcona* von 2011 – obwohl dieser damals knapp nicht betroffen war – genauer analysiert, weil er dem Lebensmitteldetailhandelsmarkt vorgelagert ist.¹³

8. Der schweizweite Lebensmitteldetailhandelsmarkt, in welchem Coop über einen Marktanteil von > 30 % verfügt, ist – wie auch im Entscheid von 2011¹⁴ – als betroffener Markt (ohne Kumulation von Marktanteilen) zu nennen. Im Entscheid von 2011 betreffend den Erwerb der gemeinsamen Kontrolle durch Bell bzw. Coop und die Treuhanderschaft über Hilcona wurde festgehalten, dass nicht auszuschliessen sei, dass sich das (damalige) Zusammenschlussvorhaben negativ auf andere Marktteilnehmer wie Konkurrenten von Coop als Detailhändler oder Konkurrenten von Hilcona im Bereich gekühlter Convenience-Produkte für den Detailhandel auswirke. Angeführt wurde hierzu, dass insgesamt betrachtet davon auszugehen sei, dass Detailhändlern, welche von Hilcona beliefert werden und welche in Konkurrenz zu Coop stehen, sollten diese zukünftig nicht mehr oder zu schlechteren Konditionen von ihr beliefert werden, andere Bezugsmöglichkeiten für gekühlte Convenience-Produkte zur Verfügung stehen. Zudem wurde festgehalten, dass bereits vor dem (damaligen) Zusammenschluss enge Kundenbeziehungen zwischen der Coop-Gruppe und Hilcona bestünden. So sei Coop bereits vor dem (damaligen) Zusammenschluss Hilconas wichtigster Kunde für gekühlte Convenience-Produkte im schweizerischen Detailhandel und Hilcona der wichtigste Lieferant Coops für gekühlte Convenience-Produkte im schweizerischen Detailhandel gewesen.¹⁵

9. Durch das vorliegende Zusammenschlussvorhaben verändern sich die Marktanteile nicht, die Umsätze und Marktanteile von Hilcona wurden aufgrund der gemeinsamen Kontrolle bereits vor dieser Transaktion Bell bzw. Coop zugerechnet. Es ändern sich lediglich die Beteiligungsverhältnisse an Hilcona, wobei Bell bzw. Coop,

welche die alleinige Kontrolle übernehmen wird, aufgrund der gemeinsamen Kontrolle mit der Treuhanderschaft bereits jetzt strategische Einflussmöglichkeiten auf Hilcona hat. Die WEKO kommt somit zum Schluss, dass das vorliegende Zusammenschlussvorhaben zu keinen wettbewerbsrechtlichen Bedenken führt. Die vorläufige Prüfung ergibt 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.

⁸ RPW 2008/4, 607 Rz 116, *Coop/Carrefour*; RPW 2008/1, 158 Rz 247, *Migros/Denner*.

⁹ RPW 2008/4, 606 Rz 112, *Coop/Carrefour*.

¹⁰ Hilcona: [20–30] %; Bell bzw. Coop (ohne Hilcona): [0–10] %.

¹¹ Verordnung vom 17.6.1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU; SR 251.4).

¹² Ausgehend von einem schweizweiten Markt für Convenience-Produkte (ungekühlt, gekühlt und tiefgekühlt) für den Detailhandel weisen Hilcona und Bell bzw. Coop einen Marktanteil von [10–20] % auf. Konkurrenten sind die Migros-Gruppe, die Ospelt und die Nestlé S.A. mit einem Marktanteil von [10–20] %, [10–20] % bzw. [0–10] %. Wird hypothetisch von einem die Schweiz und ihre Nachbarländer umfassenden Markt für gekühlte Convenience-Produkte für den Detailhandel ausgegangen, verfügen Hilcona und Bell bzw. Coop über einen Marktanteil von [0–10] %.

¹³ RPW 2011/2, 287 ff. Rz 29 ff., *Bell/Toni Hilti Treuhanderschaft/Hilcona*. Vgl. auch RPW 2012/4, 860 Rz 29 ff., *Hilcona/Gastro Star*.

¹⁴ RPW 2011/2, 287 Rz 29, *Bell/Toni Hilti Treuhanderschaft/Hilcona*.

¹⁵ RPW 2011/2, 288 f. Rz 32 ff., *Bell/Toni Hilti Treuhanderschaft/Hilcona*. Vgl. auch RPW 2012/4, 862 Rz 33 ff., *Hilcona/Gastro Star*.

B 2.3

6. Gilden Holding B.V./Oel-Pool AG/shop and more AG

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

Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU vom 30. Juni 2017

Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 30. Juni 2017

1. Am 31. Mai 2017 hat die Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) eine Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Danach beabsichtigt die Gilden Holding B.V. (nachfolgend: Gilden Holding) 50 % der Aktien an der shop and more AG (nachfolgend: shop and more) von der Oel-Pool AG (nachfolgend: Oel-Pool), der bisherigen alleinigen Aktionärin der shop and more, zu übernehmen und so die gemeinsame Kontrolle mit der Oel-Pool über die shop and more zu erlangen.

2. Die Gilden Holding mit Sitz in Son, Niederlande, ist ein Unternehmen der international tätigen Lekkerland-Gruppe. Sie hält u.a. 100 % der Lekkerland (Schweiz) AG (nachfolgend: Lekkerland). Wie bereits im Zusammenschlussvorhaben *Lekkerland (Schweiz) AG/Grosshandels-geschäft der Contadis AG* (RPW 2016/2, 555 Rz 2) erwähnt, betreibt Lekkerland mit Sitz in Brunegg, Aargau, eine Marketing- und Vertriebsgesellschaft für selbständige und filialisierte Kunden im (Lebensmittel-)Detailhandel und Convenience-Markt. Sie beliefert und betreut insbesondere Detailhandelsflächen und Convenience-Läden. Ihr Sortiment umfasst dabei Tabakwaren, Süsswaren, Lebensmittel, Getränke, Tiefkühlkost, Frische- und Ultra-Frische-Produkte, Non-Food und Electronic Value-Produkte (e-va-Produkte).

3. Oel-Pool mit Sitz in Suhr, Aargau, betreibt u.a. Tankstellen v.a. in der Schweiz, wobei die meisten dieser Tankstellen unter den Marken Ruedi Rüssel und Miniprix betrieben werden. Die Oel-Pool-Gruppe betreibt auch über ihre 50-prozentige Tochtergesellschaft Halter AG Wil eine Reihe von Tankstellen. Weiter ist Oel-Pool sowohl auf Grosshandels- als auch auf Detailhandelsebene im Bereich Brenn- und Treibstoffe tätig. Am 1. Februar 2017 hat Oel-Pool den Tankstellenshop MonRepos in Lausanne übernommen und betreibt diesen seither.

4. Die von der Oel-Pool am 9. Februar 2017 gegründete shop and more mit Sitz in Suhr, Aargau, betreibt gegenwärtig 23 Tankstellenshops im selbstständigen Betrieb. 18 dieser Tankstellenshops erwarb Oel-Pool von [...] am 10. Februar 2017, welche [...] wiederum im Rahmen der Übernahme [...] und [...] übernommen hatte. Die restlichen 5 Tankstellenshops hatte Oel-Pool im Mai 2016 im Sinne einer Übergangs- bzw. Notlösung übernommen.

5. Ziel des Zusammenschlussvorhabens ist es, mittels neuen, attraktiven und effizienten Shop-Konzepten oder Franchising-Systemen Betreiber von Detailhandelsflä-

chen, wie insbesondere Tankstellen-Shops, zu überzeugen, die shop and more mit dem Betrieb ihrer Detailhandelsflächen bzw. Tankstellen-Shops zu beauftragen. Geplant ist auch ein Aufbau von Standorten an Bahnhöfen.

6. Gilden Holding und Oel-Pool werden nach dem Vollzug des geplanten Zusammenschlusses die gemeinsame Kontrolle über die shop and more innehaben. Damit handelt es sich um einen Zusammenschluss im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG und Art. 2 VKU. Die Lekkerland-Gruppe und die Oel-Pool-Gruppe erzielten, für die Lekkerland-Gruppe basierend auf das Jahr 2016, für die Oel-Pool-Gruppe basierend auf den Zeitraum vom 1. Juli 2015 bis 30. Juni 2016, gemeinsam einen weltweiten Umsatz von über CHF 2 Mrd. Zudem erzielte die Lekkerland-Gruppe im Jahr 2016 einen schweizweiten Umsatz über CHF 100 Mio. und die Oel-Pool-Gruppe im Geschäftsjahr, das vom 1. Juli 2015 bis 30. Juni 2016 dauerte, einen schweizweiten Umsatz von ebenfalls über CHF 100 Mio., womit Art. 9 Abs. 1 Bst. b KG erfüllt ist. Somit handelt es sich vorliegend um einen meldepflichtigen Zusammenschluss im Sinne von Art. 9 Abs. 1 KG.

7. In verschiedenen Entscheiden ging die WEKO von einem sachlich relevanten Markt für Convenience-Shops aus, wobei sie teilweise explizit offen liess, ob dieser sachliche Markt enger und/oder weiter abzugrenzen sei.¹ Gemäss dem Entscheid *Migros/Valora* könnte der Markt für Convenience-Shops entsprechend den Eigenschaften der Standorte und der angesprochenen Kunden weiter unterteilt werden, wobei als Standorte Bahnhöfe, Tankstellen und Autobahnraststätten genannt werden, ohne allerdings zu eruieren, inwieweit sich die Convenience-Shops an diesen unterschiedlichen Standorten substituieren lassen.² In ihrem Entscheid *Coop/Marché* stellte die WEKO fest, dass nicht auszuschliessen ist, dass Convenience-Shops an bestimmten Lagen, insbesondere an Autobahnraststätten und Flughäfen, einen oder mehrere gesonderte sachlich relevante Märkte darstellen.³ So ist es denkbar, dass Tankstellenshops einen eigenen sachlich relevanten Markt bilden.

8. Bei nachfolgender Analyse wird sowohl ein sachlich relevanter Markt für Tankstellenshops als auch ein solcher, der nebst Tankstellenshops auch Convenience-Shops an anderen Standorten als Tankstellen beinhaltet, betrachtet. Die Frage nach der genauen sachlichen Marktabgrenzung bezüglich Tankstellenshops kann nachfolgend aber schliesslich offen gelassen werden, da das Ergebnis der Beurteilung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens bei jeder denkbaren diesbezüglichen Abgrenzung dasselbe bleibt.

¹ Vgl. hierzu u.a. RPW 2015/1, 108 Rz 22, *Valora Holding AG/LS Distribution SA*; RPW 2005/3, 477 f. Rz 12 ff., *Migros/Valora*, RPW 2000/1, 38, *Zusammenschlussvorhaben „avec.“* (SBB, Migros, Kiosk AG).

² Vgl. RPW 2005/3, 477 Rz 14, *Migros/Valora*.

³ Vgl. RPW 2014/2, *Coop/Marché*, 418 f. Rz 7.

9. In ihrem Entscheid *Tamoil Distribution SA/TotalFina Elf (Suisse) SA und Potrans S.A.* hielt es die WEKO für gerechtfertigt, bei der Beurteilung der Wettbewerbsverhältnisse den Vertrieb von verschiedenen Treibstoffen an Tankstellen als einen sachlich relevanten Markt zu betrachten.⁴ Nachfolgend wird einem Markt für den Vertrieb von Treibstoffen (Benzin und Diesel) an Tankstellen ausgegangen. Die genaue diesbezügliche, sachliche Marktabgrenzung soll aber offen gelassen werden, da das Ergebnis der nachfolgenden Analyse bei jeder denkbaren sachlichen Marktabgrenzung dasselbe bleibt.

10. Im Entscheid *Lekkerland/Contadis* wurde absatzseitig ein Grossverbrauchermarkt abgegrenzt, dem Zustell-grosshändler, Abholmärkte und Direktbelieferer angehören, also sowohl Vollsortiments- als auch Teilsortimentsanbieter, und bezüglich Kunden des Grossverbrauchermarkts wurde davon ausgegangen, dass nebst der Gastronomie auch unabhängige (Klein-)Detaillisten und der Convenience-Markt, namentlich Tankstellenshops und weitere Convenience-Shops wie beispielsweise solche an Bahnhöfen und Kiosken, dazu gehören.⁵ Die genaue diesbezügliche sachliche Marktabgrenzung wurde in jenem Entscheid schliesslich aber offen gelassen.⁶ In jenem Entscheid wurde auch darauf hingewiesen, dass die WEKO in verschiedenen Entscheiden die Frage aufgeworfen hatte, ob der Grossverbrauchermarkt weiter in verschiedene Produktgruppen, wie beispielsweise in einen solchen bezüglich Tabakwaren, segmentiert werden sollte, diese Frage wurde schliesslich offen gelassen.⁷ Auch im vorliegenden Entscheid soll die genaue sachliche Marktabgrenzung bezüglich den absatzseitigen Grossverbrauchermarkt offen gelassen werden, da das Ergebnis der nachfolgenden Analyse bei jeder denkbaren sachlichen Marktabgrenzung dasselbe bleibt. Somit kann auch die Frage offen gelassen werden, ob der absatzseitige Grossverbrauchermarkt weiter nach Produktgruppen wie beispielsweise einen solchen bezüglich Tabakwaren, zu unterteilen ist.

11. Gemäss *Migros/Valora* als auch gemäss *Valora Holding AG/LS Distribution SA* hat der räumlich relevante Markt für Convenience-Shops sowohl lokale, kantonale als auch nationale Charakteristika resp. Dimensionen.⁸ Gemäss *Valora Holding AG/LS Distribution SA* ist der räumlich relevante Markt aufgrund von Transaktionskosten lokal, der Wettbewerb spielt aber auch in einem breiteren Umfeld.⁹ So wird in jenem Entscheid auf die Ausdehnung des lokalen Wettbewerbs bei homogenen Wettbewerbsverhältnissen aufgrund von Substitutionsketten hingewiesen, auf die mögliche Beschränkung dieser Ausdehnung aufgrund kantonalen Ladenöffnungszeiten sowie auf die Konkurrenzierung grösserer Marktteilnehmer auf nationaler Ebene.¹⁰

12. Vorliegend wird davon ausgegangen, dass sowohl für den räumlich relevanten Markt für Tankstellenshops als auch für den räumlich relevanten Markt eines sachlichen Markts, der nebst Tankstellenshops auch Convenience-Shops an anderen Standorten als Tankstellen beinhaltet, lokale, kantonale (bei allfälligen unterschiedlichen kantonalen Ladenöffnungszeiten) und nationale Charakteristika zu berücksichtigen sind. Auf eine räumliche Abgrenzung dieser sachlichen Märkte kann aber für vorliegendes Zusammenschlussvorhaben verzichtet werden, da das Ergebnis der Analyse des vorliegenden

Zusammenschlussvorhabens bei jeder denkbaren räumlichen Abgrenzung dieser sachlichen Märkte dasselbe bleibt.

13. In ihrem Entscheid *Tamoil Distribution SA/TotalFina Elf (Suisse) SA und Potrans S.A.*¹¹ liess die WEKO offen, ob von einer nationalen oder regionalen Marktabgrenzung bezüglich den Vertrieb von verschiedenen Treibstoffen (Benzin bleifrei 95 und 98 sowie Diesel) an Tankstellen auszugehen ist. Nachfolgend kann die räumliche Marktabgrenzung bezüglich den Vertrieb von Treibstoffen an Tankstellen offen gelassen werden, da das Ergebnis der Analyse des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens bei jeder denkbaren räumlichen Marktabgrenzung dieses sachlichen Markts dasselbe bleibt.

14. Gemäss dem Entscheid *Lekkerland/Contadis* ging die WEKO in ihren Entscheiden zum Grossverbrauchermarkt absatzseitig von einem nationalen Markt aus.¹² Auch im Entscheid *Lekkerland/Contadis* wurde für den Grossverbrauchermarkt absatzseitig von einem nationalen Markt ausgegangen, die Frage, ob bei einem allfälligen Abholgrosshandelsmarkt ein engerer als nationaler Markt vorliegen würde, aber offen gelassen.¹³

15. Für nachfolgende Analyse wird der Grossverbrauchermarkt absatzseitig national abgegrenzt. Schliesslich kann die genaue räumliche Marktabgrenzung bezüglich den absatzseitigen Grossverbrauchermarkt offen gelassen werden, da bei jeder denkbaren räumlichen Marktabgrenzung das Ergebnis der Analyse des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens dasselbe bleibt.

16. Gemäss den Parteien liegen keine betroffenen Märkte gemäss Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU vor. Der einzige Markt mit einer Marktanteilsaddition ist der Markt für Tankstellenshops. Mit 23 Tankstellenshops bei shop and more und einem einzigen bei der Oel-Pool-Gruppe (vgl. Rz 3 und 4) ist die Addition jedoch minim. Wird dieser Markt sachlich als Convenience-Shops (an Tankstellen und anderen Standorten als Tankstellen) abgegrenzt, so beträgt der kumulierte schweizweite Marktanteil umsatzbasiert für 2016 ca. [0–10] %, werden nur Tankstellenshops betrachtet, beträgt der kumulierte schweizweite

⁴ RPW 2003/1, 162 Rz 10, *Tamoil Distribution SA/TotalFina Elf (Suisse) SA und Potrans S.A.*

⁵ Vgl. RPW 2016/2, 556 Rz 12, *Lekkerland (Schweiz) AG/Grosshandelsgeschäft der Contadis AG.*

⁶ Vgl. RPW 2016/2, 556 Rz 12, *Lekkerland (Schweiz) AG/Grosshandelsgeschäft der Contadis AG.*

⁷ Vgl. RPW 2016/2, 556 Rz 12, *Lekkerland (Schweiz) AG/Grosshandelsgeschäft der Contadis AG.*

⁸ Vgl. RPW 2005/3, 478 f. Rz 27 ff., *Migros/Valora* und RPW 2015/1, 112 Rz 53, *Valora Holding AG/LS Distribution SA.*

⁹ RPW 2015/1, 112 Rz 53, *Valora Holding AG/LS Distribution SA.*

¹⁰ Vgl. RPW 2015/1, 112 Rz 53, *Valora Holding AG/LS Distribution SA* mit Verweis auf RPW 2005/3, 478 f. Rz 27 ff., *Migros/Valora.*

¹¹ Vgl. RPW 2003/1, 162 f. Rz 12, *Tamoil Distribution SA/TotalFina Elf (Suisse) SA und Potrans S.A.*

¹² Vgl. RPW 2016/2, 556 Rz 14, *Lekkerland (Schweiz) AG/Grosshandelsgeschäft der Contadis AG.*

¹³ Vgl. RPW 2016/2, 556 Rz 14, *Lekkerland (Schweiz) AG/Grosshandelsgeschäft der Contadis AG.*

Marktanteil – basierend auf der Anzahl Tankstellenshops – ca. [0–10] %, ¹⁴ Beim Vertrieb von Treibstoffen an Tankstellen beträgt der schweizweite Marktanteil der Oel-Pool-Gruppe – basierend auf der Anzahl Tankstellen – ca. [10–20] %, ¹⁵ während die anderen Zusammenschlussparteien keine Tankstellen betreiben. Wie beim Vertrieb von Treibstoffen an Tankstellen gibt es auch beim absatzseitigen Grossverbrauchermarkt insgesamt (exklusive grösserer (Lebensmittel-)Detailhändler und exklusive grösserer Systemkunden) keine Marktanteilsaddition, der schweizweite Marktanteil der Lekkerland-Gruppe liegt für 2016 bei etwa [0–10] %, wird nur der absatzseitige Grosshandel mit Tabakwaren angeschaut, liegt der schweizweite Marktanteil bei [10–20] %.

17. Wenngleich keine betroffenen Märkte bei einer nationalen Marktabgrenzung der in Rz 16 genannten sachlichen Märkte vorliegen, so kann vorliegend nicht ausgeschlossen werden, dass beim Markt für Tankstellenshops, bei einem Markt, welcher nebst Tankstellenshops auch Convenience-Shops an anderen Standorten als Tankstellen beinhaltet, und/oder beim Vertrieb von Treibstoffen an Tankstellen betroffene Märkte bei einer sinngemässen Anwendung von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU vorliegen. So kommen für diese Märkte engere Marktabgrenzungen als nationale in Betracht. Allerdings liegen dem Sekretariat keine konkreten Marktanteilschätzungen zu den einzelnen lokalen, vorgenannten, sachlichen Märkten vor.

18. Wie bereits geschildert, kommt es im Markt für Tankstellenshops resp. in einem sachlich weiter gefassten Markt für Convenience-Shops (Tankstellen und Convenience-Shops an anderen Standorten als Tankstellen) lediglich aufgrund des Betriebs eines einzigen Tankstellenshops seitens der Oel-Pool-Gruppe, nämlich des Tankstellenshops MonRepos in Lausanne (vgl. Rz 3), beim vorliegendem Zusammenschlussvorhaben zu einer Marktanteilsaddition. Selbst wenn diese Marktanteilsaddition einen kumulierten Marktanteil von 20 % oder mehr bedingen würde (und auch bei einem allfälligen Marktanteil von 30 % oder mehr ohne Marktanteilsaddition), so ist insbesondere aufgrund der national recht tiefen Marktanteile der Zusammenschlussparteien davon auszugehen, dass das vorliegende Zusammenschlussvorhaben diesbezüglich zu keinen wettbewerbsrechtlichen Bedenken führt.

19. Von den Zusammenschlussparteien ist lediglich die Oel-Pool-Gruppe beim Vertrieb von Treibstoffen an Tankstellen tätig. In diesem sachlichen Markt kommt es also durch vorliegendes Zusammenschlussvorhaben zu keinen Marktanteilsadditionen. Der schweizweite Marktanteil der Oel-Pool-Gruppe lag Ende 2015/Anfang 2016 mit rund [10–20] % deutlich unter 30 % (vgl. Rz 16). Wie bereits aufgezeigt (vgl. Rz 17), kann aufgrund fehlender Informationen aber nicht ausgeschlossen werden, dass bezüglich dieses relevanten Marktes lokale Märkte vorliegen, bei denen der Marktanteil der Oel-Pool-Gruppe 30 % oder mehr beträgt. Es ist aber davon auszugehen, dass das vorliegende Zusammenschlussvorhaben diesbezüglich zu keinen wettbewerbsrechtlichen Bedenken führt.

20. Die von den Parteien gemeldeten Nebenabreden umfassen Wettbewerbsverbote sowohl für die Parteien als auch für die shop and more:

- **Verbot konkurrenzierender Tätigkeiten zulasten der Parteien:** Die Parteien verpflichten sich in Ziff. 8 des Joint Venture- und Aktionärbindungsvertrags, in der Schweiz, solange shop and more besteht, jede die shop and more konkurrenzierende Tätigkeit in Bezug auf Waren oder Dienstleistungen, die den Geschäftsgegenstand der shop and more bilden, zu unterlassen bzw. dafür zu sorgen, dass ihre Gruppengesellschaften solche Tätigkeiten ebenfalls unterlassen, sowie in Bezug auf die Schweiz keine Vereinbarungen mit Dritten zu treffen, die einen Verstoss gegen dieses Konkurrenzverbot bedeuten würden. Gleichzeitig vereinbaren sie in Ziff. 8 des Joint Venture- und Aktionärbindungsvertrags Vorbehalte zu diesem Konkurrenzverbot.
- **Verbot konkurrenzierender Tätigkeiten zulasten der shop and more:** Die shop and more wird in Ziff. 7.4 des Joint Venture- und Aktionärbindungsvertrags gewisse, in den Bst. a–d dieser Ziffer genannte Tätigkeiten nicht ausführen.

21. Das im Joint Venture- und Aktionärbindungsvertrag vorgesehene Konkurrenzverbot bezieht sich sachlich auf die im Vertrag vorgesehene alleinige Geschäftstätigkeit des Gemeinschaftsunternehmens und ist entsprechend auf konkurrenzierende Tätigkeiten in Bezug auf Waren oder Dienstleistungen beschränkt, die den Geschäftsgegenstand des Gemeinschaftsunternehmens bilden. Es ist daher nach Rz 36 der EU-Bekanntmachung¹⁶ zulässig. Zeitlich ist das Konkurrenzverbot auf die Dauer des Joint Ventures beschränkt, was nach Rz 36 der EU-Bekanntmachung ebenfalls zulässig ist. Räumlich ist das Konkurrenzverbot auf die Schweiz begrenzt. Die räumliche Begrenzung ist im vorliegenden Fall nach Rz 39 der EU-Bekanntmachung zu beurteilen. Rz 39 der EU-Bekanntmachung ist anwendbar, wenn durch das Gemeinschaftsunternehmen ein neuer Markt erschlossen werden soll. Im vorliegenden Fall betreibt die Oel-Pool zwar bereits 23 Tankstellenshops (sowie einen Tankstellenshop in Lausanne), allerdings wurden die ersten 5 Tankstellenshops von Oel-Pool erst im Mai 2016 im Sinne einer „Übergangslösung“ übernommen, die weiteren 18 im Februar 2017 (vgl. oben, Rz 4). Die Übernahme dieser Tankstellenshops durch Oel-Pool erfolgte mit

¹⁴ Dabei wurden als Schätzung für den Gesamtmarkt die Shops der öffentlich zugänglichen Markentankstellen am 1.1.16 gemäss dem Jahresbericht 2015 der Erdöl-Vereinigung genommen (vgl. Erdöl-Vereinigung, Jahresbericht 2015, 47, <www.erdoel.ch/de/treibstoffe-und-mobilitaet/publikationen/jahresbericht> unter Jahresbericht 2015 (22.6.17)).

¹⁵ Dabei wurden als Schätzung für den Gesamtmarkt der Tankstellen die öffentlich zugänglichen Markentankstellen am 1.1.16 gemäss dem Jahresbericht 2015 der Erdöl-Vereinigung genommen (vgl. Jahresbericht 2015 (Fn 16), 47).

¹⁶ Bekanntmachung der EU-Kommission über Einschränkungen des Wettbewerbs, die mit der Durchführung von Unternehmenszusammenschlüssen unmittelbar verbunden und für diese notwendig sind, ABI. C 56 vom 5.3.2005 S. 24 (nachfolgend: EU-Bekanntmachung).

dem Ziel, einen Partner für den Aufbau dieses Geschäfts zu finden. Auch wenn Oel-Pool während der für die entsprechende Organisation benötigten Zeit gezwungen war, die Tankstellen-shops zu betreiben, ging es also von Anfang an darum, einen für Oel-Pool neuen Markt durch ein Gemeinschaftsunternehmen zu erschliessen. Die Gründung des Gemeinschaftsunternehmens ist vorliegend als Teil des Prozesses der Markterschliessung zu sehen, welche anschliessend durch das Gemeinschaftsunternehmen weitergeführt wird. Gemäss Rz 39 der EU-Bekanntmachung ist auf die Gebiete abzustellen, auf denen das Gemeinschaftsunternehmen nach der betreffenden Gründungsvereinbarung aktiv sein soll, wobei davon ausgegangen wird, dass die Interessen des einen Gründers am Gemeinschaftsunternehmen nicht auf anderen Märkten vor Wettbewerbs-handlungen des anderen Gründers geschützt werden müssen als in denjenigen, in denen das Gemeinschaftsunternehmen am Anfang tätig ist. Shop and more wird von Beginn an 23 Tankstellenshops betreiben. Es ist also auf die Gebiete dieser 23 Tankstellenshops abzustellen. Die Standorte dieser 23 Tankstellenshops wurden dem Sekretariat in der Meldung allerdings nicht mitgeteilt. Dem Sekretariat fehlen daher notwendige Informationen für die Beurteilung dieser Nebenabrede. Das Konkurrenzverbot zulasten der Parteien kann daher nur für diejenigen Gebiete als mit dem Zusammenschluss notwendigerweise verbunden betrachtet werden, in denen bereits von Anfang an Tankstellenshops durch die shop and more betrieben werden.

22. Bezüglich des Wettbewerbsverbots zulasten der shop and more stellt sich vorliegend die Frage, ob die in der EU-Bekanntmachung dargelegten Grundsätze für die Beurteilung gängiger Klauseln im Zusammenhang mit der Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens¹⁷ nebst deren Gültigkeit für Wettbewerbsverbote zulasten der Gründerunternehmen auch für Wettbewerbsverbote zulasten des gegründeten Gemeinschaftsunternehmens gelten, oder ob das beschränkte Wettbewerbsverbot zulasten der shop and more nach den allgemeinen Kriterien¹⁸ zu prüfen ist. Diese Frage kann offen gelassen werden, da in Ziff. 7.4 des Joint Venture- und Aktionär-bindungsvertrags keine räumliche Begrenzung des Wettbewerbsverbots zulasten der shop and more vorgenommen wird. Eine solche wäre jedoch sowohl nach den allgemeinen Kriterien¹⁹ als auch nach den in der EU-Bekanntmachung dargelegten Grundsätzen für die Beurteilung gängiger Klauseln im Zusammenhang mit der Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens²⁰ vorausgesetzt.

23. Die vorläufige Prüfung ergibt 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.

¹⁷ EU-Bekanntmachung (Fn 14), Rz 36–41.

¹⁸ EU-Bekanntmachung (Fn 14), Rz 10 ff.

¹⁹ EU-Bekanntmachung (Fn 14), Rz 13.

²⁰ EU-Bekanntmachung (Fn 14), Rz 37 und 39.

B 2.3

7. Heraeus/Argor-Heraeus

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

Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU vom 7. Juli 2017

Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 7. Juli 2017

1. Am 9. Juni 2017 hat die Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Danach beabsichtigt die Heraeus Holding GmbH (nachfolgend: Heraeus) die alleinige Kontrolle über die Argor-Heraeus SA (nachfolgend: Argor) zu erwerben.

2. **Heraeus** mit Sitz in Hanau, Deutschland, ist die Obergesellschaft eines weltweit tätigen Technologiekonzernes. An Heraeus sind [...] Familiengesellschafter unmittelbar oder mittelbar über Zwischengesellschaften beteiligt, [...]. Der Konzern ist durch seine verschiedenen Gesellschaften in unterschiedlichen Bereichen tätig, insbesondere der Elektronik-, Halbleiter-, Telekommunikations-, Licht-, Chemie-, Pharma-, Stahl-, Automobil- und Photovoltaikindustrie sowie der Medizintechnik. Heraeus ist auch im Bereich des Edelmetallrecyclings tätig und erbringt begleitende Dienstleistungen im Zusammenhang mit dem Edelmetallhandel.

3. **Argor** mit Sitz in Mendrisio, Schweiz, ist die auch operativ tätige Obergesellschaft der Argor-Gruppe. Argor hält 100 % der Geschäftsanteile an der Argor-Heraeus Deutschland GmbH mit Sitz in Pforzheim, Deutschland, sowie der Argor-Heraeus Italia, S.p.a. mit Sitz in Cavenago-Brianza, Italien. Zudem hält Argor [...] % der Geschäftsanteile an der Argor-Aljba SA mit Sitz in Mendrisio, Schweiz, sowie [...] % der Geschäftsanteile an der Argor-Heraeus Latin America SpA mit Sitz in Santiago, Chile. Die derzeitigen direkten oder indirekten Gesellschafter von Argor sind neben Heraeus zu [...] % die Commerzbank AG (nachfolgend: Commerzbank) zu [...] %, die Münze Österreich AG (nachfolgend: Münze Österreich) zu [...] % sowie Herr Dr. Wilfried Hörner und Herr Christoph Wild, beides Mitglieder der Geschäftsleitung von Argor, zu [...] %. Die Argor-Gruppe ist in der Edelmetallraffination sowie der Bearbeitung/Umformung von Edelmetallen tätig und erbringt damit verbundene Dienstleistungen.

4. Gemäss Aktienkaufvertrag vom 31. März 2017 wird Heraeus über ihre Tochtergesellschaft Heraeus Beteiligungsverwaltungsgesellschaft GmbH die restlichen [...] % der Geschäftsanteile an Argor von der Commerzbank, der Münze Österreich sowie den Geschäftsleitungsmitgliedern von Argor erwerben. Nach Vollzug des geplanten Vorhabens wird Heraeus (indirekt) 100 % der Geschäftsanteile an Argor halten und alleinige Kontrolle über Argor ausüben. Es handelt sich um einen Zusammen-

schluss i.S.v. Art. 4 Abs. 3 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251) und Art. 1 der Verordnung vom 17. Juni 1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU; SR 251.4). Die Umsatzschwellen gemäss Art. 9 Abs. 1 Bst. a und b KG sind erreicht und das Zusammenschlussvorhaben somit meldepflichtig.

5. Nachfolgende Ausführungen zu den sachlich und räumlich relevanten Märkten beschränken sich einerseits auf diejenigen Bereiche, in welchen sich die Tätigkeiten der Zusammenschlussbeteiligten überschneiden (Edelmetallraffination, vgl. unten Rz 10 ff. und Rz 29 ff., und Vertrieb von sog. Retail-Investitionsbarren, vgl. unten Rz 21 ff. und Rz 32), und andererseits auf jene Bereiche, in welchen vertikale Beziehungen zwischen Heraeus und Argor bestehen (vgl. unten Rz 18 ff. und Rz 34 f. sowie Rz 26 ff. und Rz 37 ff.).

6. Ergänzend ist anzuführen, dass sowohl Argor wie auch Heraeus im Zusammenhang mit dem Edelmetallrecycling verschiedene edelmetallbezogene Dienstleistungen für Kunden erbringen, wie die Unterstützung beim Handel, dem Transport oder der Versicherung des verarbeiteten bzw. zu verarbeitenden Edelmetalls. Zur Absicherung gegen Preisschwankungen des Edelmetalls während des Verarbeitungsprozesses und zur Liquiditätsbeschaffung für Kunden erwerben und veräussern sie das zu verarbeitende Edelmetall, teilweise sogar mehrfach, im Laufe eines Verarbeitungsprozesses. Nach Auffassung der Zusammenschlussbeteiligten ist diese Handelstätigkeit keine eigentliche Markttätigkeit. Weder Argor noch Heraeus würden spekulativen Eigenhandel mit Edelmetallen betreiben. Sie gehen jedoch davon aus, dass sowohl Argor als auch Heraeus in einem weltweiten Markt für den Handel mit Edelmetallen wie auch in sachlich enger abgegrenzten Handelsmärkten nach Edelmetallarten¹ vernachlässigbare Marktanteile von deutlich unter [0–10] % aufweisen, weshalb auf weitere Ausführungen hierzu verzichtet wird.

7. In Bezug auf die von Argor und Heraeus erbrachten oben beschriebenen Dienstleistungen halten die Zusammenschlussbeteiligten fest, dass diese im Wesentlichen Annextätigkeiten zur Raffination seien, die auch andere Raffinationsbetriebe für ihre Kunden erbringen, und keine eigenständige Markttätigkeit darstellen. Sollte ein eigenständiger Dienstleistungsmarkt abgegrenzt

¹ Bis anhin hat die WEKO in verschiedenen Entscheiden festgehalten, dass der physische Handel mit Rohstoffen und der nicht-physische Handel mit Rohstoffderivaten separate sachlich relevante Märkte darstellen, und jeweils Märkte für den physischen Handel basierend auf dem gehandelten Rohstoff betrachtet, ohne die Frage, ob eine Unterteilung nach gehandeltem Rohstoff angebracht ist, abschliessend zu klären. Die räumliche Abgrenzung dieser Märkte variierte je nach dem gehandelten Rohstoff. Vgl. RPW 2014/4, 733 Rz 46 und Rz 59, Cargill/Copersucar, m.w.V.; RPW 2014/3, 539 Rz 5 ff., Mercuria Energy/Rohstoffhandelsgeschäft der J.P. Morgan Chase & Co.

werden, läge der gemeinsame Marktanteil der Zusammenschlussbeteiligten laut Meldung jedoch deutlich unter 20 %. Damit entsteht kein i.S.v. Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU betroffener Markt und wird auf weitere Ausführungen hierzu verzichtet.

8. Argor ist auch in der Bearbeitung/Umformung von Edelmetallen tätig. Argor fertigt Münzronden² für Prägestalten und Hersteller von Medaillen sowie Halbfabrikate, insbesondere nahtlose Rohre und Profile, die von der Uhren- und Schmuckindustrie zu Uhrengehäusen und anderen Komponenten weiterverarbeitet werden. Heraeus ist in diesen Bereichen nicht tätig, womit keine Marktanteilsadditionen durch das vorliegende Zusammenschlussvorhaben entstehen. Die Zusammenschlussbeteiligten gehen davon aus, dass die Marktanteile von Argor in diesen Bereichen unter 30 % liegen und damit keine i.S.v. Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU betroffene Märkte vorliegen, weshalb hierzu auf weitere Ausführungen verzichtet wird.

9. Während sich die Edelmetallbearbeitung von Argor im Wesentlichen auf eine reine Umformung von Edelmetallen beschränkt, fertigt Heraeus eine Vielzahl von teilweise hochtechnischen edelmetallhaltigen Industrieprodukten und beliefert verschiedenste Industrien.³ Laut Meldung bestehen im Bereich der Fertigung und dem Vertrieb von edelmetallhaltigen Industrieprodukten durch Heraeus ungeachtet der genauen Marktabgrenzung keine Überschneidungen mit den Tätigkeiten von Argor (mit Ausnahme des Vertriebs von Retail-Investitionsbarren; vgl. oben Rz 5) und entstehen somit durch das vorliegende Zusammenschlussvorhaben keine Marktanteilsadditionen. Die Zusammenschlussbeteiligten können jedoch nicht ausschliessen, dass Heraeus in den Märkten im Bereich der Herstellung von edelmetallhaltigen Industrieprodukten einen Marktanteil von 30 % oder mehr aufweist und somit gemäss Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU betroffene Märkte ohne Marktanteilsadditionen vorliegen. Sie bestätigen jedoch, dass die in Ziff. IV der Mitteilung des Sekretariats der WEKO, Praxis zur Meldung und Beurteilung von Zusammenschlüssen vom 25. März 2009 (Version 3.1 vom 15. Juni 2016) genannten Kriterien nicht erfüllt sind. Vor diesem Hintergrund wurde vorliegend auf die Einreichung von detaillierten Angaben gemäss Art. 11 Abs. 1 Bst. d, e und f VKU hierzu verzichtet.

10. Sowohl Heraeus wie auch Argor sind im Bereich der Raffination von Edelmetallen, Gold, Silber und Metallen der Platin-Gruppe⁴ („platinum group metals“; nachfolgend: PGM), aus Minengut und Recyclingmaterialien⁵ tätig. Kunden wie Minenbetreiber oder bspw. Fertigungsbetriebe aus der Uhren- und Schmuckindustrie liefern das zu raffinierende Material, also Minengut (sog. „Doré“) oder Edelmetallschrotte, an die Raffinationsbetriebe, die dieses gegen Entgelt in marktfähiges Edelmetall verfeinern.

11. Die WEKO hat sich bis zum jetzigen Zeitpunkt nicht mit der Marktabgrenzung im Bereich Edelmetallrecycling auseinandergesetzt. Die Europäische Kommission (nachfolgend: EU-Kommission) hat in ihrem Entscheid *Umicore/OMG Precious Metal Group*⁷ im Rahmen der sachlichen Marktabgrenzung im Bereich Edelmetallrecycling zwischen den verschiedenen Verarbeitungs-

schritten des Recyclingprozesses unterschieden, den vorbereitenden Stufen, dem „pre-smelting“ und dem „smelting“, sowie der eigentlichen Raffination („refining“).⁸ Beim „pre-smelting“ wird das Rohmaterial zunächst homogenisiert, üblicherweise durch Zermahlen, Schreddern oder Verschmelzen, und auf seinen Edelmetallgehalt analysiert. Beim „smelting“ werden die Edelmetalle von nicht-Edelmetallen getrennt und so der Edelmetallgehalt in der später zu raffinierenden Masse konzentriert. Mit der Raffination werden die Edelmetalle mit verschiedenen Verfahren extrahiert und in marktfähiges Edelmetall mit einem Reinheitsgrad von in der Regel 99,5 % oder mehr⁹ verfeinert.¹⁰ Für Schrotte oder Minengut mit hohem Edelmetallgehalt können die vorbereitenden Schritte entfallen.

12. Des Weiteren nahm die EU-Kommission eine Trennung nach dem zu gewinnenden Edelmetall vor, nämlich einerseits Gold und Silber und andererseits den PGM, weil sich die in den Verarbeitungsschritten verwendeten Recyclingprozeduren, -ausrüstungen und -einrichtungen je nach zu gewinnendem Edelmetall unterscheiden. Eine Unterscheidung zwischen Gold und Silber sowie innerhalb der PGM wurde als nicht erforderlich erachtet.¹¹

13. Laut dem Entscheid der EU-Kommission kann in den vorbereitenden Stufen des Recyclingprozesses („pre-smelting“ und „smelting“) von PGM zudem eine weitere Segmentierung nach dem zu verarbeitenden edelmetallhaltigen Material vorgenommen werden, weil diese verschiedene Arten und/oder Grade an Verunreinigungen enthalten, welche verschiedene und spezifische Technologien, Ausrüstungen und Einrichtungen benötigen. Hierbei wird hauptsächlich zwischen industriellen Nebenprodukten und recycelbaren Konsum- und Industrieprodukten unterschieden.¹² Im Verarbeitungsschritt der

² Münzronden sind Vorprodukte für die Herstellung von Münzen und Medaillen.

³ Heraeus fertigt bspw. Katalysatoren für die chemische Industrie, Materialien zur Beschichtung magnetischer Datenträger, edelmetallhaltige Farben, Silberleitpasten oder Beschichtungen für Photovoltaikanlagen.

⁴ Dazu gehören Palladium, Platin, Rhodium, Iridium, Osmium und Ruthenium. Gemäss Meldung relevant sind vor allem Palladium und Platin sowie in geringerem Umfang Rhodium.

⁵ Recyclingmaterialien sind verschiedene Arten von Schrotten oder Industrienebenprodukte mit Edelmetallgehalt. Schrotte können von Verbrauchsgütern (z.B. Computerplatinen, Mobiltelefonen, LEDs oder sonstigen elektronischen Bauteilen) oder aus Industrieprodukten (z.B. Katalysatoren für die Chemieindustrie) stammen.

⁶ Doré ist eine bereits vorraffinierte Edelmetalllegierung in Barrenform.

⁷ Case No COMP/M.3213 (2003), *Umicore/OMG Precious Metal Group*.

⁸ Der Vollständigkeit halber sei erwähnt, dass mit der Sammlung von Rohmaterialien, insbesondere Schrotten, ein weiterer Verarbeitungsschritt zum Recyclingprozess gezählt werden kann. Vgl. Case No COMP/M.3213 (2003), Rz 10, *Umicore/OMG Precious Metal Group*.

⁹ Gold mit dem Reinheitsgrad 99,5 % und Silber mit dem Reinheitsgrad 99,9 % entsprechen dem marktüblichen Standard „London Good Delivery“. Gold mit einem Reinheitsgrad von 99,5 % wird als Feingold bezeichnet (vgl. hierzu auch <<http://www.lbma.org.uk/good-delivery-rules>> [3.7.2017]).

¹⁰ Vgl. Case No COMP/M.3213 (2003), Rz 11 f., *Umicore/OMG Precious Metal Group*.

¹¹ Vgl. Case No COMP/M.3213 (2003), Rz 13 ff., *Umicore/OMG Precious Metal Group*.

¹² Vgl. Case No COMP/M.3213 (2003), Rz 16 ff., *Umicore/OMG Precious Metal Group*.

Raffination von PGM ist jedoch keine Unterscheidung basierend auf dem am Anfang des Recyclingprozesses verwendeten Material zu machen.¹³ Bei den drei Stufen des Recyclingprozesses („pre-smelting“, „smelting“ und „refining“) von Gold und Silber zog die EU-Kommission in ihrem Entscheid eine Segmentierung nach dem Konzentrationsgrad an Gold und Silber im zu verarbeitenden Material in Betracht, liess die genau sachliche Marktabgrenzung im Bereich des Recyclings von Gold und Silber jedoch offen.¹⁴

14. Zur Beurteilung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens werden nachfolgend die folgenden sachlich relevanten Märkte betrachtet: der Markt für die Raffination von PGM und der Markt für die Raffination von Gold und Silber sowie die sachlich enger abgegrenzten Märkte für die Raffination von Gold und für die Raffination von Silber. Schliesslich kann die definitive sachliche Marktabgrenzung im Bereich Raffination von Edelmetallen mangels Einfluss auf das Ergebnis jedoch offen gelassen werden.

15. Im erwähnten Entscheid hat die EU-Kommission festgehalten, dass die Märkte für die Raffination von PGM und die Raffination von Gold und Silber¹⁵ weltweit abzugrenzen sind.¹⁶ Die Zusammenschlussbeteiligten teilen diese Sichtweise, weil die Minenbetreiber als Hauptkunden der Raffinationsbetriebe¹⁷ ihr Minengut weltweit zum geeigneten Raffinationsbetrieb transportieren und der Wettbewerb um die Raffination dieses Minenguts weltweit stattfindet. Die neben den Transportkosten anderen relevanten Faktoren für die Wahl des Raffinationsbetriebes wie die Raffinationskosten oder die Dauer sowie die Zuverlässigkeit des Raffinierers seien bedeutender. So raffiniert bspw. Argor Minengut überwiegend aus Minen [...] und Heraeus Minengut aus [...].

16. Zur Beurteilung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens werden die Märkte im Bereich der Edelmetallraffination analog zum Entscheid der EU-Kommission weltweit abgegrenzt. Der Vollständigkeit halber werden jedoch auch die hypothetischen räumlichen europaweiten Märkte betrachtet. In anderen Fällen können je nach Tätigkeit der am Zusammenschlussvorhaben beteiligten Unternehmen und dem Zusammenschlussvorhaben selbst andere Abgrenzungen angebracht sein.

17. Der Vollständigkeit halber sei an dieser Stelle darauf hingewiesen, dass nur Heraeus teilweise Industrieschrotte mit sehr geringem Edelmetallgehalt recycelt und daher vor der Raffination teilweise „pre-smelting“- und „smelting“-Tätigkeiten erbringt. Argor beschränkt sich hingegen auf die Raffination, da Argor nur Material mit sehr hohem Edelmetallgehalt¹⁸ raffiniert. Gemäss den Zusammenschlussbeteiligten erbringt Heraeus diese Dienstleistungen ausschliesslich für die Zwecke der eigenen Raffinationstätigkeit und nicht am Markt. Sollten diese Dienstleistungen von Heraeus den Märkten in den Bereichen „pre-smelting“ und „smelting“ zugerechnet werden, so läge der Marktanteil von Heraeus gemäss Meldung ungeachtet der räumlichen Marktabgrenzung unter 30 %. Damit entstehen keine i.S.v. Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU betroffenen Märkte und wird auf weitere Ausführungen hierzu verzichtet.

18. Argor ist zudem in der Fertigung von **Retail-Investitionsbarren** tätig. Standardbarren (als Ergebnis des Raffinationsprozesses) sind für einzelne (Privat-)Investoren oft zu gross¹⁹. Deshalb fertigen Unternehmen wie Argor Barren mit einem Gewicht ab 1 g, sog. Retail-Investitionsbarren, so dass auch (Privat-)Investoren in kleinere Mengen Edelmetall investieren können. Argor fertigt in erster Linie Retail-Investitionsbarren aus Gold und Silber.²⁰ Heraeus fertigt keine solchen Retail-Investitionsbarren.

19. Gemäss den Zusammenschlussbeteiligten bestehen für die Fertigung von Retail-Investitionsbarren keine materialbezogenen Besonderheiten für Gold-, Silber- oder PGM-Barren, was für einen einheitlichen Markt für die Fertigung von Retail-Investitionsbarren spräche. Andererseits ist aus Sicht der (Privat-)Investoren und damit der Banken und Edelmetallhändler, welche die Retail-Investitionsbarren erwerben und an die Endkunden verkaufen, Gold als Investitionsobjekt wohl nicht ohne weiteres mit Silber oder PGM austauschbar. Dies spräche für eine Segmentierung des Marktes in sachlicher Hinsicht nach Edelmetallart.

20. Nachfolgend werden sowohl der sachlich relevante Markt für die Fertigung von Retail-Investitionsbarren wie auch die sachlich enger abgegrenzten Märkte für die Fertigung von Retail-Investitionsbarren aus Gold und die Fertigung von Retail-Investitionsbarren aus Silber betrachtet. Die genaue sachliche Marktabgrenzung im Bereich Fertigung von Retail-Investitionsbarren kann vorliegend jedoch mangels Einfluss auf das Ergebnis dieser Vorprüfung offen gelassen werden.

21. Argor fertigt die Retail-Investitionsbarren hauptsächlich für Dritte, u.a. auch für Heraeus. Diese vertreiben die Retail-Investitionsbarren [...] an Banken und Edelmetallhändler. Auch Argor vertreibt eine geringe Menge der von ihr gefertigten Retail-Investitionsbarren [...].

22. Retail-Investitionsbarren sind nach Auffassung der Zusammenschlussbeteiligten aus Sicht des Endkunden und damit aus Sicht der Banken und Edelmetallhändler als Investitionsgut austauschbar mit anderen Edelmetallformen wie Münzen oder Medaillen, weshalb in sachli-

¹³ Vgl. Case No COMP/M.3213 (2003), Rz 20 und Rz 22, *Umicore/OMG Precious Metal Group*.

¹⁴ Vgl. Case No COMP/M.3213 (2003), Rz 28 ff., *Umicore/OMG Precious Metal Group*.

¹⁵ Die Frage, ob die Märkte in den vorbereitenden Stufen des Recyclingprozesses, dem „pre-smelting“ und dem „smelting“, ebenfalls weltweit oder den Europäischen Wirtschaftsraum (EWR) umfassend abzugrenzen sind, hat die EU-Kommission offen gelassen. Vgl. Case No COMP/M.3213 (2003), Rz 39, *Umicore/OMG Precious Metal Group*.

¹⁶ Vgl. Case No COMP/M.3213 (2003), Rz 36 ff., *Umicore/OMG Precious Metal Group*.

¹⁷ In etwa zwei Drittel der weltweit raffinierten Edelmetalle entfallen laut Meldung auf Minengut.

¹⁸ Nämlich Doré oder Schrott der Uhren- und Schmuckindustrie mit einem Edelmetallgehalt von in der Regel mehr als 90 %, das bzw. der keiner weiteren Vorbereitung bedarf.

¹⁹ Ein Standardgoldbarren mit dem Standard „London Good Delivery“ (vgl. oben Fn 9) wiegt gemäss Meldung 400 Feinunzen, d.h. ca. 12,44 kg (vgl. hierzu auch <<http://www.lbma.org.uk/good-delivery-rules>> [3.7.2017]).

²⁰ Argor fertigt nur in geringem Umfang Retail-Investitionsbarren aus Platin und Palladium.

cher Hinsicht ein Markt für den Vertrieb von Retail-Investitionsgütern aus Edelmetallen abgegrenzt werden kann. In gleicher Weise wie bei der Fertigung von Retail-Investitionsbarren kann eine weitere Segmentierung des Marktes nach Edelmetallart in Betracht gezogen werden. Letztendlich kann die genaue sachliche Marktabgrenzung zum Vertrieb von Retail-Investitionsbarren jedoch mangels Einfluss auf das Ergebnis dieser Vorprüfung offen bleiben.

23. Die Zusammenschlussbeteiligten gehen davon aus, dass die Märkte im Bereich der Fertigung von Retail-Investitionsbarren weltweit abzugrenzen sind, so jedenfalls der Markt für die Fertigung von Retail-Investitionsbarren aus Gold. Die Fertigung von Retail-Investitionsbarren aus Gold erfolge für den gesamten Weltmarkt traditionell vor allem durch Schweizer Unternehmen, einerseits aufgrund des besonderen Vertrauens, das den in der Schweiz gefertigten Barren seitens des Marktes entgegengebracht würde, und andererseits aufgrund des Umstandes, dass weltweit ein grosser Teil des Goldes in der Schweiz raffiniert wird und weitaus der grösste Teil des verfügbaren Goldes physisch in London lagert, weshalb die Transportwege zu den Umformern relativ kurz seien. Von dort würde das zu Retail-Investitionsbarren geformte Gold dann weltweit ausgeliefert. Für den Markt für die Fertigung von Retail-Investitionsbarren aus Silber kommt für die Zusammenschlussbeteiligten auch eine engere europaweite Marktabgrenzung in Betracht, da die Retail-Investitionsbarren aus Silber häufig vom gleichen Unternehmen hergestellt würden, das das Silber raffiniert, und nur ein verhältnismässig geringer Teil der Silber-Raffination auf Schweizer Unternehmen entfalle. Die Nachfrage nach Retail-Investitionsbarren aus Silber könne daher regionaler bedient werden, um lange Transportwege zu vermeiden.

24. Mit Bezug auf die Märkte im Bereich des Vertriebs von Retail-Investitionsgütern gelten gemäss den Zusammenschlussbeteiligten die gleichen Erwägungen wie für die Fertigung von Retail-Investitionsbarren. Entsprechend gehen die Zusammenschlussbeteiligten von weltweiten Märkten für den Vertrieb von Retail-Investitionsgütern und für den Vertrieb von Retail-Investitionsgütern aus Gold sowie einem europaweiten oder weltweiten Markt für den Vertrieb von Retail-Investitionsgütern aus Silber aus.

25. Zur Beurteilung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens werden die Märkte für die Fertigung von Retail-Investitionsbarren wie auch die Märkte für den Vertrieb von Retail-Investitionsgütern sowohl bei einer weltweiten als auch bei einer engeren europaweiten räumlichen Marktabgrenzung betrachtet. Die genaue räumliche Marktabgrenzung hierzu kann mangels Einfluss auf das Ergebnis dieser Vorprüfung offen bleiben.

26. Argor raffiniert Gold [...] u.a. für Heraeus, welche damit [...] sog. **Goldbonddraht** herstellt. Bonddrähte werden im Bereich der Kontaktierung (sog. „packaging“) von Halbleitern eingesetzt, finden verbreitet Anwendung und sind beispielsweise in Mobiltelefonen, PCs und Autos enthalten. Als mögliche Materialien für Bonddrähte kommen reines oder mit Palladium beschichtetes Kupfer, Aluminium, reines oder mit Gold beschichtetes Silber und Gold in Frage. Gemäss Meldung sind mit Aus-

nahme von gewissen Kontaktierungen bei Applikationen im Bereich Memory-Chips Goldbonddrähte, d.h. Bonddrähte aus Gold, durch Bonddrähte anderer Materialien vollständig substituierbar.

27. Bis anhin gibt es keine Praxis der WEKO zur Marktabgrenzung in diesem Bereich. Nachfolgend wird zur Beurteilung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens in sachlicher Hinsicht sowohl der Markt für Bonddrähte insgesamt als auch ein enger abgegrenzter Markt für Goldbonddrähte betrachtet. Die genaue sachliche Marktabgrenzung hierzu kann jedoch mangels Einfluss auf das Ergebnis dieser Vorprüfung offen bleiben.

28. Laut Meldung sind die grössten Hersteller wie auch die grössten Kunden von Bonddrähten vorwiegend im asiatischen Raum ansässig. Die Nachfrage nach Bonddrähten erfolge weltweit, weshalb die Zusammenschlussbeteiligten von weltweiten Märkten für Bonddrähte und für Goldbonddrähte ausgehen. Zur Beurteilung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens kann hilfsweise von weltweiten Märkten für Bonddrähte und für Goldbonddrähte ausgegangen werden. Die genaue räumliche Marktabgrenzung wird jedoch aufgrund des Umstandes, dass es hierbei zu keinen Marktanteilsadditionen kommt, offen gelassen. In anderen Fällen können je nach Tätigkeit der am Zusammenschlussvorhaben beteiligten Unternehmen und dem Zusammenschlussvorhaben selbst andere Abgrenzungen angebracht sein.

29. In der **Edelmetallraffination** weist Heraeus im Markt für die Raffination von PGM 2016 einen weltweiten Marktanteil von [10–20] % auf. Argor verfügt 2016 über einen Marktanteil von [0–10] %. Dementsprechend führt das vorliegende Zusammenschlussvorhaben im weltweiten Markt für die Raffination von PGM zu einer geringen Marktanteilsaddition und es entsteht kein i.S.v. Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU betroffener Markt.

30. Die Zusammenschlussbeteiligten verfügen nach Vollzug des Zusammenschlussvorhabens im Markt für die Raffination von Gold und Silber über einen gemeinsamen weltweiten Marktanteil von [0–10] %, womit der weltweite Markt für die Raffination von Gold und Silber kein i.S.v. Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU betroffener Markt darstellt. Auch bei der Betrachtung der sachlich enger abgegrenzten Märkte für die Raffination von Gold und für die Raffination von Silber liegen mit gemeinsamen weltweiten Marktanteilen von [10–20] % bzw. [0–10] % keine betroffenen Märkte vor.

31. Der Vollständigkeit halber sei ausgeführt, dass bei einer hypothetischen räumlich engeren, europaweiten Abgrenzung der Edelmetallraffinationsmärkte der Markt für die Raffination von Gold ein [...] betroffener Markt (ohne Marktanteilsaddition) darstellt, da Argor 2016 einen europaweiten Marktanteil²¹ von [30–40] % aufweist.²² Neben den Zusammenschlussbeteiligten mit

²¹ Die Zusammenschlussbeteiligten schätzen die europaweiten Marktanteile mangels verfügbarer Marktdaten über die Handelsflüsse von Recyclingmaterialien näherungsweise auf der Basis der Raffination von europäischem Minengut, nehmen jedoch nicht an, dass diese bei Einbeziehung des Recyclinggutes weiter steigen würden.

²² Heraeus hat laut Meldung keinerlei Gold-Minengut aus Europa raffiniert.

einem gemeinsamen weltweiten Marktanteil von [10–20] % sind zahlreiche weitere Unternehmen in der Goldraffination tätig, welche teilweise weltweite Marktanteile in ähnlicher Grössenordnung aufweisen. Zu nennen sind u.a. Kaloti mit einem Marktanteil von [10–20] %, Valcambi mit [10–20] %, Metalor mit [0–10] %, Asahi Refining mit [0–10] % und Rand Refining mit [0–10] %. Gemäss Meldung sind alleine am Handelsplatz London 70 Raffinationsbetriebe anerkannt, wovon 15 in Europa ansässig sind. Vor diesem Hintergrund bestehen im Bereich der Goldraffination in horizontaler Hinsicht keine wettbewerbsrechtlichen Bedenken.

32. In Bezug auf Retail-Investitionsbarren entstehen durch das vorliegende Zusammenschlussvorhaben im Markt für den Vertrieb von Retail-Investitionsgütern und dementsprechend in den sachlich enger abgegrenzten Märkten für den Vertrieb von Retail-Investitionsgütern aus Gold und den Vertrieb von Retail-Investitionsgütern aus Silber Marktanteilsadditionen (vgl. oben Rz 21). Die Zusammenschlussbeteiligten gehen davon aus, dass der gemeinsame Marktanteil von Argor und Heraeus auf dem Markt für den Vertrieb von Retail-Investitionsgütern wie auch auf den genannten sachlich enger abgegrenzten Märkten sowohl bei einer weltweiten wie auch einer europaweiten räumlichen Marktabgrenzung jeweils unter 20 % liegt, womit keine betroffenen Märkte i.S.v. Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU vorliegen.

33. Im Markt für die Fertigung von Retail-Investitionsbarren und dementsprechend auch in den sachlich enger abgegrenzten Märkten für die Fertigung von Retail-Investitionsbarren aus Gold und die Fertigung von Retail-Investitionsbarren aus Silber entstehen durch vorliegendes Zusammenschlussvorhaben keine Marktanteilsadditionen, da einzig Argor Retail-Investitionsbarren fertigt (vgl. oben Rz 18). Argor weist im Markt für die Fertigung von Retail-Investitionsbarren bzw. in den genannten sachlich enger abgegrenzten Märkten weltweite Marktanteile von [0–10] % bzw. [20–30] % und [0–10] % auf, womit keine i.S.v. Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU betroffenen Märkte vorliegen. Die europaweiten Marktanteile schätzt Argor jeweils auf ca. [0–10] % bzw. ca. [20–30] % und [10–20] %, womit auch bei einer räumlich engeren Marktabgrenzung keine betroffenen Märkte vorliegen.

34. Jedoch besteht diesbezüglich eine vertikale Beziehung zwischen Heraeus und Argor. Heraeus bezieht derzeit von Argor gefertigte Retail-Investitionsbarren, welche [...] von Heraeus an Banken und Handelshäuser vermarktet werden (vgl. oben Rz 21).

35. Vertikale Zusammenschlüsse, d.h. Zusammenschlüsse von auf verschiedenen Stufen der Lieferkette tätigen Unternehmen, können Abschottungseffekte auf dem nachgelagerten Markt (Abschottung von Einsatzmitteln) und/oder dem vorgelagerten Markt (Abschottung von Kunden) zeitigen.²³ Somit kann das vorliegende Zusammenschlussvorhaben Wettbewerbswirkungen im Markt, in welchem Argor tätig ist (vorgelagerter Markt), und im Markt, in welchem Heraeus tätig ist (nachgelagerter Markt), entfalten. Nichthorizontale Zusammenschlüsse bedrohen den wirksamen Wettbewerb jedoch nur, wenn das Unternehmen nach dem Zusammenschluss über ein deutliches Mass an Marktmacht in we-

nigstens einem dieser Märkte verfügt.²⁴ Wie den obigen Ausführungen zu entnehmen ist, sind weder die Märkte in der Fertigung von Retail-Investitionsbarren noch die Märkte im Vertrieb von Retail-Investitionsgütern i.S.v. Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU betroffene Märkte. Vor diesem Hintergrund ist nicht davon auszugehen, dass das vorliegende Zusammenschlussvorhaben in vertikaler Hinsicht im Bereich der Retail-Investitionsbarren zu wettbewerbsrechtlichen Bedenken führt.

36. Heraeus weist 2015 einen weltweiten Marktanteil von [20–30] % im Markt für Bonddrähte und von [20–30] % im sachlich enger abgegrenzten Markt für **Goldbonddrähte** aus. Laut Meldung dürften sich diese Marktanteile entsprechend eines Trends in den letzten Jahren weiter reduziert haben. So schätzen die Zusammenschlussbeteiligten den weltweiten Marktanteil von Heraeus im Jahr 2016 im Markt für Goldbonddrähte auf ca. [20–30] %. Argor ist in der Herstellung von Goldbonddrähten nicht tätig, so dass durch das vorliegende Zusammenschlussvorhaben keine Marktanteilsadditionen entstehen. Entsprechend den obigen Ausführungen bestehen auch keine i.S.v. Art. 11 Abs. 1 Bst. b VKU betroffenen Märkte ohne Marktanteilsadditionen.

37. Jedoch besteht diesbezüglich eine vertikale Beziehung zwischen Heraeus und Argor. Letztere raffiniert [...] Gold für Heraeus, welche damit Goldbonddrähte [...] fertigt (vgl. oben Rz 26). Somit kann das vorliegende Zusammenschlussvorhaben Wettbewerbswirkungen im Markt, in welchem Argor tätig ist (vorgelagerter Markt), und im Markt, in welchem Heraeus tätig ist (nachgelagerter Markt), zeitigen.

38. Der vorgelagerte Markt, der Markt für die Raffination von Gold, in welchem Argor (wie auch Heraeus) tätig ist, ist einzig bei einer hypothetischen europaweiten Marktabgrenzung [...] betroffen, da Argor einen Marktanteil von [30–40] % aufweist (vgl. oben Rz 29 ff.). Bei einer weltweiten Marktabgrenzung verfügt Argor im Markt für die Raffination von Gold über einen Marktanteil von [0–10] % sowie Argor und Heraeus über einen gemeinsamen Marktanteil von [10–20] %. Bei einer sachlich weiteren Marktabgrenzung verfügt Argor im Markt für die Raffination von Gold und Silber über einen weltweiten Marktanteil von [0–10] % sowie Argor und Heraeus über

²³ Für Ausführungen zur Analyse von vertikalen Zusammenschlüssen siehe RPW 2016/1, 246 Rz 238 ff., *General Electric Company/ALSTOM Energy*; RPW 2014/4, 755 Rz 41 ff., *KKR & Co. L.P./Allianz SE/Selecta AG*; RPW 2007/4, 566 ff. Rz 47 ff., *SWX Group/Verein SWX Swiss Exchange/SIS Swiss Financial Services Group AG/Telekurs Holding AG*; Mitteilung der Kommission – Leitlinien zur Bewertung nichthorizontaler Zusammenschlüsse gemäss der Ratsverordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl. C 265 vom 18.10.2008 S. 6 (nachfolgend: Leitlinien zur Bewertung nichthorizontaler Zusammenschlüsse); Massimo Motta, *Competition Policy – Theory and Practice*, Cambridge University Press, 2004, 372 ff.

²⁴ Vgl. Leitlinien zur Bewertung nichthorizontaler Zusammenschlüsse (Fn 23), Rz 23; MOTTA (Fn 23), 377.

einen gemeinsamen Marktanteil von [0–10] %. Zahlreiche andere Raffinationsbetriebe, die [...] Gold raffinieren, sind im Markt aktiv und stehen anderen Goldbonddrahtherstellern, d.h. den Konkurrenten von Heraeus, als alternative Bezugsquellen zur Verfügung. Argor beliefert zudem bereits vor Vollzug des Zusammenschlussvorhabens keine anderen Goldbonddrahthersteller, da die wesentlichen Hersteller laut Meldung ihren Goldbedarf mit eigenen Raffinationskapazitäten decken. Eine Abschottung von Einsatzmitteln erscheint somit als unwahrscheinlich.

39. Der nachgelagerte Markt für Bonddrähte (wie auch der sachlich enger abgegrenzte Markt für Goldbonddrähte), in welchem Heraeus tätig ist, ist kein i.S.v. Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU betroffener Markt (vgl. oben Rz 36). Folgende Elemente legen es zudem nahe, dass eine Abschottung von Kunden vorliegend unwahrscheinlich ist. Heraeus bezieht Gold von Argor für die Gold-

bonddrahtfertigung [...]. Die restlichen [...] % des Bedarfs deckt Heraeus mit der eigenen Raffinationskapazität. Heraeus ist somit bereits vor Vollzug des Zusammenschlussvorhabens kein Kunde von anderen Raffinationsbetrieben. Diese können zudem auch andere Abnehmer als Goldbonddrahthersteller mit [...] Gold beliefern, da dieses auch in zahlreichen anderen Produkten zur Anwendung kommt. Vor diesem Hintergrund ist nicht davonauszugehen, dass das vorliegende Zusammenschlussvorhaben diesbezüglich in vertikaler Hinsicht zu wettbewerbsrechtlichen Bedenken führt.

40. 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.

B 2.3	8. Tamedia AG/Neo Advertising AG
-------	---

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

Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU vom 7. September 2017

Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 6. September 2017

A Sachverhalt

1. Am 11. August 2017 hat die Wettbewerbskommission die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Danach beabsichtigt die Tamedia AG (nachfolgend: Tamedia), die alleinige Kontrolle über die Neo Advertising AG (nachfolgend: Neo Advertising) zu übernehmen.

A.1 Beteiligte Unternehmen

A.1.1 Tamedia

2. Tamedia ist die Muttergesellschaft eines Medienunternehmens, das insbesondere in den Bereichen Print- und Online-Medien tätig ist. Die Tamedia-Gruppe ist Herausgeberin verschiedener Zeitungen und Zeitschriften, Betreiberin von Online-Plattformen sowie im Bereich Zeitungsdruck tätig. Die Tamedia-Gruppe ist schwerwichtig in der Schweiz tätig.

A.1.2 Neo Advertising

3. Neo Advertising ist gemäss Meldung im Bereich der sog. Out-of-Home-Werbung (nachfolgend: OOH-Werbung) tätig. Dazu würden z. B. Strassenplakate, Werbung in Verkaufsstellen (Point-of-Sale-Werbung) oder an besonderen Orten wie z. B. Konferenzzentren (Point-of-Interest-Werbung) sowie Werbung in Flughäfen, Bahnhöfen oder Einkaufszentren gehören. Für die Darstellung von OOH-Werbung würden klassische Plakate sowie Bildschirme eingesetzt (vgl. auch die Ausführungen im Rahmen der Marktabgrenzung in Rz 36 f.).

4. Die Aktien von Neo Advertising werden heute von den vier natürlichen Personen Christian Vaglio-Giors ([...] %) [nachfolgend: CVG], Alexandre de Senger ([...] %) [nachfolgend: ADS], Nicolas Giorgini ([...] %) [nachfolgend: NG], Philippe Moser ([...] %) [nachfolgend: PM] und von Neo Advertising selbst ([...] %) gehalten.

5. Gemäss Meldung ist CVG CEO und Vizepräsident des Verwaltungsrates. [...].

6. Neo Advertising verfügt gemäss Meldung über keine Tochtergesellschaften.

A.2 Das Zusammenschlussvorhaben

7. Gemäss Meldung beabsichtigt Tamedia, von CVG, ADS, NG und PM jeweils rund die Hälfte ihrer Beteiligungen an Neo Advertising zu erwerben. Zudem werde

Neo Advertising alle eigenen Aktien an Tamedia verkaufen. Tamedia werde nach Vollzug der Transaktion rund [...] % der Aktien an Neo Advertising halten. Dazu hätten die Parteien einen Aktienkaufvertrag geschlossen.

8. Weiter hätten die künftigen Aktionäre von Neo Advertising einen Aktionärsbindungsvertrag geschlossen, der künftig die alleinige Kontrolle von Tamedia über Neo Advertising begründe. [...].

A.3 Ziele des Zusammenschlussvorhabens

9. Gemäss Meldung wird der Bereich der OOH-Werbung durch den führenden Anbieter APG/SGA SA dominiert. Zweitwichtigster Anbieter sei mit deutlichem Abstand Clear Channel Switzerland. Neo Advertising habe sich als kleines und innovatives Unternehmen in der Westschweiz etabliert und beabsichtige, die bisherigen Aktivitäten im Bereich OOH-Werbung in der übrigen Schweiz künftig deutlich auszubauen, um ein Gegengewicht zum dominierenden Anbieter APG/SGA SA setzen zu können. Die damit verbundenen unternehmerischen Risiken und Kosten könne das kleine Unternehmen aber nicht alleine tragen, und es sei deshalb auf einen Partner angewiesen.

10. Tamedia sei bisher im Bereich OOH-Werbung nicht tätig und beabsichtige, ihre Geschäftstätigkeit durch den Erwerb von Neo Advertising in diesen Bereich auszuweiten.

A.4 Verfahren

11. Mit Schreiben vom 20. Juli 2017 wurde beim Sekretariat ein Meldungsentwurf zum vorliegenden Zusammenschlussvorhaben eingereicht. Am 27. Juli 2017 nahm das Sekretariat zum Meldungsentwurf Stellung.

12. Am 11. August 2017 ging die (erleichterte) Meldung beim Sekretariat ein. Mit Schreiben vom 14. August 2017 teilte das Sekretariat den Parteien mit, dass die Meldung vollständig sei.

B Erwägungen

B.1 Geltungsbereich

13. 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).

B.1.1 Unternehmen

14. Als Unternehmen gelten sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform (Art. 2 Abs. 1^{bis} KG). Die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen sind als solche Unternehmen zu qualifizieren.

B.1.2 Unternehmenszusammenschluss

15. Als Unternehmenszusammenschluss gilt 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 (Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG).

16. Ein Unternehmen erlangt im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG die Kontrolle über ein bisher unabhängiges Unternehmen (Zielunternehmen), wenn es durch den Erwerb oder von Beteiligungsrechten oder auf andere Weise die Möglichkeit erhält, einen bestimmenden Einfluss auf die Tätigkeit des Zielunternehmens auszuüben (Art. 1 der Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, VKU; SR 251.4VKU). Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG hat damit grundsätzlich immer eine Änderung der Kontrollverhältnisse an einem oder mehreren Zielunternehmen zum Gegenstand.¹

17. Gemäss Meldung beabsichtigt Tamedia, die alleinige Kontrolle über Neo Advertising zu erwerben (vgl. Rz 8). Es handelt sich somit über einen Unternehmenszusammenschluss im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG i. V. m. Art. 1 VKU.

B.2 Vorbehaltene Vorschriften

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

B.3 Meldepflicht

19. In der Meldung wird geltend gemacht, das vorliegende Zusammenschlussvorhaben sei weder nach Art. 9 Abs. 1 KG noch nach Art. 9 Abs. 4 KG meldepflichtig.

20. Vorhaben über Zusammenschlüsse von Unternehmen sind vor ihrem Vollzug der Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) zu melden, sofern im letzten Geschäftsjahr vor dem Zusammenschluss 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 (Art. 9 Abs. 1 Bst. a KG) und mindestens zwei der beteiligten Unternehmen einen Umsatz in der Schweiz von je mindestens 100 Millionen Franken erzielten (Art. 9 Abs. 1 Bst. b KG).

21. Die Meldung gibt für die beteiligten Unternehmen folgende Umsätze an:

Tabelle 1: Umsatz der beteiligten Unternehmen im Geschäftsjahr 2016 (in Mio. CHF)

	Tamedia	Neo Advertising	insgesamt
Schweiz	1005	[...]	[...]
Weltweit	1005	[...]	[...]

22. Wie aus Tabelle 1 hervorgeht, werden die Umsatzschwellen von Art. 9 Abs. 1 Bst. b KG vorliegend nicht erreicht. Gemäss Art. 9 Abs. 4 KG besteht jedoch ungeachtet des Erreichens dieser Umsatzschwellen eine Meldepflicht, wenn am Zusammenschluss ein Unternehmen beteiligt ist, für welches in einem Verfahren nach Kartellgesetz rechtskräftig festgestellt worden ist, dass es in der Schweiz auf einem bestimmten Markt eine beherrschende Stellung hat und der Zusammenschluss diesen oder einen solchen Markt betrifft, der ihm vor- oder nachgelagert oder benachbart ist.

23. Mit Verfügung vom 1. Dezember 1997 hat die WEKO in einem Verfahren nach Kartellgesetz festgestellt, dass die Le Temps SA (nachfolgend: Le Temps) auf dem „marché des journaux quotidiens suprarégionaux d'analyse de Suisse romande“ (Markt für überregionale „analytische“ Tageszeitungen in der französischsprachigen Schweiz) und die Edipresse-Gruppe auf dem „marché des journaux quotidiens des régions de Genève et de Lausanne“ (Markt für regionale Tageszeitungen in den Regionen Genf und Lausanne) marktbeherrschend sind.² Seit dem Erwerb der Aktienmehrheit an der Presse publications SR S.A. (PPSR) und der damit verbundenen Übernahme des schweizerischen Geschäfts der Edipresse-Gruppe (inklusive deren Beteiligung an Le Temps) durch Tamedia³ entfaltet die rechtskräftige Feststellung der Marktbeherrschung auf den oben genannten Märkten auch Wirkung auf die ganze Tamedia-Gruppe. Tamedia hat jedoch 2014 ihre Beteiligung an Le

Temps an Ringier verkauft, so dass Le Temps nun allein von Ringier kontrolliert wird.⁴

24. Vorliegend ergibt sich eine Meldepflicht gemäss Art. 9 Abs. 4 KG somit, wenn Tamedia an einem Zusammenschluss beteiligt ist, der den Markt für regionale Tageszeitungen in den Regionen Genf und Lausanne betrifft, oder einen solchen Markt betrifft, der dem Markt für regionale Tageszeitungen in den Regionen Genf und Lausanne vor-, nachgelagert oder benachbart ist.

25. Gemäss Meldung ist Neo Advertising im Bereich der OOH-Werbung (vgl. Rz 3) und damit insbesondere (auch) auf dem Markt für Plakat- bzw. Aussenwerbung in den Regionen Genf und Lausanne bzw. in der Schweiz tätig (vgl. Rz 33 ff.).

26. Es stellt sich vorliegend somit namentlich die Frage, ob der Markt für Plakat- bzw. Aussenwerbung in den Regionen Genf und Lausanne bzw. in der Schweiz dem Markt für regionale Tageszeitungen in den Regionen Genf und Lausanne benachbart ist.

¹ Vgl. RPW 2016/1, 286 Rz 12, *Tamedia/Adextra*, m. w. H.

² Vgl. RPW 1998/1, 61 Rz 96, *Le Temps*.

³ Vgl. RPW 2009/3, 245 ff., *Tamedia/PPSR*.

⁴ Vgl. RPW 2014/4, 706 ff. Rz 1 ff., *Ringier/Le Temps*.

27. Nach der Praxis des Bundesverwaltungsgerichts und der WEKO gilt ein Markt als einem anderen Markt benachbart, wenn er Güter umfasst, die mit den Gütern des betroffenen Marktes bis zu einem gewissen Grad substituierbar sind und deren Nachfrage parallel verläuft.⁵ Es werden dabei sowohl sachlich als auch räumlich benachbarte Märkte erfasst.⁶ Es ist dabei nicht vorausgesetzt, dass die Märkte unmittelbar benachbart sind. Entscheidend ist, dass sie soweit benachbart sind, dass zwischen den Märkten Wettbewerbseffekte nicht von vornherein ausgeschlossen werden können. Es soll verhindert werden, dass ein Unternehmen seine marktbeherrschende Stellung durch ein Zusammenschlussvorhaben auf einen anderen Markt übertragen kann.

28. Tageszeitungen richten sich nicht nur mit Informationen bzw. News, sondern auch mit Werbung an die Leser.⁷ Bestandteil des Werberaums einer Tageszeitung bildet insbesondere die an die Leserschaft gerichtete Print-Firmenwerbung. Dabei ist zu beachten, dass Leser- und Werbemärkte offenkundig so eng miteinander verknüpft sind, dass grundsätzlich auch von einem zweiseitigen Markt gesprochen werden kann. Eine Tageszeitung ist für Werbetreibende in der Regel umso interessanter, je mehr Leserreichweite diese aufweist. Somit ist der Markt für Printwerbung in der französischsprachigen Schweiz bzw. in den Regionen Genf und Lausanne untrennbar mit dem Markt für regionale Tageszeitungen in den Regionen Genf und Lausanne verknüpft.

29. Gemäss Praxis der WEKO stellen Print- und Plakat- bzw. Aussenwerbung eigene sachlich relevante Märkte dar. Auch wenn es durch die zunehmende Digitalisierung zu einer zunehmenden Konvergenz der einzelnen Medien kommt, geht die WEKO in ihrer Praxis davon aus, dass die einzelnen Werbeformen, welche auf den einzelnen Werbeträgern möglich sind, noch nicht vollständig austauschbar sind. Allerdings stellt sie fest, dass es gewisse Wechselwirkungen zwischen einzelnen Werbeträgern geben kann.⁸ Dementsprechend können auch vorliegend Wettbewerbseffekte zwischen dem Markt für regionale Tageszeitungen in den Regionen Genf und Lausanne und dem vom vorliegenden Zusammenschlussvorhaben betroffenen Markt für Plakat- bzw. Aussenwerbung in den Regionen Genf und Lausanne bzw. in der Schweiz nicht von vornherein ausgeschlossen werden. Es besteht mithin eine Benachbarkeit dieser Märkte im Sinne von Art. 9 Abs. 4 KG.

30. Die Voraussetzungen von Art. 9 Abs. 4 KG sind somit erfüllt, und das vorliegende Zusammenschlussvorhaben ist damit meldepflichtig.

B.4 Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens im Rahmen der vorläufigen Prüfung

31. 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).

32. Um zu beurteilen, ob Anhaltspunkte dafür bestehen, dass durch den Zusammenschluss eine marktbeherr-

schende 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 Relevante Märkte

B.4.1.1 Sachlich relevante Märkte

33. 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).

34. Mit Blick auf die Geschäftstätigkeit der Neo Advertising betrifft das vorliegende Zusammenschlussvorhaben insbesondere den Bereich der Plakat- bzw. Aussenwerbung. Gemäss Meldung ist Tamedia in diesem Bereich bislang nicht tätig. Tamedia biete aber Werberaum in den Bereichen Print und Online an. Im Bereich der Vermittlung bzw. Vermarktung sei Tamedia in der Online-Werbung (Bannerwerbung und Netzwerkwerbung) tätig.

35. Es werden im Folgenden nur diejenigen Märkte dargestellt, auf welchen Neo Advertising tätig ist.

36. Gemäss Meldung ist Neo Advertising im Bereich der OOH-Werbung tätig. Nach Auffassung der Zusammenschlussparteien umfasst OOH-Werbung die Aussenwerbung auf der Strasse, die Werbung in Bahnhöfen und Flughäfen, Point-of-Sale-Werbung (nachfolgend: POS-Werbung) und Point-of-Interest-Werbung (nachfolgend: POI-Werbung) sowie die Verkehrsmittelwerbung. POS-Werbung sei die Werbung an den Verkaufsstellen der Produkte oder Dienstleistungen (z. B. Zigarettenwerbung in einem Kiosk oder Tankstellenshop). Zu den POI würden z. B. Einkaufszentren, Messen, Kongresszentren und andere öffentliche Orte zählen. Neben der klassischen Form von OOH in Form von Plakaten in verschiedenen Formaten würden auch die digitalen Darstellungsformen (AdScreens) gehören.

37. Die Kunden von Neo Advertising seien einerseits die Werbetreibenden⁹, welche OOH-Werbung buchen, und andererseits die Inhaber von Standorten für OOH-Werbung, die Neo Advertising mit der Vermarktung dieser Standorte beauftragen (vgl. Rz 3). Als Kunden von Neo Advertising, die über Standorte für Plakat- bzw. Aussenwerbung verfügen, kämen primär die Gemeinden (für Standorte auf öffentlichem Grund) sowie private Grundeigentümer (Unternehmen oder Privatpersonen) in Frage.

⁵ Vgl. Urteil des BVGer, RPW 2014/2, 477 f. E.2.3., *The Swatch Group AG/WEKO*; RPW 2006/4, 622 Rz 5, *Meldepflicht der Emmi AG*.

⁶ Vgl. MANI REINERT, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 9 KG N 310 ff.

⁷ Vgl. in diese Sinne auch RPW 1998/1, 45 Rz 30, *Le Temps*.

⁸ Vgl. RPW 2016/1, 311 Rz 135 f., *Schweizerische Radio- und Fernsehgesellschaft/Swisscom AG/Ringier AG*.

⁹ Neo Advertising schliesst die Verträge mit den Werbetreibenden im eigenen Namen und auf eigene Rechnung ab.

38. Wie auch aus der Meldung hervorgeht, ist das Plakatierungs- bzw. Aussenwerbegeschäft grundsätzlich zweistufig aufgebaut. Auf der ersten Marktstufe akquirieren Plakatgesellschaften bzw. Aussenwerbegesellschaften Plakatanschlagstellen bzw. Aussenwerbeflächen, die sie auf der zweiten Marktstufe als Werbeträger an Werbetreibende weitervermieten.

39. Den Plakat- bzw. Aussenwerbeunternehmen stehen somit zwei Marktgegenseiten gegenüber: Einerseits Werbetreibende, die Plakatanschlagflächen bzw. Screens nachfragen, um für ein bestimmtes Produkt, ein bestimmtes Unternehmen etc. zu werben und andererseits Gemeinden und Private, die Aussenflächen anbieten, auf denen Plakate bzw. Screens angebracht werden können.

B.4.1.1.1. Markt für Plakat- bzw. Aussenwerbung

40. Auf dem Markt für Plakat- bzw. Aussenwerbung stehen sich die Werbetreibenden als Nachfrager und die Plakat- bzw. Aussenwerbeunternehmen als Anbieter gegenüber.

41. Als Aussenwerbung wird generell alles verstanden, was die Bevölkerung als Werbeaussage unentgeltlich sehen kann, wenn sie sich auf öffentlichem oder privatem Grund bewegt und was unter den Begriff der wechselnden Fremdwerbung fällt. Mit anderen Worten können als Aussenwerbung jene Werbeformen bezeichnet werden, die den sich im öffentlichen Bereich bewegend Menschen ohne besondere Zutrittsbarriere zugänglich und im Vorübergehen oder Vorbeifahren kurz wahrzunehmen sind. Als Fussgänger, Autofahrer, Einkäufer oder Benutzer öffentlicher Verkehrsmittel hat die Bevölkerung ständigen Kontakt mit den Werbebotschaften der Aussenwerbung. Werbeflächen für Aussenwerbung befinden sich auf kommunalem und auf privatem Grund.¹⁰

42. Zur Aussenwerbung zählen grundsätzlich die Plakatwerbung und die Werbung auf der Aussenseite von Verkehrs- bzw. Transportmitteln.¹¹

43. Soweit ersichtlich hat die WEKO in ihrer bisherigen Praxis im Zusammenhang mit Plakatwerbung stets einen separaten Markt für Plakatwerbung abgegrenzt.¹²

44. In der Meldung wird geltend gemacht, dass sich die Plakat- resp. Aussenwerbung seit den entsprechenden Entscheiden der WEKO in technologischer Sicht weiterentwickelt habe. Die klassischen Plakate würden heute zunehmend durch digitale Darstellungsarten ersetzt. Der Begriff „Plakatwerbung“ sei damit zu eng geworden, und es habe sich der Begriff der Out-of-Home-Werbung eingebürgert. Es sei deshalb heute von einem Markt für OOH-Werbung auszugehen. Zu diesem Markt würden namentlich die folgenden Werbeformen gehören: Plakatwerbung, POS- und POI-Werbung, Verkehrsmittelwerbung sowie die Aussenwerbung auf Strassen, Bahnhöfen und Flughäfen, einschliesslich der digitalen Formen von OOH-Werbung (z. B. in Form von AdScreens).

45. Herkömmliche Plakate bestehen im Allgemeinen aus bedruckten Papierbögen, die in mehreren Standard- und Spezialformaten zur Verfügung stehen.¹³ Aufgrund fortschreitender Innovationen und neuer technologischen Entwicklungen haben sich in letzter Zeit stets neue, digi-

tale Formen der Plakatwerbung entwickelt. Bei der *digitalen Plakatwerbung* wird die Werbebotschaft über einen Bildschirm (sog. ePanels, eBoards, Screens) übermittelt. Im Unterschied zur *analogen Plakatwerbung* ermöglicht die digitale Plakatwerbung nicht nur die Darstellung von stehenden, sondern auch von bewegten Bildern („Spots“). Bei der digitalen Plakatwerbung fehlt jedoch – im Gegensatz zu einem TV-Spot – der Audioteil. Zudem wird digitale Plakatwerbung lediglich „en passant“ wahrgenommen, weshalb diese Art von Werbung nicht geeignet ist, komplexere Werbebotschaften zu verbreiten.¹⁴

46. Zwischen analogen und digitalen Plakatwerbung bestehen zwar durchaus Unterschiede, welche jedoch nichts an der weitgehenden Austauschbarkeit der beiden aus Sicht der Werbetreibenden ändern dürften. Die Unterschiede bestehen vor allem darin, dass die Bilder bei der digitalen Plakatwerbung schneller und billiger gewechselt werden können und dass mithilfe von digitalen Plakaten auch bewegte Bilder gezeigt werden können. Das Ziel, das mit analoger und digitaler Plakatwerbung erreicht werden soll, – nämlich *ohne* Zielgruppengenauigkeit durch einzelne Bilder oder durch eine kurze Abfolge von Bildern für zumindest kurze Zeit die Aufmerksamkeit der Konsumenten zu erhalten, um eine bestimmte Werbebotschaft zu platzieren bzw. erneut in Erinnerung zu rufen – bleibt jedoch das gleiche. Gleich sind zudem etwa die Streuengenauigkeit und die Fähigkeit, ein Produkt näher zu erläutern. Es ist zudem davon auszugehen, dass analoge Plakatstellen immer öfter durch digitale Plakatstellen ersetzt werden. Dies dürfte vor allem für den Bereich innerhalb von Gebäuden wie zum Beispiel in Bahnhöfen und Einkaufszentren der Fall sein. Nicht unter den Begriff der digitalen Plakatwerbung würden hingegen wohl solche Screens fallen, die mehr oder anderes zu bieten haben, als der Allgemeinheit stumme Werbebotschaften in Form von stehenden oder bewegten Bildern zu übermitteln. Dies wäre zum Beispiel dann der Fall, wenn je nach Zuschauer oder Konsument verschiedene, auf diese Person speziell zugeschnittene Werbebotschaften übermittelt werden könnten.

¹⁰ Vgl. Entscheid des Bundeskartellamtes, Fallbericht vom 26. März 2010: Freigabe im Bereich Aussenwerbung – Erwerb der Wall AG durch die JCDecaux GmbH, B6-123/09 vom 15.12.2009, S. 1.

¹¹ Vgl. Entscheid des Bundeskartellamtes, Fallbericht vom 26. März 2010: Freigabe im Bereich Aussenwerbung – Erwerb der Wall AG durch die JCDecaux GmbH, B6-123/09 vom 15.12.2009, S. 1. Ferner Entscheid der REKO/WEF, RPW 2006/2, 381 E. 8.2.2, *Berner Zeitung AG, Tamedia AG/WEKO*.

¹² Vgl. RPW 2001/2, 318 ff. Rz 56 ff., *JC Decaux/Affichage*, RPW 2003/1, 80 ff. Rz 35 ff. *Plakatierung in der Stadt Luzern*.

¹³ Vgl. dazu etwa www.aussenwerbung-schweiz.ch > Out of home media > Formate.

¹⁴ Vgl. dazu Bericht des Bundeskartellamtes über seine Tätigkeit in den Jahren 2007/2008 sowie über die Lage und Entwicklung auf seinem Aufgabengebiet, S. 145, abrufbar unter: www.bundeskartellamt.de > Über uns > Publikationen > Tätigkeitsberichte > Tätigkeitsbericht 2007/2008.

47. Aus Sicht des Werbetreibenden ist vor allem die Anzahl der möglichen Betrachtungen (sog. Kontakte), die ein Standort bei einer bestimmten Zielgruppe in einer gewissen Zeit erzielen kann, bedeutend. Dabei ist es für ihn jedoch grundsätzlich unerheblich, ob sich ein Plakatstandort auf öffentlichem oder auf privatem Grund befindet. Somit ist von der grundsätzlichen Austauschbarkeit von Plakatstandorten auf öffentlichem Grund und privatem Grund auszugehen.

48. Ebenfalls nicht angezeigt erscheint eine anderweitige Unterteilung des Marktes nach Standorten der Werbeträger in einen Plakatmarkt in Einkaufszentren, einen solchen in Bahnhöfen und in Flughäfen etc. Dies deshalb, weil die Werbewirkungen und Zielgruppen eines Plakates inmitten einer Fussgängerzone, in einem Einkaufszentrum, in Flughäfen oder in Bahnhöfen vergleichbar sind.¹⁵ Auch hier ist vielmehr lediglich entscheidend, dass ein Plakat von möglichst vielen Menschen wahrgenommen wird.

49. Schliesslich kann zu Recht die Frage aufgeworfen werden, ob die Plakatwerbung zusammen mit der Verkehrsmittelwerbung einen einheitlichen Markt für Aussenwerbung bildet. Bei der Verkehrsmittelwerbung (ausser) werden Verkehrs- bzw. Transportmittel mit Plakaten versehen, die von aussen und somit grundsätzlich von jedermann, der sich im entsprechenden öffentlichen Raum bewegt, ersichtlich sind. Im Gegensatz dazu zählt gemäss deutschem Bundeskartellamt Innenwerbung, das heisst Werbung, die sich im Innern der Fahrzeuge, insbesondere in Bussen und Zügen befindet, nicht zum Bereich der Aussenwerbung.¹⁶ Dies deshalb, weil diese Werbung nicht von jedermann unentgeltlich angesehen werden kann, sondern vielmehr nur von jenen konsumiert wird, die ein entsprechendes Entgelt für die Benützung des Transportmittels entrichten. Sowohl die Plakatwerbung als auch die Werbung auf der Aussenseite von Verkehrs- bzw. Transportmitteln werden von sich im öffentlichen Bereich bewegend Menschen ohne besondere Zutrittsbarriere wahrgenommen und erfüllen dabei grundsätzlich den gleichen Zweck. Unterschiede zwischen den beiden Werbeträgern bestehen insbesondere darin, dass es sich bei der Verkehrsmittelwerbung um einen Werbeträger handelt, der sich in Bewegung und nicht an einem fixen Standort befindet und sich die Werbebotschaft nicht so einfach und schnell austauschen bzw. ändern lassen wie dies grundsätzlich bei Plakaten der Fall ist. Je nach Gewichtung dieser Unterschiede bildet die Plakatwerbung einen eigenen Markt oder es wäre zusammen mit der Verkehrsmittelwerbung (ausser) ein einheitlicher Markt für Aussenwerbung abzugrenzen.

50. Im Rahmen des vorliegenden Zusammenschlussverfahrens kann die definitive Marktabgrenzung (separater Markt für Plakatwerbung oder einheitlicher Markt für Aussenwerbung) jedoch offen gelassen werden, da gemäss den Angaben in der Meldung bei beiden denkbaren Marktabgrenzungen kein betroffener Markt im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU vorliegt (vgl. Rz 66).

51. Schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass für die Beurteilung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens darauf verzichtet werden kann, es in anderen Fällen aber denkbar ist bzw. erforderlich sein kann, den Markt

– analog zur Praxis im Bereich der Print-, TV- und Radiowerbung¹⁷ – in einen Markt für nationale Plakat- bzw. Aussenwerbung und einen Markt für regionale Plakat- bzw. Aussenwerbung zu unterteilen.

B.4.1.1.2. Markt für Absatzkanäle für Plakat- bzw. Aussenwerbung

52. Auf dem Markt für Absatzkanäle für Plakat- bzw. Aussenwerbung stehen sich die Plakat- bzw. Aussenwerbeunternehmen als Nachfrager und die Inhaber von Standorten für Plakat- und Aussenwerbung (Gemeinden und Private) als Anbieter gegenüber.

53. Das zum Markt für Plakat- bzw. Aussenwerbung Ausgeführte ist in analoger Weise auch für den Markt für Absatzkanäle für Plakat- bzw. Aussenwerbung beachtlich.

54. Wie gesehen ist Plakatwerbung an den verschiedensten Orten denkbar. Dabei ist es aus Sicht des Werbetreibenden und damit auch der Plakatgesellschaft prinzipiell unbedeutend, ob sich ein Plakatstandort auf öffentlichem oder privatem Grund befindet. Entsprechend besteht eine grundsätzliche Austauschbarkeit von Plakatstandorten auf öffentlichem und privatem Grund und die Gemeinden stehen bei der Vergabe von Plakatanschlagstellen mit privaten Anbietern im Wettbewerb.¹⁸ Grundsätzlich ebenfalls nicht zu unterscheiden ist, ob sich die Plakatstellen im Innern von Gebäuden oder im Freien,¹⁹ in Einkaufszentren, in Bahnhöfen oder in Flughäfen etc. befinden.

55. Für die Marktabgrenzung unbeachtlich ist zudem, ob die abzusetzenden Plakatanschlagstellen anschliessend als analoge oder digitale Plakatflächen genutzt werden, da auch hier von der grundsätzlichen Austauschbarkeit auszugehen ist und sich die meisten Plakatanschlagstellen sowohl für analoge als auch für digitale Plakatwerbung eignen dürften.

56. Zudem fragt es sich auch hier, ob ein separater Markt für Absatzkanäle für Plakatwerbung abzugrenzen ist oder von einem einheitlichen Markt für Absatzkanäle von Aussenwerbung auszugehen ist.

57. Im Rahmen des vorliegenden Zusammenschlussverfahrens kann die definitive Marktabgrenzung (separater Markt für Absatzkanäle für Plakatwerbung oder einheitlicher Markt für Absatzkanäle für Aussenwerbung) indes offen gelassen werden, da gemäss den Angaben in der Meldung bei beiden denkbaren Marktabgrenzungen kein betroffener Markt im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU vorliegt (vgl. Rz 67).

¹⁵ Vgl. Entscheid des Bundeskartellamtes, Fallbericht vom 26. März 2010: Freigabe im Bereich Aussenwerbung – Erwerb der Wall AG durch die JCDecaux GmbH, B6-123/09 vom 15.12.2009, S. 2; vgl. ferner auch RPW 2003/1, 80 ff. Rz 37 ff. *Plakatierung in der Stadt Luzern*.

¹⁶ Vgl. dazu Bericht der Bundeskartellamtes über seine Tätigkeit in den Jahren 2007/2008 sowie über die Lage und Entwicklung auf seinem Aufgabengebiet, S. 144, abrufbar unter: www.bundeskartellamt.de > Über uns > Publikationen > Tätigkeitsberichte > Tätigkeitsbericht 2007/2008.

¹⁷ Vgl. RPW 2009/3, 265 ff. Rz 158 ff., 169 und 172 *Tamedia/PPSR*.

¹⁸ Vgl. RPW 2003/1, 81 ff. Rz 37 ff., *Plakatierung in der Stadt Luzern*.

¹⁹ Vgl. Vgl. RPW 2003/1, 82. Rz 42, *Plakatierung in der Stadt Luzern*.

58. Schliesslich ist auch hier festzuhalten, dass in anderen Fällen eine weitere Unterteilung in einen Markt für Absatzkanäle für nationale Plakat- bzw. Aussenwerbung und einen Markt für Absatzkanäle für regionale Plakat- bzw. Aussenwerbung denkbar ist bzw. erforderlich sein kann (vgl. auch Rz 51).

B.4.1.2 Räumlich relevante Märkte

59. 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).

B.4.1.2.1 Markt für Plakat- bzw. Aussenwerbung

60. Gemäss Meldung ist der Markt für Plakat- bzw. Aussenwerbung national abzugrenzen. Alle wichtigen Anbieter im Bereich OOH-Werbung (wie z. B. APG/SGA SA, Clear Channel oder Goldbach) seien in der gesamten Schweiz tätig. Neo Advertising sei zwar schwergewichtig in der Westschweiz tätig, sei aber bereits seit 2007 auch in diversen Einkaufszentren in der Deutschschweiz tätig und seit kurzem auch in Zürich präsent und plane, die Geschäftstätigkeit in der gesamten Schweiz weiter auszubauen. Auch dies spreche dafür, von einem nationalen Markt auszugehen.

61. Werbetreibende fragen Plakat- bzw. Aussenwerbung entweder lokal, regional oder national nach.²⁰ Entsprechend sind grundsätzlich separate regionale/lokale und nationale Märkte für Plakat- bzw. Aussenwerbung abzugrenzen.²¹ Dies insbesondere auch vor dem Hintergrund, dass neben den in der Meldung erwähnten wichtigen Anbietern im Bereich der Plakat- bzw. Aussenwerbung eine Vielzahl von weiteren Plakat- bzw. Aussenwerbegesellschaften²² existieren, welche nicht über ein schweizweites flächendeckendes Plakatstellennetz verfügen.²³

62. Für die Beurteilung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens werden somit neben einem nationalen Markt anhand der Geschäftsgebiete von Neo Advertising auch regionale Märkte betreffend die Grossräume Genf, Lausanne und Zürich abgegrenzt. Dabei kann im Rahmen des vorliegenden Zusammenschlussverfahrens darauf verzichtet werden, es in anderen Fällen aber denkbar bzw. erforderlich sein, den nationalen Markt weiter nach Sprachregionen (Deutschschweiz, Roman- und italienischsprachige Schweiz) zu unterteilen.²⁴

B.4.1.2.2 Markt für Absatzkanäle für Plakat- bzw. Aussenwerbung

63. Gemäss Meldung ist auch der Markt für Absatzkanäle für Plakat- bzw. Aussenwerbung national abzugrenzen. Gerade der Umstand, dass das in Genf domizilierte Unternehmen Neo Advertising gewisse Lose in einer Ausschreibung der Stadt Zürich für Plakatflächen auf öffentlichem Grund gewinnen konnte, beweise, dass es sich um einen schweizweiten Markt handle.

64. Es fragt sich, ob die Inhaber von Standorten für Plakat- bzw. Aussenwerbung die Dienste der Plakat- bzw. Aussenwerbegesellschaften schweizweit und/oder regional/lokal nachfragen. Für die Beurteilung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens kann die räumliche Marktabgrenzung offen gelassen werden, da auch bei einer regionalen Marktabgrenzung (Grossräume

Genf, Lausanne und Zürich) gemäss den Angaben in der Meldung keine betroffenen Märkte im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU vorliegen (vgl. Rz 67).²⁵

B.4.2 Voraussichtliche Stellung in den betroffenen Märkten

65. 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.

66. Auf dem *nationalen Markt für Plakat- bzw. Aussenwerbung* beträgt der Marktanteil von Neo Advertising gemäss Meldung rund [0-10] % (mit und ohne Einbezug der Verkehrsmittelwerbung). Auf den *regionalen Märkten für Plakat- bzw. Aussenwerbung* würden die Marktanteile im Grossraum Genf bei [20-30] % (ohne Einbezug der Verkehrsmittelwerbung) bzw. [20-30]% (mit Einbezug der Verkehrsmittelwerbung), im Grossraum Lausanne bei [0-10] % (mit und ohne Einbezug der Verkehrsmittelwerbung) und im Grossraum Zürich bei [0-10] % (mit Einbezug der Verkehrsmittelwerbung) bzw. [0-10]% (ohne Einbezug der Verkehrsmittelwerbung) liegen. Grösster Anbieter auf diesem Markt sei APG/SGA SA mit einem Marktanteil von rund [60-70] % in der Schweiz sowie auch betreffend den Grossraum Genf.

67. Auf dem *nationalen Markt für Absatzkanäle für Plakat- bzw. Aussenwerbung* beträgt der Marktanteil von Neo Advertising gemäss Meldung rund [0-10] % (ohne Einbezug der Verkehrsmittelwerbung) bzw. [0-10] % (mit Einbezug der Verkehrsmittelwerbung). Gemäss Schätzung der Zusammenschlussparteien dürften die Marktanteile betreffend die Grossräume Genf, Lausanne und Zürich zudem in etwa denjenigen auf den regionalen Märkten für Plakat- bzw. Aussenwerbung entsprechen.

68. Es bestehen somit vorliegend gemäss den Angaben in der Meldung keine betroffenen Märkte im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU.

²⁰ Vgl. RPW 2001/2, 320 f. Rz 65, *JC Decaux/Affichage*.

²¹ Vgl. RPW 2001/2, 320 f. Rz 65, *JC Decaux/Affichage*. Die WEKO grenzt praxismässig auch im Bereich der Print-, TV- und Radiowerbung neben nationalen auch regionale/lokale Märkte ab (vgl. RPW 2009/3, 264 ff. Rz 145 ff., *Tamedia/PPSR*).

²² Vgl. www.werbetaeager-schweiz.ch/category/aussenwerbung/aussenwerbung-plakate.

²³ Vgl. betreffend die räumliche Marktabgrenzung auch Entscheid des Bundeskartellamtes, Fallbericht vom 26. März 2010: Freigabe im Bereich Aussenwerbung – Erwerb der Wall AG durch die JCDecaux GmbH, B6-123/09 vom 15.12.2009, S. 2.

²⁴ Vgl. diesbezüglich die Praxis im Bereich der Print-, TV- und Radiowerbung (RPW 2009/3, 266 ff. Rz 165, 170 und 173, *Tamedia/PPSR*) sowie im Bereich der Online-Werbung (RPW 2015/3, 481 Rz 108 f., *Tamedia/ricardo.ch*).

²⁵ Vgl. RPW 2001/2, 320 Rz 64, *JC Decaux/Affichage*.

69. Gemäss Meldung handelt es sich bei Neo Advertising zudem auch nicht um eine potenzielle Konkurrentin von Tamedia. Neo Advertising habe seine Geschäftstätigkeit auf OOH-Werbung ausgerichtet. Das dafür aufgebaute Know-how lasse sich nicht auf die übrigen Werbemärkte übertragen. Entsprechend verfüge Neo Advertising weder heute noch habe Neo Advertising in der Vergangenheit über die Absicht verfügt, in die Werbemärkte für Print- und Online-Werbung einzutreten, in welchen Tamedia tätig sei.

70. Zusammenfassend kann somit von der Unbedenklichkeit des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens ausgegangen werden.

B.4.3 Nebenabreden

71. Zu prüfen ist zudem, ob das Vertragswerk der Parteien Wettbewerbsabreden enthält, die mit dem Zusammenschlussvorhaben unmittelbar verbunden sind. Abreden, die die kumulativen Bedingungen der Notwendigkeit und des unmittelbaren Zusammenhangs erfüllen, sind als Nebenabreden zu bezeichnen. Abreden, welche die genannten Bedingungen nicht erfüllen und somit keine Nebenabreden in diesem Sinne darstellen, erfahren keine Legalisierung durch den fusionskontrollrechtlichen Kommissionsentscheid. Sie unterliegen gegebenenfalls einer separaten Prüfung gemäss Art. 5 KG im Rahmen eines entsprechenden kartellgesetzlichen Verfahrens.²⁶

72. 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.²⁷

73. Das Kriterium der Notwendigkeit bedeutet, dass ohne die fragliche Abrede der Zusammenschluss entweder überhaupt nicht oder nur unter deutlich ungewisseren 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 erforderlich 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.²⁸

74. [...].

75. [...] kann als mit der Durchführung des Zusammenschlusses unmittelbar verbunden und für diese notwen-

dig angesehen werden. Sie können daher als zulässige Nebenabreden qualifiziert werden.

B.4.4 Ergebnis

76. 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.

²⁶ Vgl. RPW 2016/3, 761 Rz 58, 7Days Group/Güll-Gesellschaften.

²⁷ Vgl. RPW 2016/3, 761 Rz 58, 7Days Group/Güll-Gesellschaften, m.w.H.

²⁸ Vgl. RPW 2016/3, 761 Rz 58, 7Days Group/Güll-Gesellschaften, m.w.H.

B 2.3	9. Demaurex/CCA
-------	------------------------

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

Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU vom 11. Oktober 2017

Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 9. Oktober 2017

Kurzbegründung

1. Am 3. Oktober 2017 hat die Wettbewerbskommission die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Diese Meldung betrifft den Erwerb alleiniger Kontrolle über die Cash & Carry Angehrn AG (nachfolgend: CCA) durch die Demaurex & Cie S.A. (nachfolgend: Demaurex). Veräusserer ist der Migros-Genossenschafts-Bund (nachfolgend: MGB).

2. Demaurex mit Sitz in Chavannes-Renens, Waadt, ist im Grosshandelsgeschäft tätig. Das Unternehmen betreibt unter der Marke ALIGRO in der Schweiz fünf Abholmärkte, vier davon in der Westschweiz. Demaurex bietet keine Belieferungen an.

3. CCA ist derzeit ein Unternehmensteil der Saviva AG, die zur Migros-Gruppe gehört. CCA ist ebenfalls im Grosshandelsgeschäft tätig und betreibt neun Abholmärkte in der Deutschschweiz. CCA bietet ebenfalls keine Belieferungen an.

4. Demaurex beabsichtigt, vom MGB 100 % der Aktien von CCA zu erwerben. Vereinbart wurde zudem ein Wettbewerbsverbot zu Lasten des MGB. Der Erwerb der alleinigen Kontrolle von CCA durch Demaurex stellt einen Unternehmenszusammenschluss i.S.v. Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG dar. Da die Umsatzschwellen nach Art. 9 Abs. 1 KG überschritten sind, handelt es sich um ein meldepflichtiges Zusammenschlussvorhaben.

5. [...]. Durch die Akquisition von CCA beabsichtigt Demaurex, ihr Verkaufstellennetz in der Deutschschweiz auszubauen. Sie erhofft sich dadurch Synergievorteile, um im Wettbewerb gegenüber dem führenden Anbieter Transgourmet bestehen zu können.

6. Unabhängig von der konkreten Marktabgrenzung¹ ergibt die vorläufige Prüfung 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. Das vereinbarte Wettbewerbsverbot zu Lasten des MGB, [...], ist als Nebenabrede des Zusammenschlussvorhabens zu qualifizieren.

¹ Zur praxisgemässen Marktabgrenzung des Grosshandels siehe RPW 2016/2, 555, *Lekkerland (Schweiz) AG/ Grosshandelsgeschäft der Contadis AG*.

B 2	8. Unternehmenszusammenschlüsse Concentrations d'entreprises Concentrazioni di imprese
B 2.8	1. Recommandation du 2 octobre 2017 à l'attention de la Ville de Genève concernant la modification de l'article 23A du Règlement relatif aux aides financières du service social du 17 décembre 1986

1 Etat des faits

1. Les autorités de la Ville de Genève ont adopté en 2013 l'art. 23A du Règlement relatif aux aides financières du service social du 17 décembre 1986 (LC 21 511; ci-après: le Règlement). Avec cet article, une allocation de rentrée scolaire a été introduite, dont l'octroi est soumis à diverses conditions.

2. Ainsi, afin qu'un enfant puisse bénéficier de cette allocation, celui-ci doit premièrement fréquenter un degré de la scolarité obligatoire (art. 23A al. 1 du Règlement). Deuxièmement, l'enfant et son parent titulaire du droit de garde doivent être au bénéfice d'un titre de séjour, être domiciliés et résider effectivement sur le territoire de la Ville de Genève (art. 23A al. 1 en relation avec l'art. 2 al. 1 du Règlement). Enfin, l'enfant doit bénéficier personnellement et pour l'année civile en cours du subside destiné à la couverture totale ou partielle des primes de l'assurance-maladie que l'Etat de Genève accorde aux assurés de condition économique modeste (art. 23A al. 2 du Règlement).

3. L'art. 23A al. 3 du Règlement prévoit que le montant de l'allocation de rentrée scolaire se monte à CHF 130.- pour les enfants fréquentant les degrés 1 à 8 de la scolarité obligatoire, correspondant au degré primaire, puis à CHF 180.- pour les enfants fréquentant les degrés 9 à 11 (degré secondaire).¹

4. Le versement de l'allocation de rentrée scolaire doit faire l'objet d'une demande adressée au Service Social de la Ville de Genève entre la date de la rentrée et le 31 décembre pour l'année scolaire en cours. Cette demande doit inclure certains documents prouvant que les conditions détaillées ci-dessus (ch. 2) sont remplies.² Chaque année, plus de 2'500 familles bénéficient de l'allocation de rentrée scolaire, et le montant global octroyé annuellement se chiffre à environ CHF 550'000.-.³

5. En l'état actuel, l'allocation de rentrée scolaire est versée sur le compte bancaire des parents ayant rempli les conditions d'octroi, sans qu'aucune autre condition d'utilisation de celles-ci ne soit prévue.⁴

6. Le 17 janvier 2017, le Conseil municipal de la Ville de Genève a adopté un alinéa 5 à l'art. 23A du Règlement, qui prévoit que « [le] montant de l'allocation sera versé sous forme de bon uniquement valable dans les commerces genevois (en ville de Genève) »⁵. Il ressort clairement des débats menés au Conseil municipal⁶ que ce nouvel alinéa vise à soutenir les commerces genevois.⁷ Ainsi, il s'agit de « réinjecter cet argent [celui des alloca-

tions de rentrée scolaire] dans l'économie genevoise municipale »⁸.

7. Deux options sont envisagées pour la mise en œuvre de ce nouvel alinéa. La première option serait que la Ville de Genève achète des bons dans les « commerces genevois », lesquels seraient ensuite distribués aux bénéficiaires de l'allocation, alors que la deuxième prévoit que la Ville de Genève émette et distribue elle-même aux bénéficiaires de l'allocation des bons à faire valoir dans les « commerces genevois », lesquels se feraient ensuite rembourser par la Ville de Genève.⁹

8. L'octroi de l'allocation de rentrée ainsi que la limitation de sa validité au territoire de la commune qui les émet semblent être une spécificité de la Ville de Genève et ne pas exister ailleurs en Suisse.

9. Suite à l'adoption de l'art. 23A al. 5 du Règlement, le Service cantonal de surveillance des communes a adressé un courrier le 8 mars 2017 à l'attention de la Mairie de la Ville de Genève, lui indiquant que ce nouvel alinéa ne pourrait être mis en œuvre « que dans les respects du droit supérieur, notamment la loi sur le marché intérieur »¹⁰.

10. Dans ce contexte, une demande de préavis signée par la Conseillère administrative de la Ville de Genève en charge du Département de la cohésion sociale et de la solidarité est parvenue au Secrétariat de la Commission de la concurrence (ci-après: Secrétariat) le 31 mars 2017. En plus d'y requérir un préavis du Secrétariat, il y

¹ Art. 6 de l'Accord intercantonal sur l'harmonisation de la scolarité obligatoire du 14 juin 2007; RS/GE C 1 06.

² Art. 4 s. de la Directive départementale relative à l'allocation de rentrée scolaire (D5.08.071.v1, entrée en vigueur le 2 septembre 2013).

³ Demande de préavis de la Ville de Genève du 30 mars 2017, p. 2.

⁴ Demande de préavis de la Ville de Genève du 30 mars 2017, p. 2.

⁵ PRD-130.

⁶ Mémorial des séances du Conseil municipal de la Ville de Genève, 174 30, p. 4184 ss (ci-après: Mémorial).

⁷ Voir notamment les interventions de Mme Richard (« Peut-on continuer à laisser crever le petit commerce en Ville de Genève ? ») p. 4187, de M. Daniel Sormanni (« Nous voulons simplement que son attribution [celle de l'allocation] soit contrôlée, afin qu'elle serve bel et bien à l'achat de fournitures scolaires dans les commerces de Genève. ») p. 4210, Mme Danièle Magnin (« Le seul objectif de ce projet est de faire en sorte que l'argent de la Ville soit dépensé en ville. ») p. 4206 et de M. Adrien Genecand (« Je ne vois pas de mal à demander que les prestations que nous fournissons (...) bénéficient aux commerces qui y contribuent. ») p. 4219 du Mémorial.

⁸ Intervention de M. Pascal Spuhler, p. 4191 du Mémorial.

⁹ Demande de préavis de la Ville de Genève du 30 mars 2017, p. 3.

¹⁰ Annexe 4 à la demande de préavis de la Ville de Genève.

était aussi fait part d'un intérêt pour un éventuel avis ou une éventuelle recommandation de la Commission de la concurrence (ci-après: COMCO). Deux questions sont ainsi adressées, à savoir:

- 1) si la mise en œuvre du nouvel alinéa 5 de l'art. 23A du Règlement peut être faite en conformité au droit supérieur, et en particulier à la Loi sur le marché intérieur;
- 2) le cas échéant, quelles seraient les éventuelles conditions pour ce faire.¹¹

11. Par courrier du 13 avril 2017, le Secrétariat a accusé réception de la demande de préavis, précisant qu'il ne pouvait indiquer de délai exact quant au traitement de ce sujet par la COMCO. La date de traitement a été communiquée ultérieurement par e-mail.

2 En droit

12. La Loi fédérale du 6 octobre 1995 sur le marché intérieur (LMI; RS 943.02) garantit à toute personne ayant son siège ou son établissement en Suisse l'accès libre et non discriminatoire au marché afin qu'elle puisse exercer une activité lucrative sur tout le territoire suisse (art. 1 al. 1 LMI). La LMI vise en particulier à faciliter la mobilité professionnelle et les échanges économiques en Suisse, à soutenir les efforts des cantons visant à harmoniser les conditions d'autorisation d'accès au marché, à accroître la compétitivité de l'économie suisse et à renforcer la cohésion économique de la Suisse (art. 1 al. 2 LMI).

13. La COMCO est chargée de veiller au respect de la Loi fédérale sur le marché intérieur. Elle veille ainsi à ce que la Confédération, les cantons, les communes et les autres organes assumant des tâches publiques respectent la LMI (art. 8 al. 1 LMI). À cet effet, la COMCO peut adresser à la Confédération, aux cantons et aux communes des recommandations concernant les actes législatifs envisagés ou existants (art. 8 al. 2 LMI).

14. Les subventions visent à influencer les activités lucratives dans l'intérêt public; ainsi, certaines entreprises reçoivent des avantages économiques dont elles ne profiteraient pas dans des conditions normales de marché.¹² La question de savoir si la LMI doit s'appliquer aux subventions ou allocations n'a été jusqu'à ce jour traitée ni par les tribunaux, ni par les autorités de la concurrence, et la doctrine n'est pas unanime à ce sujet.¹³

15. Selon l'art. 1 al. 1 en lien avec l'al. 3 LMI, cette loi s'applique à toute activité « non régalienne » ayant pour but un gain.¹⁴ Cette disposition a été introduite dans la LMI lors de sa révision partielle en 2005, sans que le Message à l'appui de la novelle ne précise la notion d'activité « non régalienne » – « nicht hoheitliche [...] Tätigkeit » en allemand.¹⁵ Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, la nouvelle définition s'étend aux activités exercées dans le cadre de rapports de droit public qui ne relèvent pas de la puissance publique et peuvent ainsi être offertes sur le marché, telles que, par exemple, l'enseignement dans une école publique.¹⁶ Ainsi, toute activité ne relevant pas de la puissance publique – dite dès lors non régalienne au sens de l'art. 1 al. 3 LMI – entre dans le champ d'application de la LMI.

16. Concrétisant l'art. 1 al. 1 LMI, l'art. 2 LMI définit les bases du principe du lieu de provenance, qui s'applique à l'activité économique par-delà les frontières intérieures et permet de justifier la création d'un établissement. En cela, un état de fait intercantonal ou intercommunal – c'est-à-dire un cas où un offreur est soumis à son lieu de provenance à un cadre juridique différent de celui du lieu où il fournit sa prestation – est indispensable à l'application de la LMI.¹⁷ Tout comme la liberté économique¹⁸, les libertés du marché intérieur valent tant pour les personnes physiques que pour les personnes morales.¹⁹ Ainsi, tout commerçant suisse peut, en tant que personne physique ou morale avec un siège en Suisse, en appeler à la LMI.

17. Selon l'art. 2 al. 1 LMI, toute personne a le droit d'offrir des marchandises, des services et des prestations de travail sur tout le territoire suisse pour autant que l'exercice de l'activité lucrative en question soit licite dans le canton ou la commune où elle a son siège ou son établissement. À cet effet, les prescriptions du canton ou de la commune où l'offreur a son siège ou son établissement sont relevantes (art. 2 al. 3 LMI).

¹¹ Demande de préavis de la Ville de Genève du 30 mars 2017, p. 3.

¹² RENÉ RHINOW/GERHARD SCHMID/GIOVANNI BIAGGINI/FELIX UHLMANN, *Öffentliches Wirtschaftsrecht*, 2e éd., Bâle 2011, § 16 n° 63.

¹³ Contre un contrôle des subventions sous la LMI: BIANCHI DELLA PORTA, in: Vincent Martenet/Christian Bove/Pierre Tercier (édit.), *Droit de la concurrence – Commentaire Romand*, 2e éd., Bâle 2013, art. 1 LMI no 37 ss; LIVIO BUNDI, *System und wirtschaftsverfassungsrechtliche Zulässigkeit von Subventionen in der Schweiz und von Beihilfen in der EU*, *Luzerner Beiträge zur Rechtswissenschaft* 2016 105, 273-305, 287 et – malgré une opinion plus nuancée – MATTHIAS OESCH, *Die (fehlende) Disziplinierung staatlicher Beihilfen durch Kantone*, *AJP* 2013, 1337, 1340; favorable à contrôle des subventions sous la LMI: NICOLAS DIEBOLD, *Freizügigkeit im Mehrebenensystem – Eine Rechtsvergleichung der Liberalisierungsprinzipien im Binnenmarkt-, Aussenwirtschafts- und Europarecht (Freizügigkeit)*, Zürich 2016, ch. 486 s.

¹⁴ En ce qui concerne l'interprétation et la signification de l'art. 1 al. 3 LMI, cf. MATTHIAS OESCH, *Das Binnenmarktgesetz und hoheitliche Tätigkeiten*, in: ZBJV 2012 377 ss; NICOLAS DIEBOLD, *Gerichtliche Sachverständige als hoheitlich tätige Organe ?*, in: *AJP/PJA* 8/2012 1162 ss; lors de la révision de la LMI en 2005, le terme « non régalien » a remplacé la notion de « bénéficiaire de la protection de la liberté du commerce et de l'industrie », cf. Message relatif à la révision de la loi sur le marché intérieur du 24 novembre 2004, FF 2005 421, p. 440.

¹⁵ L'intervention du Conseiller aux États EUGEN DAVID lors de débats parlementaires indique que le législateur entendait cette notion dans un sens étroit, cf. Bulletin officiel de l'Assemblée fédérale (BO) 2005 E 762.

¹⁶ ATF 136 II 470, consid. 3.2.

¹⁷ ATF 125 I 267 consid. 3b (dentiste, Grison); ATF 125 I 276 consid. 4b (prothésiste dentaire, Grison); arrêt du Tribunal fédéral 2P.362/1998 du 6 juillet 1999, consid. 4e (aubergiste, Bâle-Campagne), in: ZBI 2000, 496 ss; arrêt du Tribunal administratif fédéral C-5515/2011 du 26 août 2014, consid. 6.2.1 s. (Swissmedic).

¹⁸ ATF 124 I 25 (Wiggis-Park AG); ATF 120 Ia 286 (Verband Schweizerischer Kreditbanken und Finanzierungsinstitute); ATF 106 Ia 191 (Escor Automaten AG).

¹⁹ NICOLAS DIEBOLD/GAËL SCHAFFTER, *La liberté d'établissement pour les personnes morales à l'exemple d'une clinique de soins médicaux dentaires*, DPC 2012/3 526; Message concernant la loi fédérale sur le marché intérieur (LMI) du 23 novembre 1994 (ci-après: « Message LMI (1994) »), FF 1994 I 1193, 1243; MATTHIAS OESCH/THOMAS ZWALD, *Bundesgesetz über den Binnenmarkt*, in: Matthias Oesch/Rolf H. Weber/Roger Zäch (édit.), *Wettbewerbsrecht II*, Orell Füssli Kommentar, Zurich 2011, art. 1 LMI no 7; Commission de gestion du Conseil national, Rapport du 27 juin 2000 sur les effets de la loi fédérale sur le marché intérieur (LMI) sur la libre circulation des services et des personnes en Suisse, FF 2000 5603, p. 5604.

18. La disposition de l'art. 2 al. 1 LMI octroie aux personnes tombant dans le champ d'application de la Loi sur le marché intérieur un droit individuel et subjectif au libre accès au marché. Les al. 3 et 4 de cette disposition prévoient le principe du lieu de provenance, lequel s'applique tant au déploiement d'une activité économique par-delà les frontières intérieures qu'à la création d'un établissement (secondaire).

19. Un acte public établissant une inégalité de traitement entre offreurs locaux et externes est toujours illicite, de telle sorte qu'il existe une restriction de l'accès au marché au sens de la LMI non seulement lorsqu'un offreur externe est désavantagé, mais également lorsque les offreurs locaux sont avantagés.²⁰ Les restrictions de l'accès au marché au sens de la LMI comprennent non seulement les mesures qui restreignent l'activité économique d'un offreur externe, mais également celles qui renforcent la concurrence locale face à celle qui vient d'autres cantons ou communes.²¹

20. L'application des principes se fonde sur l'équivalence des réglementations cantonales ou communales sur l'accès au marché (art. 2 al. 5 LMI). Des restrictions pour les offreurs externes ne sont admissibles que sous la forme de charges ou de conditions, pour autant que les prescriptions du lieu de provenance ne permettent pas, dans le cas concret, de garantir un niveau de protection des intérêts publics équivalent à celui du lieu de destination (réfutation de la présomption d'équivalence).²² Par ailleurs, la présomption d'équivalence devient quasiment irréfutable pour des mesures n'ayant pas de pendant dans la plupart des autres cantons ou communes semblables du point de vue de leur ordre économique et social.²³

21. Ces charges ou conditions doivent en plus respecter les conditions cumulatives des let. a à c de l'art. 3 al. 1 LMI. Ainsi, la mesure envisagée doit tout d'abord ne pas constituer une discrimination formelle (let. a). En effet, un acte public établissant une inégalité de traitement entre offreurs locaux et externes est toujours illicite.²⁴

22. L'art. 3 al. 1 let. b LMI exige en plus des charges ou conditions en question d'être indispensable à la préservation d'intérêts publics prépondérants. Peuvent notamment constituer de tels intérêts publics la protection de la vie et de la santé de l'être humain, des animaux et des végétaux, la protection de motifs tirés de la politique économique, par exemple pour revitaliser l'économie d'un territoire.²⁵

23. Les charges ou conditions envisagées doivent par ailleurs être proportionnelles (art. 3 al. 1 let. c LMI), ce qui n'est notamment pas le cas lorsque le siège ou l'établissement au lieu de destination est exigé comme préalable à l'autorisation d'exercer une activité lucrative (art. 3 al. 2 let. c LMI).

24. Finalement, comme dernier rempart, la LMI prohibe toute restriction qui constituerait une barrière cachée à l'accès au marché destinée à favoriser les intérêts économiques locaux (art. 3 al. 3 LMI).

3 Application au cas d'espèce

25. La vente de fournitures scolaires est une activité visant un gain et, ne relevant pas de la puissance pu-

blique, ne constitue pas une activité régalienne. Ainsi, la vente de fournitures scolaires, en tant qu'elle constitue une activité lucrative, tombe dans le champ d'application défini par l'art. 1 al. 1 LMI.

26. Le Règlement (et plus particulièrement son nouvel art. 23A al. 5) constitue un acte législatif existant, émanant d'une commune, de telle sorte que la COMCO est compétente pour adresser une recommandation au sens de l'art. 8 al. 2 LMI le concernant.

27. La question de savoir si les allocations de rentrées scolaires constituent une subvention et si une telle subvention tombe sous la LMI ne nécessite pas d'être tranchée dans le cadre de cette analyse, puisque la présente problématique concerne les effets de la restriction géographique de la validité des allocations de rentrée scolaire sur le marché intérieur (cf. ci-dessus ch. 14). L'existence d'une allocation et son octroi sous l'angle de la LMI n'entrent en principe ici pas en question.

28. En permettant aux bénéficiaires de l'allocation de rentrée scolaire de ne faire valoir celle-ci qu'auprès des commerces situés en Ville de Genève, l'art. 23A al. 5 du Règlement avantage ces derniers par rapport aux autres commerces situés en dehors de ce territoire. Ces derniers se voient donc restreints dans leur droit conféré par l'art. 2 al. 1 LMI d'offrir des marchandises (en l'espèce des fournitures scolaires) sur l'ensemble du territoire suisse. Cette limitation constitue donc d'une restriction de l'accès au marché en Ville de Genève à l'encontre des offreurs externes, au sens de l'art. 3 al. 1 LMI.

29. Il convient donc de vérifier si cette restriction répond aux exigences de la LMI, à commencer par la réfutation de la présomption d'équivalence des réglementations. Bien qu'on ne puisse exclure des différences entre la réglementation de la vente de fournitures scolaires à Genève en comparaison avec d'autres communes ou cantons, le fait que ces allocations de rentrée scolaire ainsi que leur distribution sous la forme de bons au rayon géographique de validité limité ne soit pas une mesure répandue dans d'autres communes ou cantons préalables rend la présomption d'équivalence quasiment irréfutable (cf. ci-dessus ch. 20).

30. Quand bien même la présomption d'équivalence pourrait être renversée, le nouvel art. 23A al. 5 du Règlement instaure formellement une différence de traitement entre les offreurs situés en Ville de Genève et ceux

²⁰ CR Concurrence-BIANCHI DELLA PORTA (n° 13), art. 3 LMI n° 7 ss; dans le même sens, cf. déjà Message LMI (1994), p. 1245; NICOLAS DIEBOLD (n° 13), ch. 478.

²¹ NICOLAS DIEBOLD (n° 13), ch. 480.

²² MATTHIAS OESCH/THOMAS ZWALD (n. 19), n° 4 ad art. 2 LMI.

²³ CR Concurrence-BIANCHI DELLA PORTA (n. 13), art. 2 LMI n° 36 et la référence citée.

²⁴ CR Concurrence-BIANCHI DELLA PORTA (n 13), art. 3 LMI n° 7 ss; dans le même sens, cf. déjà Message LMI (1994), p. 1245; NICOLAS DIEBOLD (n° 13), ch. 478.

²⁵ Message LMI (1994), p. 1231.

en dehors de celle-ci à l'avantage des premiers, en ce sens qu'ils sont les seuls auprès desquels l'on peut faire valoir les allocations de rentrées. Ainsi, la condition de l'art. 3 al. 1 let. a LMI n'est déjà pas respectée.

31. Par ailleurs, l'idée des conseillers municipaux soutenant l'adoption de l'art. 23A al. 5 LMI était de favoriser les commerces locaux, en leur permettant de récupérer l'argent des allocations. Ainsi, il a été mentionné dans les débats que « [le] seul objectif de ce projet est de faire en sorte que l'argent de la Ville soit dépensé en ville » ou encore de s'assurer que l'allocation de rentrée scolaire « serve bel et bien à l'achat de fournitures scolaires dans les commerces de Genève ». ²⁶ Or, une telle intention de favoriser les commerces locaux constitue précisément une considération de politique économique (cf. ci-dessus ch. 22). D'autres intérêts publics prépondérants n'ont pas été évoqués et ne sont pas apparents, de telle sorte que le nouvel alinéa n'apparaît pas indispensable à la préservation d'intérêts publics prépondérants. La condition de l'art. 3 al. 1 let. b LMI n'est dès lors également pas remplie.

32. Quant au caractère proportionnel selon l'art. 3 al. 1 let. c LMI, celui-ci n'est pas non plus donné puisqu'un offreur externe se verrait obligé de s'installer sur le territoire genevois pour pouvoir servir les bénéficiaires des allocations de rentrée scolaire, obligation étant per se disproportionnée (cf. ci-dessus ch. 23).

33. Finalement, il ressort clairement des débats au Conseil municipal que l'obligation de dépenser les allocations de rentrée scolaire uniquement auprès de commerces situés en Ville de Genève constitue également dans les faits une barrière à l'accès au marché destinée à favoriser les intérêts économiques locaux – illicite en soi (art. 3 al. 3 LMI) –, comme en témoignent les débats du Conseil municipal y relatifs (cf. ci-dessus ch. 31).

34. Il s'avère donc que l'art. 23A al. 5 du Règlement constitue une restriction de l'accès au marché envers les commerces situés en dehors du territoire de la ville de Genève, restriction qui ne remplit aucune des conditions cumulatives nécessaires pour être justifiée. De plus, elle constitue une barrière à l'accès déguisée au sens de l'art. 3 al. 3 LMI.

35. Une mise en œuvre de l'art. 23A al. 5 du Règlement ne peut donc pas se faire dans le respect de la LMI, en tant que celui-ci prévoit que « les achats de fournitures scolaires doivent être effectués uniquement dans les commerces genevois (en ville de Genève) », avantagant ainsi les commerces dans la Ville de Genève par rapport aux commerces situés ailleurs en Suisse. Ainsi, aucune des deux options proposées ne peut respecter la LMI, puisqu'elles ne peuvent s'écarter de ce favoritisme tout en respectant les termes de l'art. 23A al. 5 du Règlement.

36. Ainsi, la mise en œuvre de l'art. 23A al. 5 du Règlement ne pouvant être effectuée de manière conforme à la LMI, il n'y a pas lieu de répondre à la seconde question de la Ville de Genève sur d'éventuelles conditions à remplir à cet effet.

37. Pour que l'art. 23A al. 5 du Règlement puisse être mis en œuvre de façon conforme à la LMI, il faudrait par exemple le modifier de telle sorte que les allocations de

rentrées scolaires puissent être utilisées dans des commerces de Suisse vendant des fournitures scolaires, sans avantager ceux situés en Ville de Genève. Par ailleurs, dans le cas où la solution de bons achetés par la Ville de Genève auprès de commerces devait être suivie, il faudrait tenir compte du droit régissant les marchés publics ²⁷ (notamment l'Accord intercantonal sur les marchés publics et le règlement sur la passation des marchés publics [L 06.01], ainsi que les art. 5 et 9 LMI).

4 Résultats et recommandations

38. En résumé et sur la base des considérants qui précèdent, la COMCO aboutit aux conclusions suivantes quant aux deux questions que lui a adressées la Ville de Genève:

- 1) La mise en œuvre de l'art. 23A al. 5 du Règlement relatif aux aides financières du service social du 17 décembre 1986 ne peut pas se faire dans le respect de la LMI.
- 2) Vue la réponse à la première question, il n'y a pas lieu de répondre à la seconde question quant à d'éventuelles conditions pour que la mise en œuvre de l'art. 23A al. 5 du Règlement respecte la LMI.

39. La COMCO recommande donc, sur la base de l'art. 8 al. 2 LMI, de renoncer à la mise en œuvre de l'art. 23A al. 5 du Règlement relatif aux aides financières du service social du 17 décembre 1986, dans la mesure où cette disposition contraint les bénéficiaires de l'allocation de rentrée scolaire à n'utiliser celle-ci qu'auprès des commerces situés en Ville de Genève.

²⁶ Interventions de Mme Danièle Magnin et de M. Daniel Sormanni, p. 4206 et 4210 du Mémorial.

²⁷ Cf. ATF 125 I 209, consid. 6 b.

B 4	Bundesgericht Tribunal fédéral Tribunale federale
B 4	1. Extrait de l'arrêt fédéral du 6 mars 2017 dans la cause A SA et Municipalité de la Ville de Lausanne contre B. SA (recours en matière de droit public)

Extrait de l'arrêt 143 II 120 du 6 mars 2017 de la IIe Cour de droit public du Tribunal fédéral dans la cause A. SA. et Municipalité de la Ville de Lausanne contre B. SA (recours en matière de droit public)

Regeste

Art. 2 Abs. 7 BGBM; Art. 83 Bst. f BGG; Art. 50 BV; Verleihung des Rechts zur Ausübung eines Gemeindemonopols an ein Unternehmen privater Rechtsträgerschaft; Verhältnis zum öffentlichen Beschaffungsrecht; Gemeindeautonomie.

Verfahren über die Verleihung eines Monopolrechts im Sinne von Art. 2 Abs. 7 BGBM fallen nicht in den Anwendungsbereich von Art. 83 Bst. f BGG (E. 2.2).

Tragweite von Art. 2 Abs. 7 BGBM hinsichtlich der Bestimmungen des öffentlichen Beschaffungswesens über die Übertragung einer Konzession (E. 4-6).

Anwendung auf den konkreten Fall im Lichte der Gemeindeautonomie (E. 7).

Art. 2 al. 7 LMI; art. 83 let. f LTF; art. 50 Cst.; transmission de l'exploitation d'un monopole communal à une entreprise privée; relation avec les règles concernant les marchés publics; autonomie communale.

Les litiges concernant la transmission de l'exploitation de monopoles au sens de l'art. 2 al. 7 LMI ne sont pas soumis à l'art. 83 let. f LTF (consid. 2.2).

Portée de l'art. 2 al. 7 LMI par rapport au respect des règles sur les marchés publics en matière de transfert d'une concession (consid. 4-6).

Application au cas d'espèce au regard de l'autonomie communale (consid. 7).

Sachverhalt ab Seite 121 / Faits à partir de page 121

A. Le 19 août 2014, la Direction des travaux de la Municipalité de Lausanne (ci-après: la Municipalité) a lancé un appel d'offres pour renouveler la concession d'affichage sur le domaine public et privé de la commune de Lausanne. Le cahier des charges complétant l'appel d'offres fixait les droits et les obligations du futur concessionnaire et prévoyait que la durée de la concession était de cinq ans dès le 1^{er} janvier 2015. Il déterminait notamment les conditions requises pour soumissionner et les critères pour l'octroi de la concession.

Dans le délai prescrit, trois sociétés ont fait une offre, parmi lesquelles A. SA (ci-après: A.), dont le siège est à Zurich, et B. SA (ci-après: B.), dont le siège est à Hünenberg dans le canton de Zoug. Après plusieurs séances de clarification et de négociations avec la Direction, A. et B. ont complété leurs offres.

B. Par décision du 23 janvier 2015, la Municipalité a octroyé la concession à A. Le 25 février 2015, B. a recouru contre cette décision auprès de la Cour de droit administratif et public du Tribunal cantonal vaudois (ci-après: le Tribunal cantonal).

Par arrêt du 1^{er} septembre 2015, le Tribunal cantonal a admis le recours de B. et réformé la décision du 23 janvier 2015 dans le sens que la concession d'affichage sur les domaines public et privé de la commune de Lausanne est octroyée à B.

C.

C.a Cause 2C_880/2015

Contre cet arrêt, A. forme un recours en matière de droit public et un recours constitutionnel subsidiaire au Tribunal fédéral, dans lesquels elle conclut en substance à la réforme de l'arrêt attaqué dans le sens où la concession d'affichage sur les domaines public et privé de la Ville de Lausanne lui est attribuée. Subsidiairement, elle demande la réforme de l'arrêt entrepris, dans le sens du renvoi de la cause à la Ville de Lausanne pour qu'elle rende une nouvelle décision d'octroi de la concession d'affichage ou, plus subsidiairement encore, pour qu'elle entreprenne une nouvelle procédure d'appel d'offres relative à la concession d'affichage.

C.b Cause 2C_885/2015

Contre l'arrêt du 1^{er} septembre 2015, la Municipalité de Lausanne forme elle aussi un recours en matière de droit public et un recours constitutionnel subsidiaire au Tribunal fédéral, dans lesquels elle conclut en substance à la réforme de l'arrêt attaqué dans le sens où la décision rendue le 23 janvier 2015 est confirmée. Subsidiairement, elle demande le renvoi de la cause à elle-même pour qu'elle instruisse et prenne une nouvelle décision dans le sens des considérants et, plus subsidiairement encore, elle propose de renvoyer la cause au Tribunal cantonal pour qu'il instruisse et prenne une nouvelle décision dans le sens des considérants.

Le Tribunal fédéral a admis les recours en matière de droit public.
(résumé)

Erwägungen / Considérants

Extrait des considérants:

2. (...)

2.2 Se fondant sur l'art. 2 al. 7 de la loi fédérale du 6 octobre 1995 sur le marché intérieur (LMI; RS 943.02), l'intimée soutient que l'art. 83 let. f LTF est applicable à la présente cause. Cette disposition prévoit que le recours en matière de droit public n'est recevable contre les décisions en matière de marchés publics qu'à deux conditions, soit si la valeur du mandat à attribuer est supérieure ou égale aux seuils déterminants prévus à cet effet et si, cumulativement, la décision attaquée soulève une question juridique de principe (cf. ATF 138 I 143 consid. 1.1 p. 146).

2.2.1 La cause a pour objet la transmission d'une concession portant sur un monopole d'affichage et ne porte donc pas sur l'attribution d'un marché public (ATF 125 I 209 consid. 6b p. 212 ss), ce qui n'est du reste pas contesté. L'on ne se trouve en outre pas dans la situation où l'autorité aurait tenté, en subordonnant l'octroi de la concession litigieuse à des contre-prestations d'une certaine importance entrant dans la notion de marché public, de détourner les règles sur les marchés publics (ATF 135 II 49 consid. 4.4 p. 56). Dans ces circonstances, on ne se trouve donc pas dans un litige relevant directement de l'art. 83 let. f LTF.

2.2.2 Le fait que l'art. 2 al. 7 LMI renvoie à l'application de certaines règles relevant des marchés publics lors de la transmission de l'exploitation d'un monopole cantonal ou communal à des entreprises privées et que le litige concerne la portée de cette disposition ne change rien au fait que, matériellement, l'arrêt attaqué ne peut être qualifié, même indirectement ou partiellement, de décision en matière de marchés publics. L'application de l'art. 83 let. f LTF est donc exclue (NICOLAS F. DIEBOLD, Die öffentliche Ausschreibung als Marktzugangsinstrument, RDS 133/2014 I p. 219, 225; ETIENNE POLTIER, Droit des marchés publics, 2014, p. 117 ss).

Il convient à cet égard de préciser que la phrase, certes ambiguë, figurant à l'arrêt 2C_857/2012 du 5 mars 2013 consid. 1.4 in fine, que les deux auteurs précités mentionnent de manière critique, ne doit pas être interprétée comme soumettant à l'art. 83 let. f LTF les litiges concernant la transmission de l'exploitation de monopoles visés par l'art. 2 al. 7 LMI. Dans cette affaire, la cause relevait des marchés publics, comme le consid. 1.3 de l'arrêt 2C_857/2012 l'indiquait expressément, de sorte qu'elle tombait dans le champ d'application de l'art. 83 let. f LTF. C'est seulement en réponse à l'argumentation des recourantes, qui estimaient que, dans le cas d'espèce, les exigences de recevabilité prévues pour les marchés publics ne leur étaient pas opposables, en invoquant l'assujettissement du marché litigieux à l'art. 2 al. 7 LMI, que le Tribunal fédéral a souligné que cette dernière disposition ne permettait pas d'échapper aux exigences de l'art. 83 let. f LTF.

2.2.3 Il en découle qu'aucune des exceptions de l'art. 83 LTF n'est envisageable, de sorte que la voie du recours en matière de droit public est en principe ouverte. Par conséquent, dans la mesure où les recourantes ont formé, parallèlement à cette voie de droit, chacune un recours cons-

titutionnel subsidiaire, ceux-ci seront déclarés irrecevables (art. 113 LTF a contrario).

(...)

4.

4.1 Selon l'arrêt attaqué, la Municipalité de Lausanne a octroyé la concession à A., parce qu'elle avait obtenu de meilleurs résultats que B. pour différents critères qui peuvent se résumer comme suit. S'agissant des infrastructures (critère 2.1), la logistique et l'administration de A. étaient à Lausanne, alors que les locaux de B. se trouvaient regroupés à Crissier, de sorte que l'adjudication à cette dernière aurait pour conséquence de supprimer dix emplois sur le territoire de la commune de Lausanne. Pour le critère du développement durable (critère 4.1), B. n'était que partiellement équipée de véhicules écologiques, alors que l'ensemble du parc automobile de A. remplissait cette condition. S'agissant de la politique sociale (critère 4.2), A. accordait des primes à ses employés, mettait en oeuvre une politique globale de retraite anticipée à 62 ans ou après 30 ans de services, avait un taux de couverture de la caisse de pension supérieur à celui de B. et avait deux apprentis qui passaient par le site de Lausanne. En matière de tarifs proposés pour les surfaces d'affichage (critère 3), B. avait refusé de communiquer ses prix nets (avec les rabais effectifs). Le fait que le montant de la redevance (critère 1) offerte par B. soit supérieur à celui de A., n'a pas été tenu pour déterminant, dès lors que les prix offerts par les deux entreprises étaient largement supérieurs aux objectifs fixés par rapport à l'ancienne concession.

4.2 Le Tribunal cantonal a considéré qu'en attribuant, pour les motifs précités, la concession à A., la Municipalité de Lausanne avait abusé de son pouvoir d'appréciation. Les juges cantonaux ont écarté le critère 4.2 concernant la politique sociale, faute de base légale expresse dans la législation cantonale en matière de marchés publics. Au demeurant, comme rien n'indiquait que B. ne respecterait pas ses obligations légales et sociales comme l'imposait la réglementation cantonale sur les marchés publics, elle ne saurait être pénalisée parce que l'un de ses concurrents offrait des prestations sociales supérieures à ce que prévoyait la loi à ses employés. S'agissant du critère des apprentis, en lui-même admissible, il était arbitraire et discriminatoire de favoriser A. au motif que les apprentis séjournaient occasionnellement à Lausanne pendant leur formation professionnelle. En outre, favoriser un soumissionnaire, parce qu'il employait ses apprentis sur place constituait une discrimination de nature protectionniste. Concernant les infrastructures (critère 2.1), les juges ont considéré qu'il n'était pas admissible de favoriser les entreprises locales au détriment de celles installées à l'extérieur du territoire communal; de plus, la faible distance entre Lausanne et Crissier n'était pas de nature à modifier la qualité des prestations demandées. Quant à la perte d'emplois estimée à 10 postes, elle était inexacte, car il découlait des documents que c'était l'octroi de la concession à A. qui coûterait 10 postes de travail et non l'inverse. Au demeurant, cette perte serait contrebalancée, car l'adjudication à B. permettrait d'engager dix personnes supplémentaires. Enfin, si le critère déterminant était le domicile de

l'entreprise concessionnaire, il s'agissait d'un critère protectionniste proscrit par l'art. 2 al. 7 LMI.

Concernant le développement durable (critère 4.1), l'adjudicataire utilisait des véhicules écologiques, mais B. s'était engagée à acquérir 5 véhicules écologiques sur un total de 8, de sorte que la différence était faible entre les deux entreprises. Quant à la publication d'un rapport environnemental annuel, garantie par A., mais dont on ne savait rien du contenu, elle était anecdotique.

Enfin, s'agissant des tarifs proposés pour les surfaces d'affichage (critère 3), la Municipalité ne pouvait reprocher à B. de ne pas avoir détaillé son tarif après rabais, car cette exigence ne résultait pas du cahier des charges. La question avait certes été abordée lors d'une séance de négociation en octobre 2014 et B. avait expliqué que, pratiquant une politique de prix élevés, elle n'accordait pas facilement des rabais et elle n'entendait pas les communiquer. Il aurait appartenu à l'autorité communale de demander des précisions à ce sujet. Partant, aucune différence dans la présentation des tarifs proposés justifiait de tenir l'une de ces offres pour meilleure que l'autre.

Le Tribunal cantonal en a déduit que, sur les huit critères d'évaluation retenus par la Municipalité, le critère lié à la politique sociale (4.2) n'était pas admissible. Les deux offres étaient équivalentes pour les critères de l'infrastructure (2.1), de l'expérience (2.2), des tarifs (3), du respect du cahier des charges (5) et des projets d'évolution du réseau (6). Sous l'angle du critère de la redevance (1), l'offre de la recourante était la meilleure, alors que celle de l'adjudicataire l'emportait sur le développement durable (4.1). D'un point de vue global, compte tenu du fait que le renouvellement de la concession visait principalement à préserver les intérêts patrimoniaux de la collectivité, il se justifiait d'octroyer la concession au soumissionnaire offrant la redevance la plus élevée, à qualité de prestations égale. En l'occurrence, B. l'emportait sur A., l'écart quant au développement durable n'étant pas décisif.

5.

5.1 Tant la Municipalité que A. critiquent cette évaluation. Les recourantes reprochent en premier lieu au Tribunal cantonal d'avoir procédé à une interprétation erronée de l'art. 2 al. 7 LMI et, partant, d'avoir arbitrairement fait application des dispositions cantonales sur les marchés publics lors de l'examen des critères d'évaluation, en particulier s'agissant des critères sociaux. En second lieu, elles font grief aux juges cantonaux de ne pas s'être contentés de vérifier l'appréciation des critères par la Municipalité, mais d'avoir procédé à leur propre appréciation, versant ainsi dans l'arbitraire et violant l'autonomie communale.

5.2 Il convient, dans un premier temps, d'examiner dans quelle mesure le Tribunal cantonal pouvait appliquer les principes résultant des marchés publics à la présente procédure (cf. infra consid. 6). Dans un second temps, il s'agit de vérifier, en tenant compte de la réponse donnée à la première question, si, dans son résultat, l'appréciation globale des juges, qui les a conduits à annuler le choix de la Municipalité au profit de l'entreprise que celle-ci avait écartée, procède d'un excès ou d'un abus

et porte atteinte à l'autonomie communale (cf. infra consid. 7).

6. Le litige concerne le transfert d'une concession portant sur le monopole d'affichage sur les domaines public et privé appartenant à la commune recourante. Comme déjà indiqué (cf. supra consid. 2.2.1), l'octroi d'une telle concession n'entre pas dans la notion de « marché public » (ATF 125 I 209 consid. 6b p. 212) et rien n'indique l'existence de règles de droit cantonal prévoyant un champ d'application subjectif du droit des marchés publics plus étendu (cf. ATF 142 II 369 consid. 4 p. 380 s.). En outre, l'on ne se trouve pas dans une situation où la présence de prestations annexes indissociables de la concession ferait craindre un détournement des règles sur les marchés publics, justifiant de les appliquer in extenso pour ce motif (cf. ATF 135 II 49). En revanche, il convient de déterminer dans quelle mesure l'art. 2 al. 7 LMI, dont il n'est à juste titre pas contesté que le transfert du monopole d'affichage litigieux tombe dans le champ d'application (cf. DENIS ESSEIVA, Mise en concurrence de l'octroi de concessions cantonales et communales selon l'art. 2 al. 7 LMI, DC 2006 p. 203), impose le respect strict des règles concernant les marchés publics.

6.1 L'art. 2 al. 7 LMI a la teneur suivante: *la transmission de l'exploitation d'un monopole cantonal ou communal à des entreprises privées doit faire l'objet d'un appel d'offres et ne peut discriminer des personnes ayant leur établissement ou leur siège en Suisse.*

6.2 La jurisprudence a jusqu'à présent laissé indécise la question de la portée de cette disposition (ATF 135 II 49 consid. 4.1 p. 52; arrêt 2C_167/2012 du 1^{er} octobre 2012 consid. 5, in SJ 2013 I p. 341). Dans l'ATF 135 II 49 précité, la Cour de céans a toutefois souligné que, selon la doctrine, il semblait que la procédure d'appel d'offres à laquelle l'art. 2 al. 7 LMI fait référence n'ait pas pour conséquence de subordonner l'octroi des concessions de monopole cantonal ou communal à l'ensemble de la réglementation applicable en matière de marchés publics et que ne sont visées par cette disposition que certaines garanties procédurales minimales, comme celles énoncées à l'art. 9 al. 1 et 2 LMI concernant les voies de droit (cf. l'abondante doctrine citée in ATF 135 II 49 consid. 4.1 p. 52; voir aussi, concernant une concession d'usage privatif des eaux publiques, ATF 142 I 99 consid. 2.2.3 p. 109 ss).

6.3 La position évoquée dans l'arrêt 135 II 49 précité peut être suivie.

6.3.1 Elle est conforme au texte de l'art. 2 al. 7 LMI, qui limite expressément l'application du droit des marchés publics à la concession de monopoles cantonaux et communaux à certains aspects seulement. En introduisant cette disposition, lors de la révision de la LMI de 2005 entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2006 (RO 2006 2363, 2366), le législateur a cherché à créer une concurrence et une transparence lors du transfert des concessions de monopole cantonal ou communal; toutefois, pour des motifs constitutionnels (cf. art. 94 al. 4 Cst.), il a précisé qu'il ne s'agissait pas pour autant de durcir leurs conditions de mise en oeuvre telles que reconnues jusqu'alors par la jurisprudence du Tribunal fédéral (cf. Message du 24 novembre 2004 relatif à la révision de la loi sur le marché intérieur, FF 2005 421, 431 s.). En introduisant

l'obligation de recourir à un appel d'offres, le législateur a ainsi cherché à faciliter, voire garantir un accès au marché non discriminatoire et transparent lors des transferts de tels monopoles, tout en respectant la compétence constitutionnelle des cantons et des communes en matière d'activités économiques à caractère monopolistique (cf. FF 2005 421, 436). Il a été souligné qu'il appartenait aux autorités concernées de fixer les modalités de l'appel d'offres, les règles d'attribution des marchés publics pouvant être appliquées par analogie (cf. FF 2005 421, 441). L'idée du législateur n'était donc pas d'imposer le respect de toutes les obligations du droit des marchés publics en matière d'appel d'offres portant sur le transfert d'une concession de monopole cantonal ou communal, mais de permettre aux autorités compétentes de s'en inspirer, dans le respect des particularités propres aux activités monopolistiques.

6.3.2 Cette tendance à limiter à l'essentiel l'application du droit des marchés publics aux concessions de monopole cantonal ou communal, en tous les cas lorsqu'elles portent, comme en l'espèce, sur des activités commerciales, se manifeste également dans la modification du droit des marchés publics actuellement en cours. Celle-ci vise à transposer dans la législation suisse l'Accord GATT/OMC du 15 avril 1994 sur les marchés publics (AMP; RS 0.632.231.422) révisé le 30 mars 2012 et à harmoniser autant que possible les législations fédérale et cantonales en matière de marchés publics. Elle concerne à la fois la loi fédérale du 16 décembre 1994 sur les marchés publics (LMP; RS 172.056.1) et l'Accord intercantonal du 25 novembre 1994 sur les marchés publics (AIMP; RSV 726.91). La première version du projet de loi fédérale prévoyait l'application du droit des marchés publics à toutes les catégories de concessions, ce qui aurait conduit à la suppression de l'art. 2 al. 7 LMI. Les oppositions soulevées ont entraîné le maintien, dans la nouvelle version du projet, de la règle figurant à l'art. 2 al. 7 LMI pour le transfert de monopoles cantonaux et communaux portant sur des activités commerciales, seules les concessions portant sur des tâches de droit public étant désormais assujetties au droit des marchés publics (cf. art. 8 al. 2 du projet de révision de la LMP soumis à la procédure de consultation du 1^{er} avril 2015 au 1^{er} juillet 2015 [consultable en ligne à l'adresse suivante: www.bkb.admin.ch/bkb/fr/home/oeffentliches-beschaffungswesen/revision-des-beschaffungsrechts.html]; Rapport explicatif du DFF « Révision de la loi fédérale sur les marchés publics » du 1^{er} avril 2015 [consultable en ligne à l'adresse suivante: www.efd.admin.ch/efd/fr/home/dokumentation/nsb-news_list.msg-id-56757.html], p. 29s.; ETIENNE POLTIER, Nouvelle délimitation du champ d'application objectif du droit des marchés publics dans la révision en cours, Jusletter 18 mai 2015 n. 2 s., 26, 31 s. et 48). Le projet de modification de l'AIMP ne couvre pas, pour sa part, les concessions sans rapport avec des tâches publiques ni les concessions de monopoles ou de services publics, car le droit des marchés publics, qui met l'accent sur la concurrence et l'efficacité, n'offre pas dans tous les cas un cadre idéal pour l'attribution d'une concession (Rapport explicatif de l'Autorité intercantonale pour les marchés publics du 18 septembre 2014 concernant la Modification de l'AIMP [consultable en ligne à l'adresse

suivante: www.dtap.ch/fr/dtap/concordats/aimp/p-aimp/], p. 17).

6.3.3 Pour définir la portée de l'art. 2 al. 7 LMI, il convient de ne pas perdre de vue la position intrinsèquement différente de l'autorité lors de la passation d'un marché public par rapport à celle exercée lors du transfert d'un monopole. Contrairement au marché public dans lequel la collectivité publique, endossant le rôle de "consommateur", acquiert auprès d'une entreprise privée, en contre-partie du paiement d'un prix, une prestation dont elle a besoin pour exécuter ses tâches publiques (ATF 141 II 113 consid. 1.2.1 p. 117; ATF 125 I 209 consid. 6b p. 212 s.), l'attribution d'une concession de monopole cantonal ou communal implique que l'autorité concédante se trouve dans un rôle « d'offreur » ou de « vendeur », puisqu'elle cède, moyennant une redevance et diverses prestations annexes, le droit d'utiliser le domaine public à des fins commerciales (ATF 135 II 49 consid. 4.2 p. 53; ATF 125 I 209 consid. 6b p. 213). Il n'y a pas de droit à l'obtention d'une concession de monopole, car la collectivité publique reste libre d'exercer elle-même l'activité en cause (cf. ATF 142 I 99 consid. 2.2.1 p. 108 s.; ATF 128 I 3 consid. 3b p. 11). Ces différences justifient de laisser à la collectivité publique une plus grande liberté qu'en matière de marchés publics dans le choix des critères à remplir par le concessionnaire et des conditions qu'elle peut lui imposer dans l'exercice du monopole.

6.4 Encore faut-il se demander ce que cette approche signifie concrètement dans l'interprétation de l'art. 2 al. 7 LMI.

6.4.1 Cette disposition impose deux exigences découlant du droit des marchés publics à la transmission de l'exploitation d'un monopole cantonal ou communal: un appel d'offres et l'interdiction de discriminer des personnes ayant leur établissement ou leur siège en Suisse. La mise en place d'un appel d'offres implique certaines obligations procédurales. La collectivité publique doit non seulement organiser une procédure permettant aux entreprises privées intéressées par l'exploitation dudit monopole de déposer une offre, mais aussi attribuer la concession par le biais d'une décision contre laquelle des voies de droit doivent être ouvertes; quant à l'interdiction de discriminer, elle s'applique non seulement à la procédure d'appel d'offres stricto sensu, mais aussi à la détermination des critères de sélection et au choix du concessionnaire; elle impose aussi le respect du principe de transparence, qui est son corollaire (cf. en ce sens POLTIER, Droit des marchés publics, op. cit., p. 118; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3e éd. 2013 n. 212 p. 90 s.; MARTIN BEYELER, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts, 2012, n. 791 ss p. 379 ss, n. 814 ss p. 396 ss; REY/WITTWER, Die Ausschreibungspflicht bei der Übertragung von Monopolen nach revidiertem Binnenmarktgesetz, PJA 2007 p. 585, 591 s.).

6.4.2 Pour déterminer si concrètement une collectivité publique s'est conformée aux exigences de l'art. 2 al. 7 LMI lors du transfert d'une concession de monopole cantonal ou communal, il ne faut cependant pas, contrairement à la position soutenue par la Comco, s'en tenir

exclusivement à une approche économique relevant des marchés publics.

Comme indiqué précédemment, il convient de tenir compte des spécificités propres à l'octroi d'une concession de monopole cantonal ou communal, en particulier de la plus grande liberté qui doit être laissée à la collectivité publique par rapport à la passation d'un marché public, lorsqu'elle choisit de céder un droit qui lui appartient, de nature commerciale et qui s'exerce sur le domaine public (cf. BEYELER, op. cit., n. 795 p. 382 ss). La collectivité publique peut ainsi mettre en place sa propre procédure d'appel d'offres (DIEBOLD, op. cit., p. 224 s.), qui n'a pas à être aussi formaliste qu'en matière de marchés publics (DANIEL KUNZ, Die Konzessionserteilung, in Die Konzession, Häner/Waldmann [éd.], 2011, p. 27 ss, notamment p. 42 et 48). Précisons qu'il n'y a pas lieu de trancher ici le point de savoir si et à quelles conditions la collectivité peut renoncer à un appel d'offres (controversé en doctrine, cf. à ce sujet ESSEIVA, op. cit., p. 204 s.), car cette procédure a été mise en place en l'espèce.

La perspective visée lors du transfert de la concession va en outre au-delà de la seule mise en concurrence du caractère économique de la prestation offerte qui régit les marchés publics, car l'octroi d'une concession de monopole autorise les cantons et les communes à prendre en compte des intérêts publics plus larges (ESSEIVA, op. cit., p. 205 s.; ETIENNE POLTIER, in Commentaire romand, Droit de la concurrence, 2e éd. 2013, n° 71 ad art. 2 al. 7 LMI p. 1904); le caractère économique n'est donc pas nécessairement prépondérant (MARC-OLIVIER BESSE, L'investissement du délégataire, in La délégation d'activités étatiques au secteur privé, Favre/Martenet/Poltier [éd.], 2016, p. 67 ss, notamment p. 105). Il en découle que, pour choisir le concessionnaire, la collectivité publique doit pouvoir s'écarter du critère de l'offre économiquement la plus favorable pour s'appuyer sur des considérations poursuivant d'autres intérêts publics (cf. POLTIER, Droit des marchés publics, op. cit., p. 118; DUBÉY/ZUFFEREY, Droit administratif général, 2014, n. 1435 p. 507). Il faut toutefois que les choix opérés respectent les principes de non-discrimination et de transparence, ce qui signifie que toutes les entreprises concernées doivent pouvoir déposer une offre avec les mêmes chances et voir évaluer celle-ci en toute transparence et impartialité (FRANÇOIS BELLANGER, Marchés publics et concessions?, in Marchés publics, Zufferey/Stöckli [éd.], 2012, p. 167 ss, notamment p. 199 et 201).

6.5 Eu égard à ce qui précède, il convient de vérifier si, dans le cas d'espèce, l'arrêt attaqué a donné à l'art. 2 al. 7 LMI une portée qui tient compte des spécificités propres au transfert d'une concession de monopole communal d'affichage.

6.5.1 Le Tribunal cantonal a adopté une position paradoxale qui n'a pas manqué d'être mise en évidence par les recourantes. En effet, après avoir indiqué que l'approche en matière de concession était différente de celle des marchés publics, notamment s'agissant des intérêts publics poursuivis, les juges cantonaux ont examiné le bien-fondé des critères utilisés et leur appréciation par la Municipalité sur la base des règles en matière de marchés publics concrétisées par le droit cantonal. Cela les

a conduits à exclure le critère de politique sociale, au motif qu'il n'avait pas de lien avec l'objet de la concession, et à rejeter plusieurs critères au motif qu'ils étaient protectionnistes (localisation des entreprises, emploi des apprentis sur place et maintien de places de travail sur le territoire communal).

6.5.2 En ce qui concerne l'admissibilité des critères sociaux, on a vu que la collectivité publique est en droit, lorsqu'elle choisit un concessionnaire pour lui confier un monopole cantonal portant sur une activité commerciale, de ne pas se limiter à des considérations relevant de l'intérêt économique, qui sont à la base des marchés publics, mais de poursuivre d'autres intérêts publics (cf. supra consid. 6.4.2). Il doit ainsi lui être loisible, pour attribuer la concession, de se fonder sur des critères de nature sociale ou environnementale, qui ne sont pas directement en lien avec le domaine auquel le monopole est rattaché (BESSE, op. cit., p. 105; PIERRE MOOR, Droit administratif, vol. III, 1992, p. 126 s.) et qui ne seraient pas admissibles, en l'absence de base légale expresse (ATF 140 I 285 consid. 7 p. 300 ss), dans le domaine des marchés publics (cf. pour plus de précisions sur l'admissibilité de tels critères en matière de marchés publics: ATF 140 I 285). L'idée est qu'en cédant un droit relevant de son monopole, le canton ou la commune peut exiger en contrepartie des prestations d'intérêt public (POLTIER, op. cit., n° 73 ad art. 2 al. 7 LMI p. 1904).

Partant, on ne voit pas que l'on puisse reprocher à la Municipalité d'avoir pris en considération la politique sociale des deux sociétés en cause et donné la préférence à A., en raison des primes offertes et de ses prestations de retraite anticipée, ainsi que de sa meilleure couverture de caisse de pension. Le fait qu'il n'y ait pas de lien direct avec l'affichage et que de tels critères ne seraient en principe pas admissibles en application des règles régissant les marchés publics à défaut de base légale n'y change rien. C'est donc à tort que l'arrêt attaqué a refusé de tenir compte des critères sociaux qui favorisaient A. Il convient de préciser qu'il n'est pas contesté que ces critères ont été formulés dans le respect des principes d'égalité de traitement et de transparence.

6.5.3 S'agissant de l'exclusion de critères protectionnistes, la non-discrimination des personnes ayant leur établissement ou leur siège en Suisse, que l'art. 2 al. 7 LMI réserve expressément (cf. supra consid. 6.4.1), interdit de procéder à des discriminations au détriment des seuls offreurs externes (MARTENET/TERCIER, in Commentaire romand, Droit de la concurrence, 2e éd. 2013, n° 74 ad Intro. LMI p. 1832); la collectivité publique qui transfère une concession ne peut donc pas poser des exigences qui excluraient d'emblée la participation d'entités disposant d'un établissement ou d'un siège en Suisse, mais qui ne seraient pas situées sur le territoire du canton ou de la commune concernée (POLTIER, op. cit., n° 68 ad art. 2 al. 7 LMI p. 1903). En revanche, comme la collectivité cède un droit, elle peut exiger des contre-parties relevant de son propre intérêt public. Partant, elle peut subordonner le transfert de la concession à la création d'un certain nombre d'emplois sur le territoire cantonal ou communal (cf. en ce sens POLTIER, op. cit., n° 73 ad art. 2 al. 7 LMI p. 1904), tant qu'elle n'exclut pas d'emblée les offreurs extérieurs qui n'ont pas encore créé de tels emplois.

En l'espèce, en ce qui concerne les apprentis, on ne voit pas qu'en donnant la préférence à A. parce que deux apprentis engagés par celle-ci passaient par le site de Lausanne, alors que tel n'était pas le cas de la recourante, la Municipalité ait posé un critère protectionniste. En effet, s'agissant d'une activité qui, par définition, devait s'exercer sur le territoire de la commune, le fait que des apprentis y soient occupés pouvait être réalisé tant par A. que par B. En revanche, le Tribunal cantonal peut être suivi lorsqu'il reproche à la Municipalité d'avoir retenu, en lien avec le critère des infrastructures (2.1), de manière discriminatoire et protectionniste l'existence d'un pôle centralisé à Lausanne en faveur de A., alors que B. était implantée à quelques kilomètres, dans la commune voisine de Crissier; ce critère discrimine en effet les entreprises ou établissements suisses qui ne sont pas situés dans la commune. Toujours en lien avec le critère des infrastructures, l'arrêt attaqué retient aussi un aspect protectionniste dans le fait que la Municipalité a constaté que dix places de travail sur le territoire communal seraient supprimées en cas d'octroi de la concession à B. Il n'y a toutefois pas lieu d'examiner plus avant si cet aspect est ou non de nature protectionniste, dès lors que, selon les faits constatés dans l'arrêt attaqué, dont les recourantes ne démontrent pas qu'ils seraient arbitraires et qui partant lient la Cour de céans (art. 105 al. 1 LTF), cette constatation est inexacte et le critère partant inopérant.

6.6 En résumé, l'arrêt attaqué a fait une fausse application de l'art. 2 al. 7 LMI en écartant les critères sociaux, y compris l'occupation des apprentis, retenus par la Municipalité de Lausanne en faveur de A. Il s'agit de critères dont l'autorité publique pouvait tenir compte sans base légale explicite s'agissant non pas d'un marché public, mais du transfert d'une concession de monopole d'affichage communal.

7. Encore faut-il, pour que cette violation du droit entraîne l'admission des recours, qu'il apparaisse que, dans son résultat, l'appréciation générale du Tribunal cantonal selon laquelle la concession devait être attribuée à B. et non pas à A., contrairement à ce qu'avait retenu la Municipalité de Lausanne, procède d'un excès du pouvoir d'appréciation et porte une atteinte inadmissible à l'autonomie communale. Les recourantes invoquent dans ce contexte une application arbitraire des art. 90 et 98 de la loi vaudoise du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative (LPA/VD; RSV 173.36) et une violation des articles 50 Cst. et 137 Cst./VD.

7.1 Les privés peuvent invoquer l'autonomie communale (art. 50 Cst.), dans la mesure où cette garantie peut avoir un effet sur leur situation juridique ou de fait (ATF 141 I 36 consid. 1.2.4 p. 40 s.), ce qui est le cas de A. Au demeurant, ce grief est de toute façon soulevé de façon recevable (art. 106 al. 2 LTF; cf. consid. 2.3 et 3.2 non publiés) par la Municipalité de Lausanne. Quant à l'art. 98 de la LPA/VD, disposition qui s'applique aux recours en matière de droit administratif devant le Tribunal cantonal, les recourantes peuvent parfaitement se plaindre d'une application arbitraire de cette disposition, ce qu'elles font du reste de manière recevable, n'en déplaise à l'intimée.

7.2 Selon l'art. 50 al. 1 Cst., l'autonomie communale est garantie dans les limites fixées par le droit cantonal. Ce principe est repris à l'art. 137 Cst./VD, dont il n'apparaît pas qu'il offrirait une protection supérieure à la Constitution fédérale, ce que les recourantes n'indiquent pas non plus (cf., concernant le canton de Genève, ATF 140 I 285 consid. 4.1 p. 292). Comme il a déjà été souligné, les communes possèdent, dans les limites fixées par l'ordre juridique et en particulier le droit cantonal, une grande liberté de décision s'agissant de la gestion des concessions de monopoles dont elles disposent (cf. ATF 142 I 99 consid. 2.4.4 p. 113 et la référence à DUBEY/ZUFFEREY, op. cit., n. 1431 s. p. 505 s.).

Lorsqu'elle est reconnue autonome dans un domaine spécifique, une commune peut dénoncer tant les excès de compétence d'une autorité cantonale de recours que la violation par celle-ci des règles du droit fédéral, cantonal ou communal qui régissent la matière. Si elle substitue son pouvoir d'appréciation à celui de l'autorité communale compétente, l'autorité judiciaire juge en opportunité, ce qui est interdit par l'art. 98 LPA/VD (cf. ATF 141 II 353 consid. 3 p. 362 s.). Comme il a déjà été souligné en matière de marchés publics, si l'autorité judiciaire s'immisce de façon indue dans la liberté de décision appartenant au pouvoir adjudicateur, ce qui est le cas si elle substitue sa propre appréciation à celle d'une commune dans l'adjudication d'un marché public, elle viole aussi la liberté de décision qui fait partie de l'autonomie communale (cf. ATF 140 I 285 consid. 4.1 et 4.2 p. 292 s.; ATF 138 I 143 consid. 3 p. 150). L'autorité judiciaire ne peut donc intervenir qu'en cas d'abus ou d'excès du pouvoir de décision de l'adjudicateur (ATF 141 II 353 consid. 3 p. 363 et les références citées). Ces principes s'appliquent a fortiori lorsqu'une commune transfère une concession de monopole lui appartenant, puisqu'elle jouit en cette matière d'une liberté de décision qui est supérieure à celle dont elle dispose en matière de marchés publics (cf. supra consid. 6.3.3).

7.3 En l'espèce, pour parvenir à la conclusion que l'attribution à A. devait être annulée au profit de B., le Tribunal cantonal a procédé à sa propre appréciation de l'ensemble des critères pris en compte par la Municipalité de Lausanne et s'est distancié de l'évaluation initiale sur plusieurs points. Comme on vient de le voir, un tel procédé n'est admissible qu'à la condition qu'il apparaisse que l'appréciation de la collectivité publique violait le droit ou était excessive ou abusive.

7.3.1 Si l'on prend les critères individuellement, il apparaît que c'est en violation du droit que le Tribunal cantonal a écarté les critères sociaux (critère 4.2) qui plaident en faveur de A. (cf. supra consid. 6.5.2). En revanche, en lien avec l'interdiction de la discrimination, on ne peut lui reprocher d'avoir relativisé l'avantage accordé à A. sous l'angle du critère des infrastructures (critère 2.1), l'exigence d'un pôle centralisé à Lausanne étant discriminatoire; enfin, le maintien de dix postes de travail reposait sur une constatation erronée (cf. supra consid. 6.5.3).

7.3.2 Hormis ces aspects, l'instance précédente a procédé à sa propre appréciation de l'ensemble des autres critères retenus, sans mettre en évidence un abus ou un excès dans l'appréciation faite par la Municipalité. La

position de l'arrêt attaqué en lien avec le critère des tarifs proposés pour les surfaces d'affichage (critère 3) est à cet égard révélatrice. Les juges cantonaux ont considéré que la Municipalité ne pouvait préférer l'offre de A. par rapport au critère des tarifs proposés, au motif que B. avait refusé, contrairement à A., de communiquer ses prix nets après rabais. Or, il ressort de l'arrêt attaqué que la Municipalité avait expressément invité B. à compléter son offre sur ce point le 10 novembre 2014, indiquant que cette information (prix nets après rabais) lui était indispensable et qu'à défaut elle serait dans l'impossibilité d'apprécier concrètement la redevance prévisible. B. s'y est refusée le 24 novembre 2014, expliquant pourquoi elle n'entendait pas donner ces chiffres. On ne voit manifestement pas que l'appréciation de la Municipalité, donnant la préférence pour ce critère à A., qui lui avait fourni les informations requises, serait abusive. L'arrêt attaqué ne le démontre pas, mais relève seulement que l'appréciation de l'intimée « ne peut être partagée ». Ce faisant, le Tribunal cantonal juge en opportunité, ne respecte pas la liberté dont jouit la commune et porte atteinte à son autonomie.

7.3.3 La même conclusion peut être tirée de l'appréciation globale du Tribunal cantonal. En effet, selon sa propre évaluation (qui fait abstraction - à tort - des critères sociaux), l'instance précédente aboutit au résultat que les deux offres sont à peu près équivalentes. En pareilles circonstances, le choix de la collectivité publique pour l'une ou l'autre offre ne peut, par définition, être le résultat d'un excès ou d'un abus de son pouvoir d'appréciation, de sorte qu'il doit être confirmé. En s'en écartant, donnant plus d'importance à un critère d'évaluation (en l'occurrence le prix offert) par rapport à d'autres critères d'intérêt public, l'autorité judiciaire a procédé à une application arbitraire de l'art. 98 LPA/VD et a violé la garantie constitutionnelle de l'autonomie communale. Cette conclusion est encore renforcée si l'on y ajoute que A. l'emporte sur les critères sociaux par rapport à B.

7.4 Compte tenu de ce qui précède, les recours en matière de droit public doivent être admis, l'arrêt attaqué annulé et la décision du 23 janvier 2015 attribuant la concession à A. confirmée. (...)

B 4

2. Urteil vom 9. Oktober 2017 Eidgenössisches Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung gegen Koch Group AG (unzulässige Wettbewerbsabrede)

Urteil 2C_1017/2014 vom 9. Oktober 2017 II. Öffentlich-rechtliche Abteilung des Bundesgerichts – Verfahrensbeteiligte Eidgenössisches Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung in Bern, Beschwerdeführer, gegen KOCH Group AG Wallisellen, in Wallisellen, Beschwerdegegnerin, vertreten durch [...], Wettbewerbskommission WEKO, in Bern. Gegenstand: Unzulässige Wettbewerbsabrede, Beschwerde gegen das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts, Abteilung II, vom 23. September 2014 (B-8430/2010).

Sachverhalt:

A.

Die Paul Koch AG, Wallisellen (Koch AG), ist die grösste Händlerin für Fenster- und Fensterüberschläge in der Schweiz. Sie vertreibt beinahe ausschliesslich Siegenia-Beschläge. Nur auf Wunsch von Kunden werden auch Produkte anderer Hersteller geliefert.

Unter Fenster- und Fensterüberschlägen werden alle mechanischen Teile verstanden, welche Fensterflügel und -rahmen verbinden und die Öffnungs- Schliessfunktion eines Fensters oder einer Fenstertüre steuern. Für die Herstellung eines Beschlags werden vorwiegend nichtrostende metallische Stoffe wie Stahl, Zamak und Aluminium eingesetzt. Fenster- und Fensterüberschläge umfassen sämtliche Beschlagskomponenten, die Fenster und Fenstertüren funktionsfähig machen.

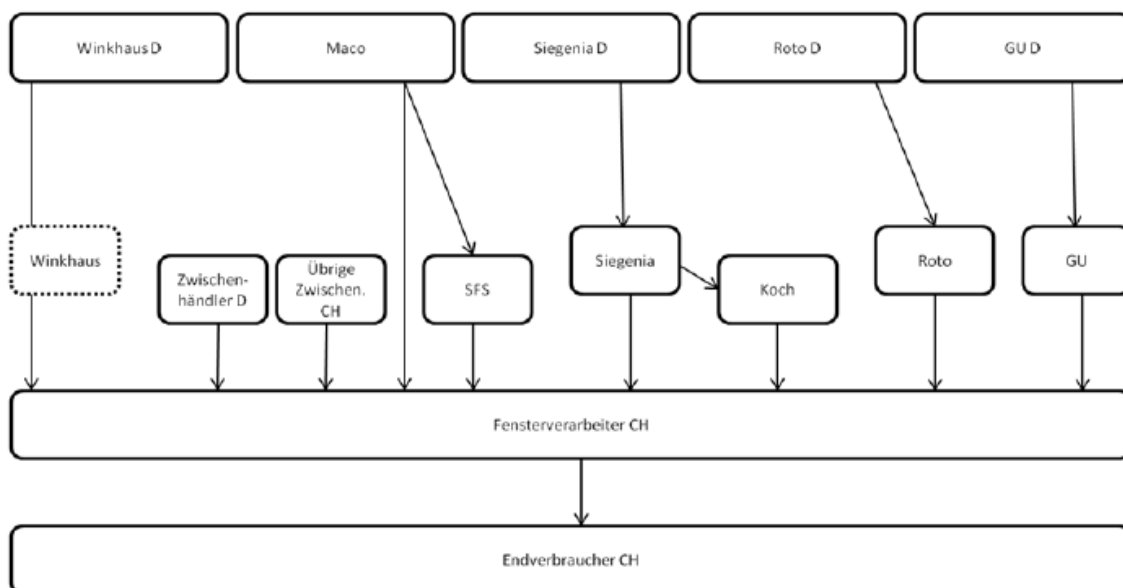
Die führenden Hersteller von Fenster- und Fensterüberschlägen sind die Roto Frank AG, Leinfelden-Echterdingen, Deutschland (Roto D), Siegenia, Deutschland (D), Winkhaus GmbH & Co. KG, Telgte, Deutschland (Winkhaus), die Gretsch-Unitas GmbH, Ditzingen,

Deutschland (GU D), und die Mayer & Co Beschläge GmbH, Salzburg (Maco). Auf die fünf ausländischen Hersteller von Baubeschlägen entfällt nahezu der gesamte schweizerische Markt für Fenster- und Fensterüberschläge. Neben den genannten Herstellern gibt es europaweit nur noch wenige weitere Hersteller von Fenster- und Fensterüberschlägen. Diese sind jedoch ausserhalb der Schweiz geschäftstätig.

Die Hersteller Roto D und GU D vertreiben ihre Produkte über eigene, in der Schweiz domizilierte Tochtergesellschaften, Winkhaus über eine Zweigniederlassung. Diese sog. Vertriebsgesellschaften wiederum beliefern sowohl kleinere Zwischenhändler (z.B. Rudolf Geiser AG, Immer AG, Fritz Blaser & Cie. AG) als auch Fensterverarbeiter direkt. Andere Hersteller vertreiben ihre Produkte über Schweizer Grosshändler, die wiederum sowohl kleinere Zwischenhändler als auch Fensterverarbeiter direkt beliefern. Diese Vertriebsform wird beispielsweise von Maco über SFS unimarket AG, Herrbrugg (SFS), als Grosshändlerin praktiziert.

Siegenia D organisiert ihren Vertrieb grundsätzlich über ihre Tochtergesellschaft Siegenia Schweiz. Siegenia Schweiz wiederum vertreibt die Produkte schwergewichtig über den Grosshändler Koch AG, der an kleinere Zwischenhändler und Fensterverarbeiter verkauft. Daneben hat Siegenia Schweiz drei Kunden, die sie selbst direkt beliefert. Die Vorgehensweise von Siegenia D stellt somit eine Mischform der beiden oben beschriebenen Vertriebsarten dar.

Graphisch lässt sich das wie folgt darstellen (Graphik aus der Verfügung der WEKO vom 18. Oktober 2010, in: RPW 2010, S. 717 ff., 718):



Quelle: Angaben der Parteien

Vereinzelt beliefern auch in Deutschland ansässige Zwischenhändler Fensterverarbeiter in der Schweiz. Zudem kommt es vor, dass Händler einander gegenseitig beliefern.

Der Handel mit Baubeschlägen in der Schweiz erfolgt auf verschiedenen Stufen: Einer ersten Stufe sind Händler (sog. Direkteinkäufer) zuzuordnen, welche Baubeschläge direkt von einem Hersteller beziehen und – entweder an einen Fensterverarbeiter oder an einen weiteren Händler – weiterverkaufen; auf der zweiten Stufe sind diejenigen Händler einzuordnen, welche die Baubeschläge von einem anderen Händler beziehen und weiterverkaufen (Zwischenhändler).

Fensterverarbeiter erhalten in der Regel Preislisten von ihren Bezugsquellen. Auf den darauf enthaltenen Bruttopreisen werden einzelnen Fensterverarbeitern jeweils mehr oder weniger grosse Rabatte gewährt.

Preiserhöhungen werden auf unterschiedliche Art und Weise vorgenommen: In der Regel wird die Preisbasis, namentlich der Einkaufspreis, erhöht, indem sie von den Herstellern mit einem Materialteuerungszuschlag (nachfolgend: MTZ) versehen wird. Vereinzelt bleibt die Preisbasis unverändert, und die Preiserhöhung erfolgt mittels individueller, mit den einzelnen Kunden verhandelter Rabattanpassungen.

B.

In den Jahren 2004 und 2006/2007 kam es aufgrund gestiegener Stahl-, Zink- und Aluminiumpreise zu Preiserhöhungen der Hersteller. In der Folge sanktionierte die Europäische Kommission am 28. März 2012 neun Hersteller von Fensterbeschlägen für wettbewerbswidrige Abreden in Form einer horizontalen Preisabsprache in der Zeitspanne von November 1999 bis Juli 2007 mit einer Geldbusse von 86 Mio. Euro (vgl. http://europa.eu/rapid/press-release_IP-12-313_de.htm, S. 167 f.); infolge Rückzug der Klagen sind diese Sanktionierungen in der Zwischenzeit rechtskräftig (vgl. z.B. Beschluss des Präsidenten der dritten Kammer des Gerichts vom 10. November 2014 T-257/12, *Siegenia-Aubi KG, Noraa GmbH*, vom 4. Februar 2015 T-252/12, *Gretsch-Unitas GmbH, Gretsch-Unitas GmbH Baubeschläge*).

Die ausländischen Hersteller von Fensterbeschlägen hatten danach auch Preiserhöhungen für die Schweiz beschlossen. Zwecks Umsetzung der Preiserhöhungen für das Jahr 2007 lud die Koch AG mit E-Mail vom 7. September 2006 Siegenia, die Roto Frank AG, Dietikon (Roto), SFS, und Winkhaus zu einem Treffen am 22. September 2006 zu sich nach Wallisellen ein. Am Treffen vertreten waren die Koch AG, Siegenia, Roto, SFS und Winkhaus. Die entsprechende E-Mail enthielt den Betreff „Terminanfrage Umsetzung MTZ 2007“ und hatte u.a. folgenden Wortlaut: „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.“

C.

Am 10. Juli 2007 ging beim Sekretariat der Wettbewerbskommission (Sekretariat) eine Selbstanzeige in Form einer schriftlichen Unternehmenserklärung von Roto ein. Gestützt auf diese Selbstanzeige eröffnete das Sekretariat am 16. Juli 2007 (Publikation 17. August 2007; BBl 2007 6007) eine Untersuchung im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums der Wettbewerbskommission (WEKO) gemäss Art. 27 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251) gegen die Koch AG, Siegenia, SFS, Roto, Winkhaus, GU und Maco. Thema war, ob unzulässige Wettbewerbsabreden im Sinne von Art. 5 KG im Bereich der Baubeschläge für Fenster, Fenstertüren und Türen bestanden hätten.

Am 2. Oktober 2008 und am 18. Februar 2009 sicherte die Koch AG – auch unter Einreichung verschiedener Unterlagen – gegenüber dem Sekretariat die volle Kooperation zu.

D.

Nach Einholung verschiedener Auskünfte und der Gewährung des rechtlichen Gehörs (Art. 30 Abs. 2 KG) zum Antrag des Sekretariats erliess die WEKO am 18. Oktober 2010 eine Verfügung mit folgendem Dispositiv (RPW 2010 717 ff.):

„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, Salzbach, 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	CHF	0
- SFS unimarket AG	CHF	557'200
- Siegenia-Aubi AG	CHF	3'876'465
- Aug. Winkhaus GmbH & Co. KG	CHF	235'381
- Paul Koch AG	CHF	2'957'817

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	CHF	102'667
- SFS unimarket AG	CHF	102'667
- Siegenia-Aubi AG	CHF	102'667
- Aug. Winkhaus GmbH & Co. KG	CHF	102'667
- Paul Koch AG	CHF	102'667

7. [Rechtsmittelbelehrung]

8. [Eröffnung]“

E.

Gegen diese Verfügung hat die Koch AG am 6. Dezember 2010 Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht erhoben. Dieses hat am 23. September 2014 die Beschwerde gutgeheissen und die Ziffern 1, 5 und 6 des Dispositivs der Verfügung vom 18. Oktober 2010 in Bezug auf die Koch AG aufgehoben.

F.

Vor Bundesgericht beantragt das Eidgenössische Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung (WBF), das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 23. September 2014 aufzuheben, festzustellen, dass die Paul Koch AG an einer unzulässigen Abrede nach Art. 5 Abs. 3 i.V.m. Abs. 1 beteiligt sei, die Sache zur Festsetzung der Sanktion nach Art. 49a KG an das Bundesverwaltungsgericht zurückzuweisen, eventuell das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 23. September 2014 aufzuheben und die Sache an dieses zur Neubeurteilung zurückzuweisen. Gerügt wird eine Verletzung von Bundesrecht.

G.

Die WEKO hat auf eine Stellungnahme verzichtet. Das Bundesverwaltungsgericht und die Koch AG beantragen, die Beschwerde abzuweisen.

Erwägungen:

1.

Auf die Beschwerde ist einzutreten (Art. 82, Art. 83 i.V.m. Art. 86 Abs. 1 lit. a, Art. 89 Abs. 2 lit. a, Art. 90, Art. 100 Abs. 1 und Art. 42 Abs. 1 und 2 BGG; Urteil 2C_180/2014 vom 28. Juni 2016 E. 1).

2.

2.1 Thema des vorliegenden Falls bildet die Frage, ob die Beschwerdegegnerin nach Art. 49a KG zu sanktionieren ist, weil sie an einer horizontalen Wettbewerbsabrede über die Festsetzung von Preisen nach Art. 5 Abs. 3 lit. a KG beteiligt war. Bei der Prüfung der Frage, ob eine Wettbewerbsabrede vorliegt, hat die Vorinstanz festgestellt, dass sachverhaltliche Lücken bestünden. Sie wirft der WEKO durchgehend vor, dass diese den Sachverhalt in Bezug auf Art. 4 Abs. 1 KG und in Bezug auf Art. 5 Abs. 3 lit. a KG nicht korrekt festgestellt habe und deren Beweisführung und –beschaffung mangelhaft bzw. unvollständig gewesen sei.

Die Vorinstanz hat offen gelassen, ob eine Wettbewerbsabrede vorliege. Aus ihrer Sicht sei dies möglich

gewesen, weil die WEKO der Beschwerdegegnerin im Rahmen der Prüfung von Art. 5 Abs. 3 lit. a KG ein *wettbewerbswidriges Verhalten nicht rechtsgenügend nachweisen können*, weshalb in Anwendung des Grundsatzes in dubio pro reo die Verfügung aufzuheben sei.

2.2 Das Sanktionsverfahren nach Art. 49a Abs. 1 KG ist ein Verwaltungsverfahren (vgl. BGE 142 II 268 E. 4.2.5.2 S. 274 oben; 139 I 72 E. 4.4 S. 81 f.) mit einem strafrechtsähnlichen Charakter (BGE 143 II 297 E. 9.1 i.f. S. 337). Dem Bundesverwaltungsgericht kommt volle Kognition in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht zu (Art. 37 VGG [SR 172.32] i.V.m. Art. 12 ff. und Art. 49 lit. b VwVG [SR 172.021]; vgl. BGE 139 I 72 E. 4 S. 80 ff.). Infolgedessen hat das Bundesverwaltungsgericht die für das Verfahren fehlenden rechtserheblichen Tatsachen grundsätzlich selbst zu ermitteln und alle damit zusammenhängenden notwendigen Beweise zu erheben. Hat die WEKO den Sachverhalt indes überhaupt nicht oder nur rudimentär abgeklärt, so kann das Bundesverwaltungsgericht die Sache an die WEKO zu Sachverhaltsabklärung zurückweisen (vgl. Art. 61 Abs. 1 VwVG). Dabei bildet entsprechend dieser gesetzlichen Regel die Rückweisung an die untere Instanz die Ausnahme, um die Verfahren nicht unnötig zu verlängern. Die Ausführungen des Bundesverwaltungsgerichts (Würdigung des Gerichts) zu den einzelnen Sachverhaltselementen lassen vorab nicht erkennen, dass es diese Beweislücken nicht selber zu schliessen imstande wäre. So nennt es in Bezug auf Abreden keine besonderen Hindernisse bei der Beweisbeschaffung. Zu den von der WEKO aufgeführten Sachverhaltselementen bezüglich der abgestimmten Verhaltensweise hat es sich sodann noch gar nicht geäußert. Unbehelflich ist jedenfalls, gestützt auf den Grundsatz in dubio pro reo von einer Sanktion abzuweichen, solange nicht alle aus Sicht des urteilenden Gerichts notwendigen Beweise erhoben worden sind (vgl. Urteil 6B_690/2015 vom 25. November 2015 E.3.4).

Da der rechtsrelevante Sachverhalt nicht festgestellt ist, muss die Sache an die Vorinstanz zurückgewiesen werden. Das Bundesverwaltungsgericht geht materiell rechtlich von unzutreffenden Prämissen aus, weshalb zudem einige Klarstellungen erforderlich sind.

3.

3.1 Nach Art. 49a Abs. 1 KG wird ein Unternehmen, das u.a. an einer unzulässigen Abrede nach Art. 5 Abs. 3 KG beteiligt ist, mit einem Betrag bis zu 10 Prozent des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes belastet. Tatbestandselemente bilden u.a. die beiden Begriffe „unzulässige Abreden“ und „Abreden nach Art. 5 Abs. 3“.

Wettbewerbsabreden sind 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). Solche Abreden sind nach Art. 5 Abs. 1 KG unzulässig, wenn sie den Wettbewerb auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen *erheblich beeinträchtigen* und sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lassen, oder wenn sie – nicht rechtfertigbar – zur *Beseitigung* wirksamen Wettbewerbs führen. Die Beseitigung wirksamen Wettbe-

werbs wird bei einer Abrede über die direkte oder indirekte Festsetzung von Preisen nach Art. 5 Abs. 3 lit. a KG vermutet. Diese Vermutung kann indes widerlegt werden. Es stellt sich alsdann die Frage, ob diese Abrede den Wettbewerb erheblich beeinträchtigt, ohne gerechtfertigt zu sein. Das Bundesgericht hat entschieden, dass Preis-, Mengen- und Gebietsabreden nach Art. 5 Abs. 3 KG bereits aus qualitativen Gründen grundsätzlich *erheblich* sind (vgl. BGE 143 II 297 E. 5.1-5.3, 5.6 S. 313 ff., 325). Es bleibt daher nur noch zu prüfen, ob die strittige Abrede sich durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lässt. Lassen sich keine solchen Gründe nennen, ist die Abrede i.S.v. Art. 5 Abs. 1 erster Teil unzulässig.

3.2 Die Vorinstanz hat sich bei Prüfung der Frage, ob eine Abrede vorliegt, nur auf die Vereinbarungen fokussiert und ist auf die von der WEKO als anwendbar betrachteten, aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen nicht näher eingegangen.

Letztlich hat sie indes – wie bereits erwähnt (E. 2.1) – offen gelassen, ob eine Abrede vorliegt, wenngleich sie für das Vorhandensein einer Abrede i.S. einer Vereinbarung gewichtige Anhaltspunkte erkannt hat. Sie hat dabei insbesondere ausgeführt, dass unklar sei, ob die Preiserhöhung einzig auf das multilaterale Treffen oder aber auch auf ein Herstellerdiktat zurückzuführen sei. Eine Vereinbarung oder eine aufeinander abgestimmte Verhaltensweise wird jedoch nicht durch ein „Preisdictat“ der Hersteller ausgeschlossen. Massgebend ist alleine, ob die Beteiligten auf der gleichen Marktstufe eine Abrede getroffen haben, die Preise in bestimmter Höhe festzusetzen bzw. hier weiterzugeben.

3.3 Liegt i.S.v. Art. 5 Abs. 3 lit. a KG eine horizontale Wettbewerbsabrede über die direkte oder indirekte Festsetzung von Preisen vor, wird die Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs vermutet. Die Vorinstanz geht demgegenüber fälschlicherweise davon aus, dass die Auswirkungen auf den Wettbewerb, ob nämlich der wirksame Wettbewerb aufgrund der Preisabrede beseitigt ist, zu beweisen ist. Zu beweisen ist vielmehr das Gegenteil, also das Vorhandensein wirksamen Wettbewerbs.

Sofern dieser Beweis gelingt, liegt eine erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs vor, weil nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung und entgegen der Auffassung der Vorinstanz eine Preisabrede i.S.v. Art. 5 Abs. 3 lit. a KG bereits erheblich ist.

4.

Die Beschwerde ist gutzuheissen, das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-8430/2010 vom 23. September 2014 aufzuheben sowie die Sache zur Sachverhaltsabklärung und –feststellung und zu neuem Entscheid an die Vorinstanz zurückzuweisen.

Die Rückweisung zu erneutem Entscheid mit offenem Ausgang gilt praxismässig als Obsiegen der beschwerdeführenden Partei (BGE 141 V 281 E. 11.1 S. 312). Die Beschwerdegegnerin trägt deshalb die Kosten für das bundesgerichtliche Verfahren (Art. 66 Abs. 1 BGG), währenddem sie dem Eidgenössischen Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung (WBF) keine Parteientschädigung zu leisten hat (Art. 68 Abs. 3 BGG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

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.

B 4	3. Urteil vom 9. Oktober 2017 Eidgenössisches Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung gegen Siegenia-Aubi AG (unzulässige Wettbewerbsabrede)
-----	---

Urteil 2C_1016/2014 vom 9. Oktober 2017 II. Öffentlich-rechtliche Abteilung des Bundesgerichts – Verfahrensbeteiligte Eidgenössisches Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung in Bern, Beschwerdeführer, gegen Siegenia-Aubi AG, in Uetendorf, Beschwerdegegnerin, vertreten durch [...], Wettbewerbskommission WEKO, in Bern. Gegenstand: Unzulässige Wettbewerbsabrede, Beschwerde gegen das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts, Abteilung II, vom 23. September 2014 (B-8399/2010).

Sachverhalt:

A.

Die Siegenia-Aubi AG (Siegenia) ist eine hundertprozentige Tochtergesellschaft der Siegenia-Aubi KG, Deutschland. Bis 2004 vertrieb sie Baubeschläge der Muttergesellschaft in der Schweiz, danach beschränkte sich ihre Tätigkeit auf die technische Beratung, den IT-Systemsupport sowie den Bereich Lüftungstechnik. Sie vertreibt Baubeschläge nur noch an 3 Direktkunden.

Unter Fenster- und Fensterüberschlägen werden alle mechanischen Teile verstanden, welche Fensterflügel und –rahmen verbinden und die Öffnungs- Schliessfunktion eines Fensters oder einer Fenstertüre steuern. Für die Herstellung eines Beschlags werden vorwiegend nichtrostende metallische Stoffe wie Stahl, Zamak und Aluminium eingesetzt. Fenster- und Fensterüberschläge umfassen sämtliche Beschlagskomponenten, die Fenster und Fenstertüren funktionsfähig machen.

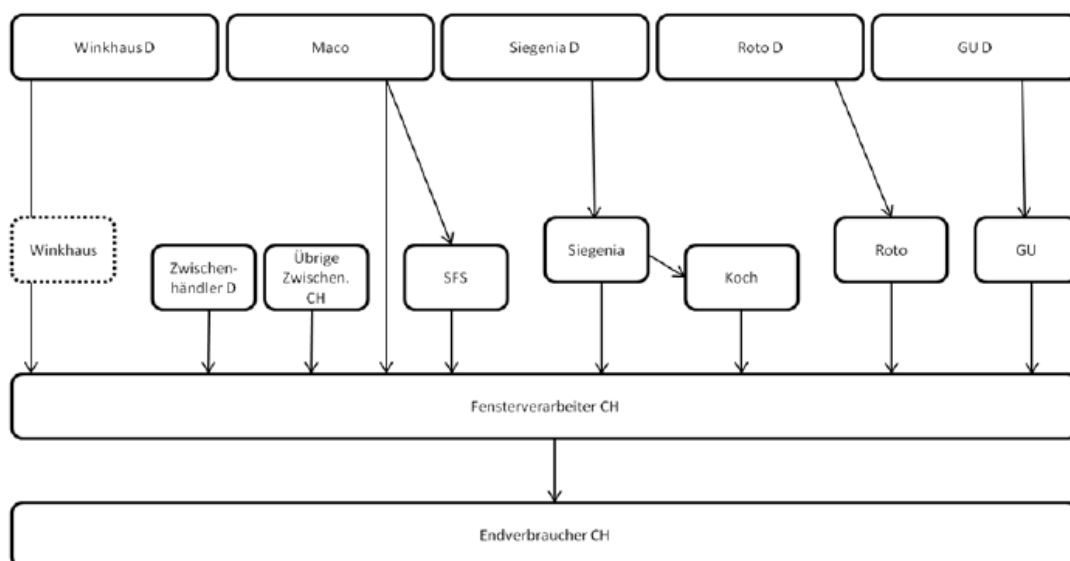
Die führenden Hersteller von Fenster- und Fensterüberschlägen sind die Roto Frank AG, Leinfelden-Echterdingen, Deutschland (Roto D), Siegenia-Aubi KG, Deutschland (D), Winkhaus GmbH & Co. KG, Telgte,

Deutschland (Winkhaus), die Gretsch-Unitas GmbH, Ditzingen, Deutschland (GU D), und die Mayer & Co Beschläge GmbH, Salzburg (Maco). Auf die fünf ausländischen Hersteller von Baubeschlägen entfällt nahezu der gesamte schweizerische Markt für Fenster- und Fensterüberschläge. Neben den genannten Herstellern gibt es europaweit nur noch wenige weitere Hersteller von Fenster- und Fensterüberschlägen. Diese sind jedoch ausserhalb der Schweiz geschäftstätig.

Die Hersteller Roto D und GU D vertreiben ihre Produkte über eigene, in der Schweiz domizilierte Tochtergesellschaften, Winkhaus über eine Zweigniederlassung. Diese sog. Vertriebsgesellschaften wiederum beliefern sowohl kleinere Zwischenhändler (z.B. Rudolf Geiser AG, Immer AG, Fritz Blaser & Cie. AG) als auch Fensterverarbeiter direkt. Andere Hersteller vertreiben ihre Produkte über Schweizer Grosshändler, die wiederum sowohl kleinere Zwischenhändler als auch Fensterverarbeiter direkt beliefern. Diese Vertriebsform wird beispielsweise von Maco über SFS unimarket AG, Herrbrugg (SFS), als Grosshändlerin praktiziert.

Siegenia D organisiert ihren Vertrieb grundsätzlich über ihre Tochtergesellschaft Siegenia Schweiz. Siegenia Schweiz wiederum vertreibt die Produkte schwergewichtig über den Grosshändler Koch AG, der an kleinere Zwischenhändler und Fensterverarbeiter verkauft. Daneben hat Siegenia Schweiz drei Kunden, die sie selbst direkt beliefert. Die Vorgehensweise von Siegenia D stellt somit eine Mischform der beiden oben beschriebenen Vertriebsarten dar.

Graphisch lässt sich das wie folgt darstellen (Graphik aus der Verfügung der WEKO vom 18. Oktober 2010, in: RPW 2010, S. 717 ff., 718):



Quelle: Angaben der Parteien

Vereinzelt beliefern auch in Deutschland ansässige Zwischenhändler Fensterverarbeiter in der Schweiz. Zudem kommt es vor, dass Händler einander gegenseitig beliefern.

Der Handel mit Baubeschlägen in der Schweiz erfolgt auf verschiedenen Stufen: Einer ersten Stufe sind Händler (sog. Direkteinkäufer) zuzuordnen, welche Baubeschläge direkt von einem Hersteller beziehen und – entweder an einen Fensterverarbeiter oder an einen weiteren Händler – weiterverkaufen; auf der zweiten Stufe sind diejenigen Händler einzuordnen, welche die Baubeschläge von einem anderen Händler beziehen und weiterverkaufen (Zwischenhändler).

Fensterverarbeiter erhalten in der Regel Preislisten von ihren Bezugsquellen. Auf den darauf enthaltenen Bruttopreisen werden einzelnen Fensterverarbeitern jeweils mehr oder weniger grosse Rabatte gewährt.

Preiserhöhungen werden auf unterschiedliche Art und Weise vorgenommen: In der Regel wird die Preisbasis, namentlich der Einkaufspreis, erhöht, indem sie von den Herstellern mit einem Materialteuerungszuschlag (nachfolgend: MTZ) versehen wird. Vereinzelt bleibt die Preisbasis unverändert, und die Preiserhöhung erfolgt mittels individueller, mit den einzelnen Kunden verhandelter Rabattanpassungen.

B.

In den Jahren 2004 und 2006/2007 kam es aufgrund gestiegener Stahl-, Zink- und Aluminiumpreise zu Preiserhöhungen der Hersteller. In der Folge sanktionierte die Europäische Kommission am 28. März 2012 neun Hersteller von Fensterbeschlägen für wettbewerbswidrige Abreden in Form einer horizontalen Preisabsprache in der Zeitspanne von November 1999 bis Juli 2007 mit einer Geldbusse von 86 Mio. Euro (vgl. http://europa.eu/rapid/press-release_IP-12-313_de.htm, S. 167 f.); infolge Rückzug der Klagen sind diese Sanktionierungen in der Zwischenzeit rechtskräftig (vgl. z.B. Beschluss des Präsidenten der dritten Kammer des Gerichts vom 10. November 2014 T-257/12, *Siegenia-Aubi KG, Noraa GmbH*, vom 4. Februar 2015 T-252/12, *Gretsch-Unitas GmbH, Gretsch-Unitas GmbH Baubeschläge*).

Die ausländischen Hersteller von Fensterbeschlägen hatten danach auch Preiserhöhungen für die Schweiz beschlossen. Zwecks Umsetzung der Preiserhöhungen kam es im April/Mai 2004 zu verschiedenen telefonischen und persönlichen Kontakten zwischen Siegenia und Roto Frank AG und für das Jahr 2007 lud die Koch AG mit E-Mail vom 7. September 2006 Siegenia, die Roto Frank AG, Dietikon (Roto), SFS, und Winkhaus zu einem Treffen am 22. September 2006 zu sich nach Wallisellen ein. Am Treffen vertreten waren die Koch AG, Siegenia, Roto, SFS und Winkhaus. Die entsprechende E-Mail enthielt den Betreff „Terminanfrage Umsetzung MTZ 2007“ und hatte u.a. folgenden Wortlaut: „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“.

C.

Am 10. Juli 2007 ging beim Sekretariat der Wettbewerbskommission (Sekretariat) eine Selbstanzeige in Form einer schriftlichen Unternehmenserklärung von Roto ein. Gestützt auf diese Selbstanzeige eröffnete das Sekretariat am 16. Juli 2007 (Publikation 17. August 2007; BBl 2007 6007) eine Untersuchung im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums der Wettbewerbskommission (WEKO) gemäss Art. 27 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251) gegen die Koch AG, Siegenia, SFS, Roto, Winkhaus, GU und Maco. Thema war, ob unzulässige Wettbewerbsabreden im Sinne von Art. 5 KG im Bereich der Baubeschläge für Fenster, Fenstertüren und Türen bestanden hätten.

Am 30. August 2010 reichte Siegenia dem Sekretariat ein unterzeichnetes Exemplar einer einvernehmlichen Regelung i.S.v. Art. 29 ein.

D.

Nach Einholung verschiedener Auskünfte und der Gewährung des rechtlichen Gehörs (Art. 30 Abs. 2 KG) zum Antrag des Sekretariats erliess die WEKO am 18. Oktober 2010 eine Verfügung mit folgendem Dispositiv (RPW 2010 717 ff.):

„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	CHF	0
- SFS unimarket AG	CHF	557'200
- Siegenia-Aubi AG	CHF	3'876'465
- Aug. Winkhaus GmbH & Co. KG	CHF	235'381
- Paul Koch AG	CHF	2'957'817

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	CHF	102'667
- SFS unimarket AG	CHF	102'667
- Siegenia-Aubi AG	CHF	102'667
- Aug. Winkhaus GmbH & Co. KG	CHF	102'667
- Paul Koch AG	CHF	102'667

7. [Rechtsmittelbelehrung]

8. [Eröffnung]“

E.

Gegen diese Verfügung hat die Siegenia am 6. Dezember 2010 Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht erhoben. Dieses hat am 23. September 2014 die Beschwerde gutgeheissen und die Ziffern 1, 2, 5 und 6 des Dispositivs der Verfügung vom 18. Oktober 2010 in Bezug auf Siegenia aufgehoben.

F.

Vor Bundesgericht beantragt das Eidgenössische Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung (WBF), das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 23. September 2014 (B-8399/2010) aufzuheben, festzustellen, dass die Siegenia-Aubi AG an einer unzulässigen Abrede nach Art. 5 Abs. 3 i.V.m. Abs. 1 beteiligt sei, die Sache zur Festsetzung der Sanktion nach Art. 49a KG an das Bundesverwaltungsgericht zurückzuweisen, eventuell das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 23. September 2014 aufzuheben und die Sache an dieses zur Neuurteilung zurückzuweisen. Gerügt wird eine Verletzung von Bundesrecht.

G.

Die WEKO hat auf eine Stellungnahme verzichtet. Das Bundesverwaltungsgericht und die Siegenia beantragen, die Beschwerde abzuweisen.

Erwägungen:

1.

Auf die Beschwerde ist einzutreten (Art. 82, Art. 83 i.V.m. Art. 86 Abs. 1 lit. a, Art. 89 Abs. 2 lit. a, Art. 90, Art. 100 Abs. 1 und Art. 42 Abs. 1 und 2 BGG; Urteil 2C_180/2014 vom 28. Juni 2016 E. 1).

2.

2.1 Thema des vorliegenden Falls bildet die Frage, ob die Beschwerdegegnerin nach Art. 49a KG zu sanktionieren ist, weil sie an einer horizontalen Wettbewerbsabrede über die Festsetzung von Preisen nach Art. 5 Abs. 3 lit. a KG beteiligt war. Bei der Prüfung der Frage, ob eine Wettbewerbsabrede vorliegt, hat die Vorinstanz festgestellt, dass sachverhaltliche Lücken bestünden. Sie wirft der WEKO durchgehend vor, dass diese den Sachverhalt in Bezug auf Art. 4 Abs. 1 KG und in Bezug auf Art. 5 Abs. 3 lit. a KG nicht korrekt festgestellt habe und deren Beweisführung und –beschaffung mangelhaft bzw. unvollständig gewesen sei.

Die Vorinstanz hat offen gelassen, ob eine Wettbewerbsabrede vorliege. Aus ihrer Sicht sei dies möglich

gewesen, weil die WEKO der Beschwerdegegnerin im Rahmen der Prüfung von Art. 5 Abs. 3 lit. a KG ein *wettbewerbswidriges Verhalten nicht rechtsgenügend nachweisen können*, weshalb in Anwendung des Grundsatzes in dubio pro reo die Verfügung aufzuheben sei.

2.2 Das Sanktionsverfahren nach Art. 49a Abs. 1 KG ist ein Verwaltungsverfahren (vgl. BGE 142 II 268 E. 4.2.5.2 S. 274 oben; 139 I 72 E. 4.4 S. 81 f.) mit einem strafrechtsähnlichen Charakter (BGE 143 II 297 E. 9.1 i.f. S. 337). Dem Bundesverwaltungsgericht kommt volle Kognition in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht zu (Art. 37 VGG [SR 172.32] i.V.m. Art. 12 ff. und Art. 49 lit. b VwVG [SR 172.021]; vgl. BGE 139 I 72 E. 4 S. 80 ff.). Infolgedessen hat das Bundesverwaltungsgericht die für das Verfahren fehlenden rechtserheblichen Tatsachen grundsätzlich selbst zu ermitteln und alle damit zusammenhängenden notwendigen Beweise zu erheben. Hat die WEKO den Sachverhalt indes überhaupt nicht oder nur rudimentär abgeklärt, so kann das Bundesverwaltungsgericht die Sache an die WEKO zu Sachverhaltsabklärung zurückweisen (vgl. Art. 61 Abs. 1 VwVG). Dabei bildet entsprechend dieser gesetzlichen Regel die Rückweisung an die untere Instanz die Ausnahme, um die Verfahren nicht unnötig zu verlängern. Die Ausführungen des Bundesverwaltungsgerichts (Würdigung des Gerichts) zu den einzelnen Sachverhaltselementen lassen vorab nicht erkennen, dass es diese Beweislücken nicht selber zu schliessen imstande wäre. So nennt es in Bezug auf Abreden keine besonderen Hindernisse bei der Beweisbeschaffung. Zu den von der WEKO aufgeführten Sachverhaltselementen bezüglich der abgestimmten Verhaltensweise hat es sich sodann noch gar nicht geäußert. Unbehelflich ist jedenfalls, gestützt auf den Grundsatz in dubio pro reo von einer Sanktion abzugehen, solange nicht alle aus Sicht des urteilenden Gerichts notwendigen Beweise erhoben worden sind (vgl. Urteil 6B_690/2015 vom 25. November 2015 E.3.4).

Da der rechtsrelevante Sachverhalt nicht festgestellt ist, muss die Sache an die Vorinstanz zurückgewiesen werden. Das Bundesverwaltungsgericht geht materiell rechtlich von unzutreffenden Prämissen aus, weshalb zudem einige Klarstellungen erforderlich sind.

3.

3.1 Nach Art. 49a Abs. 1 KG wird ein Unternehmen, das u.a. an einer unzulässigen Abrede nach Art. 5 Abs. 3 KG beteiligt ist, mit einem Betrag bis zu 10 Prozent des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes belastet. Tatbestandselemente bilden u.a. die beiden Begriffe „unzulässige Abreden“ und „Abreden nach Art. 5 Abs. 3“.

Wettbewerbsabreden sind 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). Solche Abreden sind nach Art. 5 Abs. 1 KG unzulässig, wenn sie den Wettbewerb auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen *erheblich beeinträchtigen* und sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lassen, oder wenn sie – nicht rechtfertigbar – zur *Beseitigung* wirksamen Wettbewerbs führen. Die Beseitigung wirksamen Wettbe-

werbs wird bei einer Abrede über die direkte oder indirekte Festsetzung von Preisen nach Art. 5 Abs. 3 lit. a KG vermutet. Diese Vermutung kann indes widerlegt werden. Es stellt sich alsdann die Frage, ob diese Abrede den Wettbewerb erheblich beeinträchtigt, ohne gerechtfertigt zu sein. Das Bundesgericht hat entschieden, dass Preis-, Mengen- und Gebietsabreden nach Art. 5 Abs. 3 KG bereits aus qualitativen Gründen grundsätzlich *erheblich* sind (vgl. BGE 143 II 297 E. 5.1-5.3, 5.6 S. 313 ff., 325). Es bleibt daher nur noch zu prüfen, ob die strittige Abrede sich durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lässt. Lassen sich keine solchen Gründe nennen, ist die Abrede i.S.v. Art. 5 Abs. 1 erster Teil unzulässig.

3.2 Die Vorinstanz hat sich bei Prüfung der Frage, ob eine Abrede vorliegt, nur auf die Vereinbarungen fokussiert und ist auf die von der WEKO als anwendbar betrachteten, aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen nicht näher eingegangen.

Letztlich hat sie indes – wie bereits erwähnt (E. 2.1) – offen gelassen, ob eine Abrede vorliegt, wenngleich sie für das Vorhandensein einer Abrede i.S. einer Vereinbarung gewichtige Anhaltspunkte erkannt hat. Sie hat dabei insbesondere ausgeführt, dass unklar sei, ob die Preiserhöhung einzig auf das multilaterale Treffen oder aber auch auf ein Herstellerdiktat zurückzuführen sei. Eine Vereinbarung oder eine aufeinander abgestimmte Verhaltensweise wird jedoch nicht durch ein „Preisdictat“ der Hersteller ausgeschlossen. Massgebend ist alleine, ob die Beteiligten auf der gleichen Marktstufe eine Abrede getroffen haben, die Preise in bestimmter Höhe festzusetzen bzw. hier weiterzugeben.

3.3 Liegt i.S.v. Art. 5 Abs. 3 lit. a KG eine horizontale Wettbewerbsabrede über die direkte oder indirekte Festsetzung von Preisen vor, wird die Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs vermutet. Die Vorinstanz geht demgegenüber fälschlicherweise davon aus, dass die Auswirkungen auf den Wettbewerb, ob nämlich der wirksame Wettbewerb aufgrund der Preisabrede beseitigt ist, zu beweisen ist. Zu beweisen ist vielmehr das Ge-

genteil, also das Vorhandensein wirksamen Wettbewerbs.

Sofern dieser Beweis gelingt, liegt eine erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs vor, weil nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung und entgegen der Auffassung der Vorinstanz eine Preisabrede i.S.v. Art. 5 Abs. 3 lit. a KG bereits erheblich ist.

4.

Die Beschwerde ist gutzuheissen, das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-8430/2010 vom 23. September 2014 aufzuheben sowie die Sache zur Sachverhaltsabklärung und –feststellung und zu neuem Entscheid an die Vorinstanz zurückzuweisen.

Die Rückweisung zu erneutem Entscheid mit offenem Ausgang gilt praxisgemäss als Obsiegen der beschwerdeführenden Partei (BGE 141 V 281 E. 11.1 S. 312). Die Beschwerdegegnerin trägt deshalb die Kosten für das bundesgerichtliche Verfahren (Art. 66 Abs. 1 BGG), währenddem sie dem Eidgenössischen Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung (WBF) keine Parteientschädigung zu leisten hat (Art. 68 Abs. 3 BGG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

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.

B 7	Kantonale Gerichte Tribunaux cantonaux Tribunali cantonali
B 7	1. Arrêt du 22 août 2017 de la Chambre administrative de la Cour de justice de la République et Canton de Genève dans la cause A contre Département de l'aménagement, du logement et de l'énergie

Arrêt ATA/1200/2017 du 22 août 2017 de la Chambre administrative de la Cour de justice de la République et Canton de Genève dans la cause Monsieur A, représenté par [...] contre Département de l'aménagement, du logement et de l'énergie

EN FAIT

Le 30 novembre 2016, Monsieur A _____, titulaire du diplôme d'architecte délivré par l'École polytechnique fédérale de Lausanne (ci-après: EPFL) le _____ 1996, a sollicité du département de l'aménagement, du logement et de l'énergie (ci-après: DALE ou le département) son inscription permanente au tableau des mandataires professionnellement qualifiés (ci-après: MPQ) du canton de Genève en qualité d'architecte.

Il avait été inscrit plusieurs fois à titre temporaire pour plusieurs affaires qu'il avait eues sur le canton de Genève avec son bureau d'architectes sis à B _____, C _____ (ci-après: C _____).

Il souhaitait néanmoins cette fois-ci obtenir une inscription permanente en raison notamment de son expérience en qualité d'architecte pratiquant dans le canton de Genève depuis 1998 et des nombreuses inscriptions provisoires qu'il avait déjà déposées, démarches qui lui imposaient de produire à chaque fois les mêmes documents probants.

Il habitait de plus dans le canton depuis 1998, était membre de la Fédération des architectes suisses section Genève depuis 2009 et membre et ex-président de D _____ depuis 2009.

Il a joint à sa demande le formulaire de demande d'inscription au tableau des MPQ dûment complété, son diplôme d'architecte EPFL, son curriculum vitae et celui de ses associés, un extrait de son casier judiciaire suisse daté du 2 juin 2015 et l'extrait du registre du commerce vaudois de C _____.

Le 12 janvier 2017, la chambre des architectes et des ingénieurs (ci-après: CAI) a informé M. A _____ que, dans la mesure où il ne remplissait pas la condition du domicile professionnel dans le canton, elle ne pouvait pas préavisier favorablement sa demande.

Le 20 janvier 2017, la CAI a transmis son dossier au DALE afin qu'il rende une décision formelle, précisant qu'elle avait préavisé défavorablement la demande de M. A _____.

Par décision du 10 février 2017, le département a refusé la demande d'inscription permanente au tableau des MPQ dans le canton de Genève de M. A _____.

L'intéressé ne remplissait pas la condition de domicile professionnel dans le canton de Genève exigée pour obtenir l'inscription permanente au tableau des MPQ.

Il lui restait toutefois la possibilité de solliciter une inscription temporaire.

Par acte du 13 mars 2017, M. A _____ a interjeté recours auprès de la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après: la chambre administrative) contre la décision précitée, concluant à ce qu'il soit constaté que la loi sur l'exercice des professions d'architecte et d'ingénieur du 17 décembre 1982 (LPAI - L 5 40), en particulier son art. 3 al. 1 let. b LPAI, était contraire à la loi fédérale sur le marché intérieur du 6 octobre 1995 (LMI - RS 943.02) et inconstitutionnelle et à ce qu'il soit constaté que la décision attaquée était contraire à la LMI et inconstitutionnelle. Il a également conclu à l'annulation de la décision querellée, à l'admission de sa demande d'inscription permanente au tableau des MPQ en qualité d'architecte et à ce qu'il soit ordonné au département de l'y inscrire sans autres frais, « sous suite de frais et dépens ».

L'art. 3 al. 1 let. b LPAI, en tant qu'il limitait l'accès au registre cantonal permanent aux professionnels qualifiés ayant un domicile professionnel dans le canton de Genève, était inconstitutionnel et illicite, violant l'art. 27 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. - RS 101) (Liberté économique) et l'art. 2 LMI (Liberté d'accès au marché) et ne répondait pas aux conditions légales posées à la restriction à la liberté d'accès au marché au sens de l'art. 3 LMI.

Le Tribunal fédéral avait reconnu que la loi neuchâtoise, similaire à celle en vigueur dans le canton de Genève en ce qu'elle conditionnait l'inscription permanente d'un architecte à son registre à un domicile professionnel dans le canton, était inconstitutionnelle. De plus, la commission de la concurrence (ci-après: COMCO), dans ses recommandations émises le 29 janvier 2001 (ci-après: les recommandations), avait considéré que la LPAI ne respectait pas la LMI sur ce point. Ces recommandations avaient été adressées notamment aux cantons de Fribourg, Genève, Jura, Neuchâtel et Tessin.

Dans son arrêt, le Tribunal fédéral avait considéré cette obligation de domicile comme clairement contraire au principe de la proportionnalité et, partant, à l'art. 27 Cst. Il avait jugé qu'il n'était aucun besoin d'imposer à l'archi-

tecte établi à l'extérieur du canton, mais qui désirait y travailler, de choisir entre la constitution d'un domicile professionnel, avec les frais que cela comportait, et la complication de demander de cas en cas des autorisations spéciales qui lui seraient toujours accordées s'il s'était révélé compétent comme cela était réservé dans le présent cas par l'autorisation dite temporaire.

La simple constitution d'un domicile professionnel dans un canton donné n'était pas en soi le garant des qualifications et de l'expérience professionnelle d'un candidat à l'inscription permanente au tableau des MPQ. La domiciliation dans le canton ne permettait pas non plus de vérifier que l'architecte disposait d'une connaissance particulière de la réglementation en matière de police de construction et de l'aménagement du territoire.

Ainsi, l'interdiction faite à un architecte domicilié hors du canton de Genève, qui remplissait par ailleurs les critères de qualification d'une part et de probité d'autre part au sens de la LPAI, d'obtenir une inscription permanente au tableau des MPQ constituait une mesure qui ne visait à garantir aucun intérêt public et qui s'avérait disproportionnée violant la LMI et les art. 27 et 36 Cst.

L'existence de la possibilité de demander une inscription provisoire n'était pas critiquée. Elle devait être d'ailleurs ouverte à tous les architectes et non seulement à ceux domiciliés hors du canton de Genève.

Enfin, l'obligation d'effectuer des demandes d'inscription provisoire, du fait de la domiciliation professionnelle hors du canton de Genève, constituait une entrave prohibée au marché et un reliquat du protectionnisme qui violait le principe de l'égalité de traitement. Cette mesure avait pour seul effet et but de protéger les architectes établis dans le canton de Genève en compliquant, pour le seul motif de la domiciliation extérieure au canton, l'accès au marché de la construction genevois.

Dans le corps de son écriture, M. A_____ a proposé son audition pour prouver que lui et ses associés de C_____ étaient actifs comme architectes, dans le canton de Genève notamment. De plus et dans le bordereau de pièces joint, il a demandé la production de la liste des demandes d'autorisation de construire de 2000 à fin 2016 qu'il avait déposées, la copie de son dossier relatif à sa demande d'inscription permanente au tableau des MPQ et l'intégralité des décisions d'inscriptions temporaires délivrées en sa faveur entre 1998 et fin 2016.

À l'appui de son recours, l'intéressé a produit notamment les recommandations émises par la COMCO précitées.

Le 18 avril 2017, le département a conclu au rejet du recours, sous suite de frais.

S'agissant des pièces requises par l'intéressé et au-delà d'un travail très important de recherche qu'impliquerait une telle demande, certaines pièces n'étaient plus en mains de l'administration en raison des délais de conservation des archives. De plus, les faits n'étaient pas contestés sur leur principe, de sorte que la production de ces pièces était inutile.

Force était de constater que la condition prévue par l'art. 3 al. 1 let. b LPAI n'était pas remplie, puisque l'intéressé n'avait pas démontré sa domiciliation professionnelle dans le canton de Genève, alors qu'il s'agissait

d'une condition prévue par une base légale matérielle (recte: formelle) régissant la profession d'architecte.

La loi prévoyait une alternative permettant néanmoins d'exercer son activité professionnelle par le biais d'une inscription temporaire au tableau des MPQ. M. A_____ avait toutefois choisi de ne pas opter pour cette possibilité, au demeurant administrativement simple et rapide, et avait préféré persister dans la voie de l'inscription permanente.

De plus et indépendamment de la question relative à la domiciliation professionnelle dans le canton de Genève, l'extrait du casier judiciaire de l'intéressé datait du 2 juin 2015, soit dix-huit mois avant le dépôt de la requête. Même si le règlement d'application de la loi sur l'exercice des professions d'architecte et d'ingénieur du 9 novembre 1983 (RPAI - L 5 40.01) ne mentionnait pas de durée de validité de l'extrait du casier judiciaire sollicité, une antériorité de dix-huit mois par rapport au dépôt de la requête était manifestement trop importante, si bien que la condition relative à l'absence de condamnation criminelle ou correctionnelle n'était pas non plus d'emblée réalisée.

Il ne remplissait dès lors pas les conditions posées par le législateur genevois pour pouvoir bénéficier d'une inscription permanente au tableau des MPQ du canton.

Enfin, la LPAI respectait les dispositions de la LMI. En effet, la finalité de la LMI était de garantir à toute personne ayant son siège ou son établissement en Suisse l'accès libre et non discriminatoire au marché afin qu'elle puisse exercer une activité lucrative sur tout le territoire suisse. S'agissant de la LPAI, il était vrai qu'elle posait un certain nombre de conditions à son accès pour un exercice de manière permanente, en particulier la condition relative à la domiciliation professionnelle. Néanmoins, elle permettait également un accès facilité en tout temps pour l'exercice de cette profession de manière temporaire. La procédure était simple et rapide permettant à l'autorité de s'assurer du respect des conditions essentielles à l'exercice de la profession (capacités professionnelles suffisantes et absence de condamnation criminelle et correctionnelle). L'accès au marché genevois pour un architecte domicilié professionnellement hors du canton n'était dès lors et en aucune manière limité.

Le dossier de M. A_____ était joint à l'écriture du département.

Le 19 mai 2017, M. A_____ a répliqué, persistant dans ses conclusions tout en précisant qu'il concluait au constat de l'illicéité et de l'inconstitutionnalité de l'art. 3 al. 1 let. b LPAI et à son annulation.

Les pièces requises visaient à démontrer in concreto les obstacles auxquels était confronté l'architecte, actif professionnellement dans le canton de Genève, mais non domicilié dans celui-ci, soit de déposer chaque fois, pour chaque projet précis, une demande d'inscription provisoire, de s'acquitter à chaque fois d'un émolument et de justifier, chaque fois, de ses capacités professionnelles suffisantes et de produire un extrait du casier judiciaire. Toutefois, il renonçait à les solliciter.

Force était de constater que le département n'avait pas démontré en quoi la LPAI et la discrimination qu'elle instaurait étaient justifiées par un intérêt public prépondérant et répondaient au principe de la proportionnalité.

S'agissant de la problématique relative à la date d'émission du casier judiciaire, le département n'avait pas établi qu'il disposerait d'éléments permettant de suspecter que son casier judiciaire ne serait plus vierge. Cette réserve apparaissait formaliste et relativement désagréable. En tout état de cause et compte tenu de l'absence de précision quant à la date à laquelle le casier judiciaire devait être établi, le département ou la CAI à l'occasion de son préavis aurait dû solliciter une actualisation du casier, si doute il y avait sur sa probité. Malgré cela il s'engageait à transmettre un nouvel extrait de son casier judiciaire.

Pour illustrer la réalité de l'entrave au libre exercice de la profession à Genève, pour les architectes qui n'y résidaient pas professionnellement, un fait nouveau devait être relaté. Il devait, dans le cadre d'un bâtiment réalisé à Genève, il y moins de cinq ans, procéder à une nouvelle enquête pour une modification. Il avait requis à l'époque et obtenu une inscription provisoire. À l'occasion de cette nouvelle enquête, il avait tout récemment sollicité du département d'être dispensé d'avoir à renouveler une demande d'inscription provisoire. Il attendait la réponse du département.

Le 23 mai 2017, le juge délégué a informé les parties que la cause était gardée à juger. L'extrait du casier judiciaire serait transmis au département dès réception.

Le 8 juin 2017, M. A_____ a produit un extrait vierge de son casier judiciaire daté du 19 mai 2017, ainsi que la réponse de la CAI du 22 mai 2017 confirmant l'exigence par celle-ci d'une nouvelle inscription temporaire et le dépôt d'un nouveau dossier complet pour une intervention dans le cadre d'une procédure d'enquête dans laquelle il était déjà intervenu comme architecte au bénéfice d'une inscription temporaire.

EN DROIT

Interjeté en temps utile devant la juridiction compétente, le recours est recevable (art. 132 de la loi sur l'organisation judiciaire du 26 septembre 2010 - LOJ - E 2 05; art. 62 al. 1 let. a de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10).

Dans le corps de son recours, le recourant propose son audition afin de prouver que lui et ses associés de C_____ sont actifs comme architectes, dans le canton de Genève notamment.

Tel qu'il est garanti par l'art. 29 al. 2 Cst., le droit d'être entendu comprend en particulier le droit pour le justiciable de fournir des preuves quant aux faits de nature à influencer sur le sort de la décision (ATF 142 II 218 consid. 2.3 p. 222; 142 III 48 consid. 4.1.1 p. 52 s.; 141 V 557 consid. 3.1 p. 564 135 I 279 consid. 2.3 p. 282; arrêts du Tribunal fédéral 2C_396/2016 et 2C_397/2016 du 14 novembre 2016 consid. 4.1; 2C_998/2015 du 20 septembre 2016 consid. 3.1; 1C_52/2016 du 7 septembre 2016 consid. 3.1) et de participer à l'administration des preuves (arrêt du Tribunal fédéral 1C_279/2016 du 27 février 2017 consid. 6.1). Toutefois, le droit d'être

entendu ne peut être exercé que sur les éléments qui sont déterminants pour décider de l'issue du litige (ATF 135 I 279 consid. 2.3 p. 282; 132 V 368 consid. 3.1 p. 370). L'autorité de décision peut donc se livrer à une appréciation anticipée de la pertinence du fait à prouver et de l'utilité du moyen de preuve offert et, sur cette base, refuser de l'administrer. Ce refus ne viole le droit d'être entendu que si l'appréciation à laquelle elle a ainsi procédé est entachée d'arbitraire (art. 9 Cst.; ATF 138 III 374 consid. 4.3.2 p. 376; 136 I 229 consid. 5.3 p. 236; 131 I 153 consid. 3 p. 157). La garantie constitutionnelle précitée n'empêche pas non plus l'autorité de mettre un terme à l'instruction lorsque les preuves administrées lui ont permis de forger sa conviction et que, procédant d'une manière non arbitraire à une appréciation anticipée des preuves qui lui sont encore proposées, elle a la certitude qu'elles ne pourraient l'amener à modifier son opinion (ATF 140 I 285 consid. 6.3.1 p. 299; ATA/1059/2017 du 4 juillet 2017 consid. 2).

Par ailleurs, le droit d'être entendu n'implique pas une audition personnelle de l'intéressé, celui-ci devant simplement disposer d'une occasion de se déterminer sur les éléments propres à influencer sur l'issue de la cause (art. 41 LPA; ATF 134 I 140 consid. 5.3 p. 148; arrêt du Tribunal fédéral 2D_5/2012 du 19 avril 2012 consid. 2.3 et les arrêts cités; ATA/465/2017 du 25 avril 2017 consid. 4a).

En l'espèce, le recourant a pu se déterminer dans son recours et dans ses écritures subséquentes, si bien qu'il n'est pas nécessaire de procéder à son audition. Par ailleurs, il n'est pas contesté par le département que le recourant exerce sa profession dans le canton de Genève. Enfin, le département a produit l'entier du dossier relatif à sa demande d'inscription permanente au tableau des MPQ en qualité d'architecte. Le dossier soumis à la chambre administrative est donc complet et lui permet de statuer sur l'objet du litige en toute connaissance de cause, étant précisé que le recourant a renoncé à solliciter les autres pièces requises dans un premier temps.

La requête sera écartée.

L'objet du litige consiste à déterminer si c'est à bon droit que le département a refusé au recourant son inscription permanente au tableau des MPQ en qualité d'architecte dans le canton de Genève.

L'exercice de la profession d'architecte n'étant pas régi par le droit fédéral, il convient d'examiner ce que prévoit le droit cantonal.

La LPAI a pour objet de réglementer l'exercice indépendant de la profession d'architecte ou d'ingénieur civil ou de professions apparentées sur le territoire du canton de Genève. L'exercice de cette profession est restreint, pour les travaux dont l'exécution est soumise à autorisation en vertu de la loi sur les constructions et les installations diverses du 14 avril 1988 (LCI - L 5 05), aux MPQ reconnus par l'État (art. 1 LPAI).

Il est dressé un tableau des mandataires qui est tenu à jour et rendu public (art. 2 LPAI).

À teneur de l'art. 3 LPAI, l'inscription au tableau est soumise aux conditions de justifier de capacités professionnelles suffisantes (al. 1 let. a), d'avoir un domicile

professionnel dans le canton (al. 1 let. b) et de n'avoir subi aucune condamnation criminelle ou correctionnelle pour des faits portant atteinte à la probité et à l'honneur (al. 1 let. c). L'inscription temporaire peut être accordée à des personnes domiciliées professionnellement hors du canton, mais remplissant les autres conditions prescrites à l'al. 1 (al. 3). L'inscription a lieu selon les modalités fixées par voie réglementaire elle est prononcée par le département (al. 4).

L'art. 4 al. 1 let. a LPAI dans sa nouvelle teneur du 13 mai 2017 prévoit que justifient de capacités professionnelles suffisantes au sens de la LPAI les professionnels de l'ingénierie, de l'architecture et de l'environnement qui sont titulaires d'un diplôme de master délivré par une école polytechnique fédérale, par une université ou par une haute école spécialisée suisses ou par une haute école étrangère dont les titres sont estimés équivalents, et justifiant d'une pratique suffisante de trois ans acquise après la fin de la formation professionnelle.

Selon l'art. 1 al. 1 RPAI, le département dresse et tient à jour le tableau des MPQ.

À teneur de l'art. 2 al. 1 RPAI, la demande d'inscription au tableau doit être adressée par écrit au département accompagnée des pièces justificatives utiles, notamment, les diplômes ou certificats attestant que le requérant possède les capacités professionnelles exigées par la loi (let. a), un titre de propriété ou un contrat de bail attestant qu'il dispose de locaux professionnels dans le canton (let. b), un extrait de casier judiciaire (let. c). Le département se prononce après avoir recueilli tous les avis nécessaires et entendu, au besoin, le requérant. La décision est notifiée par écrit (al. 2).

Le recourant soutient que la condition de domiciliation professionnelle dans le canton de Genève pour être inscrit de manière permanente au tableau des MPQ en qualité d'architecte viole la Cst. et la LMI.

a. De jurisprudence constante, la chambre administrative est habilitée à revoir, à titre préjudiciel et à l'occasion de l'examen d'un cas concret, la conformité des normes de droit cantonal au droit fédéral (ATA/614/2017 du 30 mai 2017 consid. 4; ATA/582/2015 du 9 juin 2015 consid. 5a et les arrêts cités; PIERRE MOOR/ALEXANDRE FLÜCKIGER/VINCENT MARTENET, *Droit administratif*, vol. 1, 3ème éd., 2012, p. 345 ss n. 2.7.3). Cette compétence découle du principe de la primauté du droit fédéral sur le droit des cantons, ancré à l'art. 49 al. 1 Cst. (ATF 138 I 410 consid. 3.1 p. 414; ATA/43/2016 du 19 janvier 2016 consid. 4a). D'une manière générale, les lois cantonales ne doivent rien contenir de contraire à la Cst., ainsi qu'aux lois et ordonnances du droit fédéral (ATF 127 I 185 consid. 2 p. 187; ATA/43/2016 précité; ANDREAS AUER/GIORGIO MALINVERNI/MICHEL HOTTELIER, *Droit constitutionnel suisse*, vol. 1, 3ème éd., 2013, p. 786 n. 2337 ss). Le contrôle préjudiciel permet de déceler et de sanctionner la violation par une loi ou une ordonnance cantonales des droits garantis aux citoyens par le droit supérieur. Toutefois, dans le cadre d'un contrôle concret, seule la décision d'application de la norme viciée peut être annulée (ATA/614/2017 précité consid. 4; ATA/43/2016 précité; PIERRE MOOR/ALEXANDRE FLÜCKIGER/VINCENT MARTENET, *op. cit.*, p. 352 ss n. 2.7.4.2).

b. Aux termes de l'art. 27 Cst., la liberté économique est garantie (al. 1). Celle-ci comprend notamment le libre choix de la profession, le libre accès à une activité économique lucrative privée et son libre exercice (al. 2). Cette liberté protège toute activité économique privée, exercée à titre professionnel et tendant à la production d'un gain ou d'un revenu (ATF 128 I 19 consid. 4c aa; arrêt du Tribunal fédéral 2C_1161/2013 du 27 février 2014 consid. 4.1; ATA/1019/2017 du 27 juin 2017 consid. 6a; ATA/554/2014 du 17 juillet 2014 et les références citées).

c. Selon l'art. 36 Cst., toute restriction d'un droit fondamental doit être fondée sur une base légale; les restrictions graves doivent être prévues par une loi; les cas de danger sérieux, direct et imminent sont réservés (al. 1). Toute restriction d'un droit fondamental doit être justifiée par un intérêt public ou par la protection d'un droit fondamental d'autrui (al. 2) et proportionnée au but visé (al. 3). L'essence des droits fondamentaux est inviolable (al. 4).

d. Les restrictions à la liberté économique peuvent prendre la forme de prescriptions cantonales instaurant des mesures de police proprement dites, mais également d'autres mesures d'intérêt général tendant à procurer du bien-être à l'ensemble ou à une grande partie des citoyens ou à accroître ce bien-être, telles que les mesures sociales ou de politique sociale. Ces restrictions cantonales doivent reposer sur une base légale, être justifiées par un intérêt public prépondérant et, selon le principe de la proportionnalité, se limiter à ce qui est nécessaire à la réalisation des buts d'intérêt public poursuivis (ATA/1019/2017 précité consid. 6c; ATA/554/2014 précité).

Les restrictions cantonales à la liberté économique ne peuvent toutefois se fonder sur des motifs de politique économique et intervenir dans la libre concurrence pour favoriser certaines formes d'exploitation en dirigeant l'économie selon un certain plan, à moins que cela ne soit prévu par une disposition constitutionnelle spéciale (ATF 128 I 3 consid. 3a et b; ATF 125 I 209 consid. 10a et la jurisprudence citée; arrêt du Tribunal fédéral 1C_253/2013 du 1er novembre 2013 consid. 3.2; ATA/1019/2017 précité consid. 6c; ATA/554/2014 précité et les références citées).

e. La LMI a pour but et objet de garantir à toute personne ayant son siège ou son établissement en Suisse l'accès libre et non discriminatoire au marché afin qu'elle puisse exercer une activité lucrative sur tout le territoire suisse (art. 1 al. 1 LMI). Selon l'art. 1 al. 2 LMI, cette loi vise en particulier à faciliter la mobilité professionnelle et les échanges économiques en Suisse (let. a), à soutenir les efforts des cantons visant à harmoniser les conditions d'autorisation d'accès au marché (let. b), à accroître la compétitivité de l'économie suisse (let. c) et à renforcer la cohésion économique de la Suisse (let. d). Par activité lucrative au sens de la présente loi, on entend toute activité non régaliennne ayant pour but un gain (art. 1 al. 3 LMI).

Selon l'art. 2 LMI, toute personne a le droit d'offrir des marchandises, des services et des prestations de travail sur tout le territoire suisse pour autant que l'exercice de l'activité lucrative en question soit licite dans le canton

ou la commune où elle a son siège ou son établissement (al. 1). La Confédération, les cantons, les communes et les autres organes assumant des tâches publiques veillent à ce que leurs prescriptions et décisions concernant l'exercice d'activités lucratives garantissent les droits conférés par l'al. 1 (al. 2).

À teneur de l'art. 3 LMI, la liberté d'accès au marché ne peut être refusée à des offreurs externes. Les restrictions doivent prendre la forme de charges ou de conditions et ne sont autorisées que si elles s'appliquent de la même façon aux offreurs locaux (al. 1 let. a), sont indispensables à la préservation d'intérêts publics prépondérants (al. 1 let. b), répondent au principe de la proportionnalité (al. 1 let. c). Les restrictions ne répondent pas au principe de la proportionnalité lorsque le siège ou l'établissement au lieu de destination est exigé comme préalable à l'autorisation d'exercer une activité lucrative (al. 2 let. c). Les restrictions visées à l'al. 1 ne doivent en aucun cas constituer une barrière déguisée à l'accès au marché destinée à favoriser les intérêts économiques locaux (al. 3).

f. Selon les travaux préparatoires de la LPAI, la commission chargée d'examiner le projet de loi sur l'exercice des professions d'architecte et d'ingénieur avait maintenu, non sans quelques hésitations, l'exigence d'un domicile professionnel dans le canton (art. 3 al. 1 let. b) – sous réserve de l'inscription temporaire (al. 3) – combattue par l'Union patronale genevoise des architectes, ingénieurs et techniciens de la construction, qui avait produit une consultation juridique concluant à l'incompatibilité de cette condition avec l'art. 5 des Dispositions transitoires de l'ancienne Constitution fédérale.

Sans méconnaître qu'il s'agissait là d'une question de droit délicate, le conseiller d'État de l'époque chargé du département avait demandé le maintien de cette disposition, contenue pareillement d'ailleurs dans les lois vaudoise « (art. 3) » et neuchâteloise « (art. 130) » pour le triple motif que le département devait pouvoir aisément communiquer avec un mandataire qui n'était pas éloigné, le cas échéant, de plusieurs centaines de kilomètres et qui connaissait la législation genevoise, déjà fort complexe, que les prestations « direction générale des travaux » et « conduite du chantier » impliquaient une présence quasi permanente sur les lieux de l'ouvrage en construction et que le mandataire qui exerçait une activité régulièrement dans le canton de Genève pouvait aisément créer un domicile professionnel secondaire dans le canton.

La commission s'était ralliée à ce point de vue (MGC 1982/IV p.5209).

g. Dans sa jurisprudence (ATF 116 la 355 consid. 3), le Tribunal fédéral a considéré que l'obligation faite aux architectes de se constituer un domicile professionnel dans le canton de Neuchâtel (art. 130 de la loi neuchâteloise sur les constructions du 12 février 1957, dans sa version du 22 novembre 1978 - RSN LC) était inconstitutionnelle, et cela même si une autorisation particulière pouvait être obtenue de l'autorité en application de l'art. 133 de ladite loi.

Soumettre l'inscription dans le registre neuchâtelois des architectes reconnus, et, partant, le libre exercice de la

profession dans ce canton, à la condition de s'y être créé un domicile professionnel, ne respectait pas le principe de la proportionnalité. Une pareille restriction à la liberté du commerce et de l'industrie n'était pas apte à atteindre le but visé par la loi cantonale qui était de garantir de la part des architectes reconnus un minimum d'expérience pratique des exigences légales et réglementaires du canton.

h. En l'espèce, force est de constater que l'art. 3 al. 1 let. b LPAI est en tout point similaire à la disposition du canton de Neuchâtel déclarée inconstitutionnelle par le Tribunal fédéral.

Il en découle que les motifs de l'arrêt précité peuvent être repris dans la présente cause.

Bien que dans sa réponse du 18 avril 2017 le département n'ait pas indiqué d'intérêt public à ce que l'architecte souhaitant être inscrit de façon permanente au tableau des MPQ soit domicilié professionnellement dans le canton de Genève, la chambre de céans fera les remarques suivantes.

Comme dans la cause neuchâteloise, l'exigence d'un domicile professionnel sur le territoire genevois n'est pas un moyen qui permettrait de garantir que l'architecte dispose des connaissances pratiques nécessaires. Tout architecte, domicilié professionnellement dans le canton de Genève ou en dehors du canton, ne peut acquérir des connaissances pratiques que par l'exécution des mandats qui lui sont confiés. De même, le fait d'être domicilié professionnellement dans un canton tiers n'empêche pas un architecte bien organisé d'assumer efficacement la surveillance des chantiers qui lui sont confiés, à plus forte raison lorsqu'il réside à quelques kilomètres du lieu où s'exerce cette surveillance et de connaître parfaitement les réglementations en vigueur. Cela est d'autant plus vrai que s'agissant du recourant, celui-ci a son domicile professionnel à Lausanne et son domicile civil dans le canton de Genève. Ainsi, l'exigence d'un domicile professionnel ne donne pas l'assurance en tant que telle que l'architecte reconnu est un professionnel ayant une expérience pratique des exigences légales et réglementaires du canton.

Par ailleurs, si l'architecte en cause est jugé incapable, la CAI peut ordonner la radiation provisoire du tableau pour une durée maximum de deux ans (art. 13 al. 1 let. c LPAI). Quant au Conseil d'État, celui-ci peut ordonner la radiation provisoire pour une durée supérieure à deux ans ou la radiation définitive (art. 13 al. 2 LPAI cum art. 5 al. 2 let. b LPAI).

Dans ces conditions il n'est pas besoin d'imposer en plus à l'architecte qui est établi à l'extérieur du canton de Genève mais qui désire y travailler, de choisir entre la constitution d'un domicile professionnel dans le canton (art. 3 al. 1 let. b LPAI), avec les frais que cela comporte et la complication de demander de cas en cas des autorisations temporaires (art. 3 al. 3 LPAI) qui lui seront toujours accordées, s'il s'est révélé compétent et s'il n'a subi aucune condamnation criminelle ou correctionnelle pour des faits portant atteinte à la probité et à l'honneur.

Quant au fait de devoir pouvoir aisément communiquer avec un architecte qui ne soit pas éloigné, ce problème

peut être résolu grâce aux moyens modernes de communication.

Il sied aussi de relever que le canton de Vaud a abrogé l'art. 3 de la loi sur la profession d'architecte du 13 décembre 1966 (LPrA - VD 705.41), dont il est question dans le MGC 1982/IV p.5209, le 7 avril 1998 et que le canton de Neuchâtel n'a pas repris l'obligation faite aux architectes de se constituer un domicile professionnel dans le canton dans la loi sur le registre neuchâtelois des architectes, des ingénieurs civils, des urbanistes et des aménagistes du 25 mars 1996 (Loi sur le registre - RSN 721.0).

Il en découle que l'obligation d'avoir un domicile professionnel dans le canton de Genève pour un architecte souhaitant être inscrit de manière permanente au tableau des MPQ du canton contrevient au principe de la proportionnalité et, partant, à l'art. 27 Cst.

Compte tenu de cette conclusion, la question de savoir si la restriction viole aussi le principe de l'égalité de traitement peut demeurer ouverte.

En outre, force est de constater que l'exigence d'un domicile professionnel dans le canton est contraire à l'art. 3 al. 2 let. c LMI. La possibilité d'obtenir une inscription temporaire n'y change rien, ce qu'a d'ailleurs pertinemment relevé la COMCO dans ses recommandations.

Les griefs seront admis.

Comme vu supra, le requérant doit transmettre au département un extrait de son casier judiciaire avec sa demande d'inscription (art. 2 al. 1 let. c RPAI).

Il est vrai que le RPAI ne précise pas la durée de validité de l'extrait du casier judiciaire sollicité; toutefois cette problématique peut souffrir de rester indécise.

En effet, force est de constater que le recourant a produit un extrait de son casier judiciaire actualisé datant du 19 mai 2017.

Son casier étant vierge, le recourant remplit la condition prévue par l'art. 3 al. 1 let. c LPAI. Quant aux capacités professionnelles suffisantes, celles-ci n'ont jamais été remises en cause par le département, de sorte qu'on peut partir du principe que la condition de l'art. 3 al. 1 let. a LPAI est également réalisée.

Au vu de ce qui précède, le recours sera admis.

Dans la mesure où l'on se trouve dans le cadre d'un contrôle concret d'une norme de droit cantonal, seule la décision du département du 10 février 2017 sera annulée. Il sera ordonné au département d'inscrire le recou-

rant, de manière permanente, au tableau des MPQ du canton de Genève en qualité d'architecte.

Vu l'issue du litige, aucun émolument ne sera mis à la charge du recourant (art. 87 al. 1 LPA). Une indemnité de procédure de CHF 1'000.-, à la charge de l'État de Genève, sera allouée au recourant qui y a conclu et qui s'est fait assister d'un mandataire (art. 87 al. 2 LPA).

PAR CES MOTIFS

LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

à la forme:

déclare recevable le recours interjeté le 13 mars 2017 par Monsieur A_____ contre la décision du département de l'aménagement, du logement et de l'énergie du 10 février 2017;

au fond:

l'admet;

annule la décision du 10 février 2017 du département de l'aménagement, du logement et de l'énergie;

ordonne au département de l'aménagement, du logement et de l'énergie d'inscrire, de manière permanente, Monsieur A_____ au tableau des mandataires professionnellement qualifiés du canton de Genève en qualité d'architecte;

dit qu'il n'est pas perçu d'émolument;

alloue une indemnité de procédure de CHF 1'000.- à Monsieur A_____, à la charge de l'État de Genève;

dit que, conformément aux art. 82 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF - RS 173.110), le présent arrêt peut être porté dans les trente jours qui suivent sa notification par-devant le Tribunal fédéral, par la voie du recours en matière de droit public; le mémoire de recours doit indiquer les conclusions, motifs et moyens de preuve et porter la signature du recourant ou de son mandataire; il doit être adressé au Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14, par voie postale ou par voie électronique aux conditions de l'art. 42 LTF. Le présent arrêt et les pièces en possession du recourant, invoquées comme moyens de preuve, doivent être joints à l'envoi;

communiquera le présent arrêt à Me [...] du recourant, au département de l'aménagement, du logement et de l'énergie, ainsi qu'à la commission de la concurrence (COMCO).

Abkürzungsverzeichnis

Registre des abréviations

Indice delle abbreviazioni

A					
AF	Arrêté fédéral		GebRV		and Trade
AIMP	Accord intercantonal sur les marchés publics		GRUR		Verordnung über
AJP	Aktuelle juristische Praxis (=PJA)		GU		Gebrauchsgegenstände
Amtl. Bull.	Amtliches Bulletin				Gewerblicher Rechtsschutz
AS	Amtliche Sammlung des Bundesrechts				und Urheberrecht
ATF	Arrêts du Tribunal fédéral suisse, Recueil officiel				Gemeinschaftsunternehmen
B			H		
BA	Bundesamt		HGer		Handelsgericht
BB	Bundesbeschluss		HMG		Heilmittelgesetz
BBI	Bundesblatt		I		
BG	Bundesgesetz		IPRG		Bundesgesetz über das internationale Privatrecht
BGBM	Bundesgesetz über den Binnenmarkt		IVöB		Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen
BGE	Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichtes, amtliche Sammlung		J		
BGer	Bundesgericht		JAAC		Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération
BOCE	Bulletin officiel du Conseil des Etats		JdT		Journal des Tribunaux
BOCN	Bulletin officiel du Conseil national		K		
BoeB	Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen		KG		Kartellgesetz
BR	Bundesrat		KMU		Kleine und mittlere Unternehmen
BR/DC	Zeitschrift für Baurecht, Revue du droit de la construction		KSG		Konkordat über die Schiedsgerichtsbarkeit
BUCN	Bollettino ufficiale del Consiglio nazionale		KVG		Bundesgesetz über die Krankenversicherung
BUCSt	Bollettino ufficiale del Consiglio degli Stati		L		
BV	Bundesverfassung		LAA		Loi fédérale sur l'assurance-accidents
BZP	Bundesgesetz über den Bundeszivilprozess		LAMal		Loi fédérale sur l'assurance-maladie
C			LCA		Loi fédérale sur le contrat d'assurance
CC	Code civil		LCart		Loi fédérale sur les cartels et autres restrictions à la concurrence
CE	Communauté Européenne		LCD		Loi fédérale contre la concurrence déloyale
CE	Conseil des Etats		LCsl		Legge federale contro la concorrenza sleale
CF	Conseil fédéral		LDA		Loi fédérale sur le droit d'auteur
FR.	Schweizer Franken / Franchi svizzeri		LDIP		Loi fédérale sur le droit international privé
CO	Code des obligations		LETC		Loi fédérale sur les entraves techniques au commerce
Cost.	Costituzione federale		LF		Loi fédérale / Legge federale
CPC	Code (cantonal) de procédure civile		LL		Legge federale sul lavoro
CPS	Code pénal suisse		LMG		Bundesgesetz über Lebensmittel und Gebrauchsgegenstände
cst.	Constitution fédérale		LMI		Loi fédérale sur le marché intérieur
D			LMP		Loi fédérale sur les marchés publics
DCP	Diritto e politica della concorrenza (=RPW)		LOTG		Legge federale sugli ostacoli tecnici al commercio
DPC	Droit et politique de la concurrence (=RPW)		LPM		Loi fédérale sur la protection des marques
DG	Direction Générale (UE)		LRFP		Loi fédérale sur la responsabilité du fait des produits
E			LSPR		Legge federale sulla sorveglianza dei prezzi
EU	Europäische Union		M		
F			N		
FF	Feuille fédérale		O		
FMG	Fernmeldegesetz		O		Ordonnance
G			OCDE		Organisation de Coopération et de Développement Economique
GATT	General Agreement on Tariffs		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	T	
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
P		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)		
Pra.	Die Praxis des Schweizerischen Bundesgerichts	U	
PrHG	Produkthaftpflichtgesetz	UE	Union Européenne
Publ.CCSPr	Publications de la Commission suisse des cartels et du préposé à la surveillance des prix	UFIAML	Ufficio federale dell'industria, delle arti e mestieri e del lavoro
Püg	Preisüberwachungsgesetz	URG	Bundesgesetz über das Urheberrecht
Q		URP	Umweltrecht in der Praxis (=DEP)
		UWG	Bundesgesetz über den unlauteren Wettbewerb
R		V	
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
REKOWEF	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)	W	
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	X	
RS	Recueil systématique des lois fédérales (=SR)	Y	
RSDA	Revue suisse de droit des affaires (=SZW)	Z	
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)
S		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 -
 abgestimmte Verhaltensweise 445, 464, 468, 526 f., 530 f.
 Abrede 415, 418, 421 441, 445 ff., 470, 478, 483 f., 486,
 490, 497 f., 505, 511 f., 524 ff.
 Acquiring -
 Anhörung 410 f.
 Apotheker/innen -
 Ärzte(-Verband) -

B

Banken 501, 503, 514
 Befristung des Entscheids -
 Breitbanddienste -
 Bündelung vertikaler Restriktionen -

C

D

Debitkarten -
 Domestic Interchange Fee -

E

Effizienzgründe 415, 417
 Effizienzprüfung -
 Einstellung einer Untersuchung -
 einvernehmliche Regelung -
 Erheblichkeit -
 Exklusivvertrieb -

F

G

geografische Beschränkungen -
 Grosskunden-Märkte -

H

Hersteller und Grossisten von Tierarznei-
 mitteln -

I

Indizienbeweis 430
 Interchange Fee -
 Internalisierung eines Kostenfaktors -

J

K

kollektive Marktbeherrschung 483
 Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen 408, 448,
 461, 486, 491, 494, 499, 503, 506, 540
 Koppelungsgeschäft -

Kostenraster -

Krankenversicherer -

Kreditkarten 461

Kreditkarten-Akzeptanzgeschäft -

L

legitimate business reasons 415

M

Marktaufteilung -

marktbeherrschende Stellung 409, 411, 414, 468, 472 f.,
 481 ff., 488 f., 492, 494, 498, 504, 507, 511 f.

Marktgegenseite 448 f., 464, 474 ff., 488, 492, 507 f., 510

Marktorganisation -

Marktstruktur 407, 409, 419, 450, 452, 472, 492

Marktzutrittsschranken 416

Meldepflicht 407, 409, 472, 487 f., 491 ff., 495, 499, 506 f.,
 512

Missbrauch 410 f., 446

N

Netzwerk 466, 473, 507

Netzwerkkosten -

Nichtdiskriminierungsklausel -

O

P

Parallelverhalten -

potenzieller Wettbewerb 450, 482

Preisabrede 447, 451, 453, 527, 531

Preisbindung zweiter Hand -

Q

Quersubventionierung -

R

Rabatte 441, 525, 529

Reduktion der Sanktion 458

S

Sanktionen 453 f., 459 f.

Senkung Herstellkosten -

Submission 423, 426 ff., 432 ff., 447, 450 ff., 455, 457, 460

Submissionskartell 452

T

Tarife -

Tarifvertrag -

Tierärzte/innen-

Transparenzmassnahmen -

U

Umstossung der Vermutung -

Untersuchung 410 ff., 419 ff., 426, 433, 441 f., 444 f., 447,
449 ff., 454 f., 458 f., 488, 525 f., 529

unzulässige Wettbewerbsabrede 445, 454, 460, 524 f.,
528 f.

V

vermutungsweise unzulässige Vertikalabrede -

Veröffentlichung -

Verschulden 455 f.

Vierparteiensysteme -

vorbehaltene Vorschriften 445, 472, 506

vorgezogene Recyclinggebühren -

W

Wettbewerb um den Markt -

X**Y****Z**

Zahlungsmittel -

zweiseitige Märkte -