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

2022/3

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: 727.000.22/3)

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**

2022/3

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 2022

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]
		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**

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

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]
		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**

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

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]
		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**

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

Inhaltsübersicht / Sommaire / Indice **2022/3**

B Verwaltungsrechtliche Praxis
Pratique administrative
Prassi amministrativa

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

1. Vorabklärungen
Enquêtes préalables
Inchieste preliminari

1. [Brandschutzsystem]-Elemente 573

4. Beratungen
Conseils
Consulenze

1. Beistellungsmodell beim Gasverkauf durch Dritten an Endkundinnen und Endkunden eines Gasnetzbetreibers 580
2. Plattform Valuu der PostFinance AG 585
3. Unternehmenszusammenschluss und Nebenabreden 593

B 2 **Wettbewerbskommission**
Commission de la concurrence
Commissione della concorrenza

3. Unternehmenszusammenschlüsse
Concentrations d'entreprises
Concentrazioni di imprese

1. XLCH Holding/LIPO 597
2. Burkhalter Holding AG/poenina holding ag 600
3. Swiss Life/Vauban/Wascosa 605
4. Astorg/Corden Pharma 609
5. Bain Capital Investors LLC/Baring Private Equity Asia/CitiusTech Healthcare B.V. 611
6. EQT AB/Baring Private Equity Asia Group Limited 613
7. TA Associates/Vista Equity Partners/iCIMS 618
8. Sony/Honda/JV 620
9. CSL Limited/Vifor Pharma AG 624
10. KKR/PAI Partners/BCI/Refresco 632
11. DT Holding/TRATON/Volvo/JV 635
12. Permira/Hellmann & Friedman/Zendesk 638
13. DigitalBridge/Brookfield/Deutsche Telekom/DFMG 641
14. Galenica AG/Medicall AG 644
15. PAI Partners/Carlyle/Theramex 650
16. ELSA/AAM-Aktionäre/AAM 654
17. Universitätsspital Basel/Bethesda Spital AG 657

7. Stellungnahmen
Préavis
Preavvisi

1. Umsetzung der Änderung vom 1. Oktober 2021 des Energiegesetzes auf Verordnungsstufe und weitere Verordnungsänderungen im Bereich des Bundesamts für Energie mit Inkrafttreten Anfang 2023 – Vernehmlassung 670

B 3 **Bundesverwaltungsgericht**
Tribunal administratif fédéral
Tribunale amministrativo federale

1. Urteil vom 16. August 2022 in Sachen X. AG gegen WEKO – Sanktionsverfügung vom 19. Oktober 2015 676
2. Urteil vom 16. August 2022 in Sachen Y. AG gegen WEKO – Sanktionsverfügung vom 19. Oktober 2015 716
3. Urteil vom 16. August 2022 in Sachen Z. AG gegen WEKO – Sanktionsverfügung vom 19. Oktober 2015 755
4. Urteil vom 1. Mai 2022 in Sachen Sanktion im Verfahren Sport im Pay-TV 796

Abkürzungsverzeichnis (deutsch, français e italiano) 886

Index (deutsch, français e italiano) 888

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 1. Vorabklärungen
Enquêtes préalables
Inchieste preliminari

B 1.1 1. [Brandschutzsystem]-Elemente

Schlussbericht des Sekretariats der WEKO vom 17. Mai 2022 in Sachen Vorabklärung gemäss Art. 26 KG betreffend [Brandschutzsystem]-Elemente wegen allenfalls unzulässiger Wettbewerbsabreden gemäss Art. 5 KG

A Verfahrensablauf

1. Das Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend: Sekretariat) eröffnete am 7. Mai 2021 die Vorabklärung «[Brandschutzsystem]-Elemente» gemäss Art. 26 KG[1]. Hintergrund war eine Meldung, wonach die Offerten zu den [Brandschutzsystem]-Elementen beim privaten Bauprojekt […] Auffälligkeiten aufweisen würden, die auf mutmasslich kartellrechtswidrige Abreden zwischen den [Brandschutzsystem]-Vertreiberinnen und/oder der Herstellerin hinweisen könnten.

2. Mit Schreiben vom 7. Mai 2021 informierte das Sekretariat die betroffenen Unternehmen, namentlich die fünf an der Ausschreibung beteiligten Vertreiberinnen ([…], nachfolgend: [Vertreiberin 1]; […], nachfolgend: [Vertreiberin 2]; […], nachfolgend: [Vertreiberin 3]; […], nachfolgend: [Vertreiberin 4], und […], nachfolgend: [Vertreiberin 5]) sowie die Herstellerin ([…], nachfolgend: [Herstellerin]) über die Eröffnung der Vorabklärung.[2] Gleichzeitig forderte es die betroffenen Unternehmen zur Stellungnahme zu den Auffälligkeiten auf. Alle Unternehmen reichten fristgerecht ihre Stellungnahmen sowie die gewünschten weiteren Unterlagen, insbesondere Offerten zu anderen Projekten, ein.[3]

3. Weitere Auskunftsbegehren fanden im August 2021 statt.[4] Hervorzuheben ist, dass das Sekretariat die Herstellerin ersuchte, die Kalkulationstools einzureichen, welche sie den Vertreiberinnen zur Verfügung stellt. Die Unternehmen kamen den Auskunftsbegehren wiederum fristgerecht nach. In der Folge nahm das Sekretariat eigene Berechnungen mit den Kalkulationstools vor und informierte die Unternehmen im September 2021 über den beabsichtigten weiteren Verfahrensverlauf.[5]

4. Im November und Dezember 2021 führte das Sekretariat Parteieinvernahmen gemäss Art. 42 Abs. 1 KG mit ausgewählten Vertreiberinnen durch, namentlich mit der […], der […] und der […].[6] Die Unternehmen informierte es über diesen Verfahrensschritt und teilte ihnen zugleich den beabsichtigten weiteren Verfahrensablauf mit.[7] Nach Auswertung dieser Einvernahmen führte das Sekretariat im Februar 2022 zudem eine Parteieinvernahme mit der Herstellerin […] durch.[8] Anfangs März 2022 stellte das Sekretariat den Unternehmen in Aussicht, es werde in den nächsten Monaten über den weiteren Verlauf der Vorabklärung entscheiden und ihnen diesen Entscheid anschliessend mitteilen.[9]

B Sachverhalt

5. In diesem Kapitel wird in der gebotenen Kürze der sachverhaltsmässige Rahmen dargestellt, in dem das Verhalten eingebettet ist, das zur Eröffnung dieser Vorabklärung führte. Auf einzelne, spezifische Sachverhaltspunkte, die für die Beurteilung entscheidend sind, ob Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung bestehen, wird demgegenüber im Kapitel D (Rz 27 ff.) noch näher eingegangen.

[1] Bundesgesetz vom 6.10.1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251).
[2] Act. I.1–6.
[3] Act. I.7–14.; Act, I.19.
[4] Act. I.33–34.
[5] Act. I.36–41.
[6] Act. II.1.1–1.5; Act. II.2.1–2.5; Act. II.3.1–3.5.
[7] Act. I.49–55.
[8] Act. II.4.1–4.3.
[9] Act. I.56–61.

B.1 Die [Brandschutzsystem]-Elemente und deren Vertrieb

6. [Brandschutzsystem]-Elemente sind Aussparungselemente, die eine montagefertige, feuerbeständige […] Komplettlösung zur Abschottung von Steigzonen in Bauten darstellen. Das Produkt, welches vor allem für grössere Bauten eingesetzt wird[10], wird projektspezifisch und massfertig werkseitig vorgefertigt und kann so direkt vor Ort auf der Baustelle eingebaut werden. Die für die verschiedenen Leitungen (z. B. Elektro, Wasser etc.) benötigten so genannten Durchführungen können formgenau vor Ort durch eine [Brandschutzsystem]-Vertreiberin ausgeführt werden. Gemäss Herstellerin bestehen die Hauptvorteile – neben der Feuerbeständigkeit […] – darin, dass die Elemente […].[11]

7. Der Einsatz von [Brandschutzsystem]-Elementen ist nur eine mögliche Variante von Abschottungs- und Brandschutzsystemen. [Brandschutzsystem] unterscheidet sich von konventionellen Systemen durch […]. Sind für ein Bauprojekt nicht alle diese Anforderungen erforderlich, so werden konventionelle Abschottungssysteme oftmals vorgezogen, da diese meistens günstiger sind.[12]

8. Das [Brandschutz]-System wurde von der Herstellerin […] entwickelt und ist seit [2012–2015] erhältlich.[13] Das [Brandschutzsystem]-Produkt wird von der [Herstellerin] durch eigenständige Vertreiberinnen in der Schweiz vertrieben. Die massgefertigten [Brandschutzsystem]-Elemente werden von einem externen Logistikunternehmen von der Herstellungsstätte Nähe […] auf die jeweilige Baustelle geliefert und dort bauseitig im Rohbaustadium eingesetzt.[14] Die Vertreiberinnen führen alsdann vor Ort die Durchführungen aus. Zum Zeitpunkt dieser Vorabklärung arbeitet die [Herstellerin] in der Schweiz mit [5–15] Vertreiberinnen zusammen. Die Zusammenarbeit mit weiteren Unternehmen ist in naher Zukunft geplant.[15] Die [Herstellerin] nimmt aber auch Bestellungen von Dritten, also anderen als ihren Vertreiberinnen, bezüglich [Brandschutzsystem]-Elementen entgegen und führt diese aus.[16]

9. Die von der Vorabklärung betroffenen Vertreiberinnen sind hauptsächlich in der Dämmungs- und/oder Isolierbranche tätig. Wie bereits beschrieben, werden im Bereich des Brandschutzes und der Abschottung neben dem [Brandschutzsystem]-Produkt auch und vor allem konventionelle Brandschutzprodukte eingesetzt. Somit steht [Brandschutzsystem] regelmässig mit konventionellen Aussparungen und anderweitigen Brandabschottungen im Wettbewerb. Manche Vertreiberinnen geben an, weniger als [0–15] % ihres Umsatzes im Bereich Brandschutz mit [Brandschutzsystem]-Produkten zu erzielen.[17]

10. Im Vorfeld eines Bauprojektes können die Vertreiberinnen bereits anlässlich der Erstellung einer Richtofferte oder anlässlich der Devisierung involviert sein.[18] Sie können die Bauherrin bezüglich des geeigneten Systems beraten und erstellen allenfalls das Devis. Häufig holt der Architekt oder die Planerin in der Planungsphase und somit anlässlich der Wahl für ein Aussparungs- und Brandabschottungssystem eine Richtofferte u. a. auch bei einer [Brandschutzsystem]-Vertreiberin ein.[19] Sollte sich der Bauherr für das [Brandschutzsystem]-Produkt entscheiden und das Devis ist bereits erstellt, so nimmt die ausführende Vertreiberin bezüglich der Elemente lediglich die Funktion einer Händlerin ein. Bezüglich der Durchführungen hingegen nimmt die Vertreiberin eigene Arbeiten auf der Baustelle vor, was dann auch einen grösseren Spielraum bei der Offerte zulässt.

11. Bei den Offertanfragen ist zwischen Offerten «ab Plan» und Offerten «ab Devis» zu unterscheiden.[20] Bei den allermeisten Offertanfragen handelt es sich um Offerten «ab Plan». Die Vertreiberin berechnet gemäss Bauskizze die notwendigen [Brandschutzsystem]-Elemente und deren Grösse und Menge. Beim [näher betrachteten Projekt] handelte es sich um eine Offerte «ab Devis», d. h. die Mengen und Grössen der [Brandschutzsystem]-Elemente und die Spezifitäten der Durchführungen wurden vom Generalunternehmer exakt vorgegeben.[21] Dies bewirkte, dass sich die Offerten nicht in der Zusammenstellung der einzelnen Positionen unterschieden. Die Offerten konnten sich ausschliesslich auf Basis des Preises und allfälliger Konditionen (z. B. Rabatt) voneinander differenzieren.

B.2 Die Ausschreibung beim Projekt […]

B.2.1 Die Ausschreibung

12. Im Projekt […] hat der Projektleiter des Generalunternehmens […] (nachfolgend: GU) die [Herstellerin] zwecks Devisierung kontaktiert.[22] Das ist insofern unüblich, da die Devisierung für gewöhnlich seitens der Vertreiberinnen erfolgt (vgl. Rz 11).[23] Das Devis wurde von der [Herstellerin] auf Basis der zugestellten Aussparungs- und Koordinationspläne für das GU erstellt.[24] Die Ausschreibungsunterlagen wurden […] 2021 auf […] veröffentlicht. Die [Herstellerin] hat am […] 2021 ihre [Brandschutzsystem]-Vertreiberinnen auf die Ausschreibung aufmerksam gemacht.[25]

B.2.2 Die Offerteingaben

13. Alle fünf von dieser Vorabklärung betroffenen [Brandschutzsystem]-Vertreiberinnen haben im Zeitraum vom […] 2021 ihre Offerte eingereicht.[26] Darin ist insbesondere auffällig, dass die Einheitspreise der einzelnen Positionen bei den teureren Offerten in einem exakten Verhältnis von denjenigen der günstigsten Offerte abweichen – sie sind um einen bestimmten Prozentsatz höher. Und dies trifft nicht etwa nur bei vereinzelten Positionen zu, sondern zieht sich jeweils durch die gesamte

[10] https://www.[...] (25.7.2022). […] ist bei Hochhäusern in der Schweiz zwingend (siehe Act. I.19, 2).
[11] Projektdokumentation […], abrufbar unter: https://www.[...] (25.7.2022).
[12] Act. I.19, 2.
[13] Act. II.4.1.
[14] Act. II.4.1.
[15] Act. II.4.1.
[16] Act. II.4.1.
[17] Act. I.14, 1; Act. I.19, 1.
[18] Act. II.4.1.
[19] Act. II.4.1.
[20] Act. I.14, 2.
[21] Act. I.14, 2.
[22] Act. I.7.
[23] Act. II.4.1.
[24] Act. II.4.1.
[25] Act. II.4.1.
[26] Act. I.7–14. ; Act, I.19.

Offerte durch. Der Prozentsatz bleibt dabei pro Offerte durchgehend stets derselbe. Die nachfolgende Tabelle zeigt, wie sich die Einheitspreise zwischen den einzelnen Offerten verhalten:

Unternehmen	Verhältnis zur günstigsten Offerte
[Vertreiberin 1]	[100–115] %
[Vertreiberin 2]	[100–115] %
[Vertreiberin 3]	[100–115] %
[Vertreiberin 4]	[100–115] %
[Vertreiberin 5]	[100–115] %

B.2.3 Die Abgebotsrunden

14. Im Anschluss an die Offerteingaben kam es zu zwei Abgebotsrunden, bei denen die Vertreiberinnen ihre Offerten mittels zusätzlicher Preisnachlässe oder anderweitiger Konditionen verbessern konnten.[27] Die zweite und letzte Abgebotsrunde fand in Form von separaten Vergabegesprächen am selben Tag statt. Anlässlich dieser Gespräche konfrontierte das GU die Vertreiberinnen mit den Auffälligkeiten. Das GU vermutete, dass den prozentualen Abweichungen in den Offerten (siehe Rz 13) eine koordinierte Verhaltensweise zwischen den Vertreiberinnen zugrunde liegen könnte. Die Vertreiberinnen verneinten dies und erklärten die Auffälligkeiten mit den Kalkulationstools, die sie verwenden würden. Vor diesem Hintergrund forderte das GU die Vertreiberinnen dazu auf, eine Konventionalstrafe von CHF [50 000–120 000] für den Fall eines Verstosses gegen das Kartellgesetz zu unterschreiben.[28] Diese Konventionalstrafe wurde von […] Vertreiberinnen unterzeichnet.[29]

B.2.4 Die Vergabe

15. Das Angebot der [Vertreiberin […]] belief sich nach den Abgebotsrunden auf CHF [200 000–400 000] netto[30] und war die günstigste der fünf Offerten. Das GU hat den Auftrag in der Folge an Vertreiberin […] vergeben.

B.3 Die Kalkulationstools für [Brandschutzsystem]-Elemente

16. Die Herstellerin stellt ihren [Brandschutzsystem]-Vertreiberinnen mehrere Kalkulationsinstrumente zur Verfügung, um diese sowohl in der Angebotsphase als auch in der Bestellungsphase zu unterstützen.[31] Im vorliegenden Fall kamen drei verschiedene Kalkulationsinstrumente zur Anwendung: das KalkTool […] für die [Brandschutzsystem]-Elemente, die Kalkulationshilfe Durchführungen […] und die Kalkulationshilfe Durchführungen […].[32] Die Kalkulationsinstrumente basieren allesamt auf Excel.

17. Das KalkTool […] erlaubt es den Vertreiberinnen, die genauen Masse (Länge, Breite, Dicke) der zu bestellenden Elemente einzugeben und so ihren Einkaufspreis bei der Herstellerin zu ermitteln. Um den Verkaufspreis zu berechnen, können die Vertreiberinnen zudem allfällige Zuschläge (Kosten, Marge) oder Konditionen (z. B. Rabatte oder Skonti) anhand eines prozentualen Auf- resp. Abschlags, der einheitlich auf alle Elemente angewandt wird, auf den Einkaufspreis direkt im Tool anwenden.[33] Schlussendlich können die Vertreiberinnen nach Eingabe der Masse der Elemente den Lieferschein erstellen und ausdrucken und danach zur Bestellung an die Herstellerin übermitteln. Anders als die Masse und Elementanzahl, welche für die Bestellung an die Herstellerin übermittelt werden, werden die Angebotspreise dabei nicht an die Herstellerin kommuniziert.[34]

18. Die Kalkulationshilfen Durchführungen […] und […] werden für die Preisbestimmung der Brandschutzdurchführungen, d. h. der Arbeiten der Vertreiberinnen auf der Baustelle, genutzt. In den Kalkulationshilfen können die bei den [Brandschutzsystem]-Elementen durchzuführenden Leitungen mit ihren jeweiligen Durchmessern eingetragen werden (z. B. Warmwasser-Leitungen oder Lüftungskanäle). In den Kalkulationshilfen sind sodann Werte für den Materialaufwand (z. B. die benötigte Länge Fugenschnur je nach Durchmesser eines Rohrs) und Zeitaufwand (in Minuten und Sekunden) hinterlegt, die für die Vornahme der entsprechenden Brandverschlüsse von der Herstellerin unter Laborbedingungen ermittelt wurden.[35] Die Vertreiberinnen könnten jedoch sämtliche Werte sowie auch den Stundenansatz in den Kalkulationshilfen individuell anpassen.[36] Allerdings zeigte sich bei den Auswertungen der Kalkulationsinstrumente durch das Sekretariat, dass die Zellbezüge im Excel teilweise ungenau hinterlegt waren, wodurch bei den meisten Komponenten nicht der durch die Vertreiberin eingesetzte Stundenansatz zur Anwendung gelangte, sondern der von der Herstellerin verwendete Stundenansatz. Wie im KalkTool […] können die Vertreiberinnen in diesen Kalkulationsinstrumenten die Zu- und Abschläge, die einheitlich auf alle Positionen angewendet werden, direkt im Tool einfügen und so den Verkaufspreis ermitteln.

19. Die von der vorliegenden Vorabklärung betroffenen Vertreiberinnen arbeiten alle mit den von der [Herstellerin] zur Verfügung gestellten drei Kalkulationstools zur Berechnung ihrer Verkaufs- bzw. Offertpreise.[37] Die Kalkulationshilfen für Durchführungen wurde gemäss

[27] Act. I.12, 3.
[28] Act. I.9, 6.
[29] Act. I.7–14. ; Act, I.19.
[30] Act. I.12, 5.
[31] Act. I.34.
[32] […]-Durchführungen verzichten anders als […]-Durchführungen auf den Feuerwiderstand; […] (Act. II.4.1).
[33] Act. I.34.
[34] Act. I.34.
[35] Act. I.34.
[36] Bei der […] wird das zu verwendende Material allerdings in der Zertifizierung genauer bezeichnet und dadurch vorgegeben. Diesbezügliche Abweichungen durch die Vertreiberinnen sind daher nicht möglich.
[37] Act. I.10–14.

Herstellerin sogar auf Wunsch der Vertreiberinnen eingeführt resp. mit der Möglichkeit des Einsetzens von Zu- und Abschlägen ausgestaltet, da die Vertreiberinnen bereits mit ähnlichen Systemen z. B. im Isolierbereich arbeiteten.[38]

C Rechtliche Ausgangslage

C.1 In kartellrechtlicher Hinsicht

20. Abreden, die den Wettbewerb auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen erheblich beeinträchtigen 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).

21. 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).

22. Vier Elemente zeichnen diese gesetzliche Definition einer Wettbewerbsabrede aus: 1) eine Verhaltenskoordination als Oberbegriff, der die Vereinbarung und die aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen umfasst; 2) Unternehmen auf gleicher oder verschiedenen Marktstufen; 3) Wettbewerbsbeschränkung sowie 4) Bezwecken oder Bewirken.[39] Näher einzugehen ist nachfolgend auf das erste Element, die Verhaltenskoordination.

23. Die eine Variante der Verhaltenskoordination ist die Vereinbarung. Eine solche kommt durch übereinstimmende gegenseitige Willensäusserungen der Parteien zustande (Art. 1 Abs. 1 OR), wobei die Willensäusserungen entweder ausdrücklich (schriftlich oder mündlich) oder konkludent (Art. 1 Abs. 2 OR) oder unter Umständen gar stillschweigend (Art. 6 OR) erfolgen können. Entscheidend ist letztlich ein Wille, sich zu binden.[40] Ob ein natürlicher Konsens (auch: tatsächlicher Konsens) vorliegt, ist eine Tatfrage, das heisst, auf Ebene des Sachverhalts mit Hilfe von Beweisen festzustellen.

24. Die andere Variante der Verhaltenskoordinaton ist die aufeinander abgestimmte Verhaltensweise. Diese setzt drei Elemente voraus: 1) eine Abstimmung und 2) deren Umsetzung, wobei zwischen diesen beiden Elementen 3) ein Kausalzusammenhang bestehen muss.[41]

C.2 In verfahrensrechtlicher Hinsicht

25. Gemäss Art. 27 KG eröffnet das Sekretariat zusammen mit einem Mitglied des Präsidiums eine Untersuchung, wenn Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung bestehen. Eine Vorabklärung – wie hier – ist eine Vorstufe zu einer Untersuchung. Sie dient der Abklärung, ob solche Anhaltspunkte bestehen. Anhand des Ergebnisses der Vorabklärung entscheidet sich der weitere Verlauf, wobei drei Konstellationen möglich sind:

- Liegen keine Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung vor, schliesst das Sekretariat die Vorabklärung ohne Folgen. Die Wettbewerbskommission ist nicht an diesen Entscheid gebunden.
- Lässt sich eine Wettbewerbsbeschränkung in Zukunft verhindern, indem die Unternehmen ihr Verhalten anpassen, kann das Sekretariat die hierfür erforderlichen Massnahmen im Schlussbericht festhalten. Das Sekretariat schliesst diesfalls die Vorabklärung mit der Anregung dieser Massnahmen ab. Dieses Vorgehen kommt primär bei Verhaltensweisen in Betracht, die vom KG nicht mit einer Busse sanktioniert werden.
- Liegen Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung vor und fällt die Anregung von Massnahmen ausser Betracht, wird in der Regel eine Untersuchung eröffnet.

26. Nachfolgend ist daher in einem ersten Schritt zu beantworten, ob Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung bestehen. Im Zentrum wird dabei die Frage stehen, ob Anhaltspunkte dafür bestehen, dass zwischen den von der Vorabklärung betroffenen Unternehmen eine Verhaltenskoordination im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG stattfand. In einem zweiten Schritt ist alsdann – gestützt auf dieses Ergebnis – über das weitere Vorgehen zu befinden.

D Beurteilung, ob Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung bestehen

D.1 Verhaltenskoordination zwischen den Vertreiberinnen

27. Die vorliegende Vorabklärung wurde aufgrund von Auffälligkeiten in den Offerten der Vertreiberinnen im Rahmen des Projekts […] eröffnet. Auffällig waren vor allem die Offertpreise der fünf Vertreiberinnen, welche in allen Offertpositionen in einem exakten prozentualen Verhältnis voneinander abwichen (vgl. auch Rz 13). Auch fiel auf, wie bei den Durchführungen gerundet bzw. nichtgerundet wurde.[42] Auffällig waren ferner die angebotenen zusätzlichen Konditionen. Ein Skonto wurde in keiner Offerte angeboten, hingegen enthielten alle einen Rabatt. Der offerierte Rabatt belief sich bei vier Offerten identisch auf je [0–5] %. Bei derjenigen Offerte, welche die teuersten Einheitspreise enthielt, betrug der Rabatt demgegenüber [0–5] %, womit sich diese mehr ins Feld der teureren Offerten «einbettete», aber gleichwohl nicht in die Nähe der günstigsten Offerte gelangte. Schliesslich waren einzig in der günstigsten Offerte bei allen drei Positionen der «Arbeiten nach Aufwand» Beträge eingesetzt worden, während die übrigen Offerten diesbezüglich lückenhaft ausgefüllt erschienen.

[38] Act. II.4.1.
[39] BGE 147 II 72 E. 3.1.
[40] BGE 147 II 72 E. 3.3.
[41] BGE 147 II 72 E. 3.4.1 ff.
[42] Auffällig an diesen Offerten war, dass bei der günstigsten Offerte die Einheitspreise für Bohrungen und Brandschutzdurchführungen für Leitungen jeweils auf die nächsten 5 Rappen gerundet erschienen, bei den teureren Offerten hingegen keine Rundungen erfolgt sind. Bei diesen Offerten endeten die Einheitspreise dieser Positionen jeweils auf einzelne Rappen.

28. Diese Auffälligkeiten können darauf hindeuten, dass die Offerten im Vorfeld miteinander koordiniert worden waren und dabei die günstigste Offerte als «Ausgangspunkt» diente. Dabei würde es sich um eine Verhaltenskoordination im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG handeln. Im Rahmen der Vorabklärung wurde deshalb abgeklärt, ob sich diese Auffälligkeiten zu Anhaltspunkten verdichten oder nicht.

29. Das Sekretariat hat die Herstellerin und die Vertreiberinnen mit diesen Auffälligkeiten im Rahmen eines Auskunftsbegehren konfrontiert.[43] Alle Vertreiberinnen verneinten vehement, dass sie ihre Offerten untereinander koordiniert hätten, und wiesen auf den Einsatz der Kalkulationstools hin.[44] Insbesondere die konstanten prozentualen Abweichungen bei den Preisen aller Positionen in den Offerten der Vertreiberinnen führten sie auf die Verwendung der Kalkulationshilfen zurück.

30. Das Sekretariat hat vor diesem Hintergrund die Kalkulationstools genauer betrachtet:

- Beim KalkTool […] für die Elemente ist es so, dass sich die Angebotspreise der Vertreiberinnen ausschliesslich aufgrund der individuell angewandten Zu- und Abschläge unterscheiden können, wenn sie mit den gleichen Parametern (Anzahl und Masse der Elemente) rechnen. Individuelle Kosten- oder Margenberechnungen fliessen also ausschliesslich in die Zu- und Abschläge ein. Im Kalkulationstool lassen sich nicht unterschiedliche Zu- und Abschläge für jedes einzelne Element bestimmen, sondern sie werden vielmehr an einer einzigen Stelle einheitlich für alle Elemente zusammen eingefüllt (was in der vorliegenden, spezifischen Fallkonstellation durchaus verständlich und angebracht erscheint). Da diese Zu- und Abschläge als Prozentsätze auf den Einkaufspreis berechnet werden, weichen die verschiedenen finalen Offertpreise entsprechend auch in prozentualer Weise voneinander ab.
- Bei den Kalkulationstools für die Durchführungen verhält es sich insofern gleich. Auch hier werden die Zu- und Abschläge an einer einzigen Stelle einheitlich für alle Durchführungsarbeiten als Prozentsätze eingesetzt. Allerdings haben hier die Vertreiberinnen zudem die Möglichkeit, die in den Kalkulationshilfen hinterlegten Richtwerte (z. B. Material- oder Zeitaufwand) oder den Stundenansatz individuell anzupassen (siehe hierzu Rz 18). Eine Änderung der unter Laborbedingungen ermittelten Richtwerte für den Material- und insbesondere den Zeitaufwand erscheint jedoch wenig zweckmässig, solange genügend eigene Erfahrungswerte fehlen. Demgegenüber erscheint eine individuelle Anpassung des anzuwendenden Stundenansatzes von Anfang an praktikabel und naheliegend.

31. Beim fraglichen Projekt […] waren die Parameter (Anzahl und Masse der Elemente resp. Durchführungen) im Devis exakt vorgegeben und von den Vertreiberinnen für die Offerterstellung unverändert zu übernehmen (vgl. Rz 11). Dass die Offerten der Vertreiberinnen bei den Elementen in einem prozentualen Verhältnis voneinander abweichen, erklärt sich daher durch die Verwendung des KalkTool […]. Bei den Durchführungen verhält es sich vorliegend ebenso. Denn eine Anpassung der hinterlegten Richtwerte für Material- und Zeitaufwand ist nicht zu erwarten und erfolgte Seitens der Vertreiberinnen auch nicht. Da die Zellbezüge im Excel ungenau hinterlegt waren (siehe Rz 18), konnte zudem eine allfällige individuelle Anpassung des Stundenansatzes nicht in die Berechnung einfliessen. Entsprechend konnten sich auch hier die Offerten einzig durch die Zu- und Abschläge unterscheiden, was die genaue prozentuale Abweichung der einzelnen Offerten erklärt. Gezeigt hat sich zudem, dass die vermeintlich unterschiedlichen Rundungen bzw. Nichtrundungen auf die Kalkulationstools zurückgehen, indem die Berechnungen im einen Fall zufälligerweise regelmässig auf 0 oder 5 Rappen landeten. In ihren Stellungnahmen haben sodann mehrere Vertreiberinnen überzeugend dargelegt, dass die drei Positionen «Arbeit nach Aufwand» nicht unvollständig ausgefüllt sind bzw. weshalb sie dort keinen Eintrag machten. Demnach können die ursprünglichen Auffälligkeiten, die bei der Eröffnung der Vorabklärung auf eine Verhaltenskoordination zwischen den Vertreiberinnen hindeuteten, insbesondere durch die Verwendung der Kalkulationsinstrumente durch die Vertreiberinnen anlässlich der Offertberechnung erklärt werden. Das stimmt im Übrigen auch mit den Vorbringen der Vertreiberinnen überein, die diese gegenüber dem GU und auch in den Stellungnahmen an das Sekretariat geäussert haben. Diese Auffälligkeiten haben sich demnach nicht zu Anhaltspunkten verdichtet, sondern wurden im Gegenteil entkräftet.

32. Allerdings tauchte im Rahmen der Vorabklärung eine andere Ungereimtheit auf, die auf eine Verhaltenskoordination hindeuten könnte. Vier der fünf Vertreiberinnen reichten Auszüge ihrer Berechnungen in den Kalkulationstools für das Projekt […] ein. Anhand von eigenen Berechnungen in den von der Herstellerin zur Verfügung gestellten Kalkulationsinstrumenten konnte das Sekretariat feststellen, dass mindestens drei[45] der fünf Vertreiberinnen in ihren Offerten die Zu- und Abschläge bei diesem Projekt in einem zweistufigen Verfahren berechnet haben. Alle vier Vertreiberinnen, die ihre Berechnungen einreichten, haben in einem ersten Berechnungsschritt mit identischen Zuschlägen von [30–50] % und [0–5] % bei den [Brandschutzsystem]-Elementen sowie [30–50] % und [0–5] % bei den Durchführungen gerechnet. Erst in einem zweiten Berechnungsschritt – teilweise ausserhalb der Kalkulationstools – rechneten drei dieser vier Vertreiberinnen noch einen zusätzlichen prozentualen Zuschlag auf, wodurch es zu den offerierten Preisunterschieden kam.

[43] Act. I.1–I.6.
[44] Act. I.7. und Act. I.10–I.14.
[45] Die fünfte Vertreiberin hat keine Auszüge zu ihren Berechnungen in den Kalkulationshilfen eingereicht, so dass diese Frage bezüglich ihr nicht abschliessend geklärt werden kann.

33. Die unterschiedlichen Offertpreise der Vetreiberinnen kamen erst in einer zweiten Anwendung von Zu- und Abschlägen ausserhalb der Kalkulationshilfen zustande. Die eingereichten Offerten aus anderen Ausschreibungsprojekten und die Aussagen der mündlich befragten Vertreiberinnen zeigen, dass eine solch zweistufige Berechnung unüblich ist und die Vertreiberinnen bei anderen Projekten anders vorgegangen sind. Als Gründe, warum sie beim Projekt […] die Offertpreise zweistufig berechneten, führten die Vertreiberinnen einerseits die spezielle […]-Ausführung an, mit der sie noch wenig Erfahrung hätten, und andererseits das rigide und vorgefertigte Leistungsverzeichnis sowie – mangels Einbezugs bei der Erstellung des Leistungsverzeichnisses – die fehlende Kenntnis der Gegebenheiten vor Ort im Zeitpunkt der Offertstellung.[46] Diese Erklärungen kann das Sekretariat nur bedingt nachvollziehen. Da diese allfälligen zusätzlichen Risiken und Ungewissheiten ebenfalls mit Hilfe eines prozentualen Zuschlags berücksichtigt wurden, hätte diese zusätzliche Zuschlagserhöhung auch gleich im ersten Berechnungsschritt mit einbezogen werden können und hätte nicht ausserhalb der Kalkulationshilfen berechnet werden müssen. Vertieft zu werden braucht dies letztlich nicht, denn die hier erfolgte, unübliche Zweistufigkeit der Berechnung für sich ist keine Auffälligkeit, die als solche auf eine Verhaltenskoordination zwischen den Vertreiberinnen hindeuten könnte.

34. Demgegenüber könnte die Tatsache, dass die Vertreiberinnen im ersten Berechnungsschritt identische Zu- und Abschläge verwendeten, auf eine Verhaltenskoordination hindeuten. Anlässlich der vom Sekretariat durgeführten Einvernahmen haben die befragten Vertreiberinnen angegeben, die von ihnen eingesetzten Zu- und Abschläge auf Basis von eigenen Kostenberechnungen und Erfahrungswerten festgelegt zu haben. Einen Austausch zwischen den konkurrierenden Vertreiberinnen habe es nicht gegeben.

35. Zwei der drei befragten Vertreiberinnen hatten keine Antwort darauf resp. Erklärung dafür, wie es dazu kommen konnte, dass vier Vertreiberinnen unabhängig voneinander in einem ersten Berechnungsschritt identische Zu- und Abschläge verwendeten. Eine Vertreiberin führte hingegen aus, das [Brandschutz]-System sei noch jung und unterscheide sich von konventionellen Abschottungssystemen.[47] Bei dessen Einführung habe sie daher nicht gut einschätzen können, welche Kosten für sie mit dem [Brandschutz]-System und der Realisierung der Durchführungen verbunden sein werden. Sie habe sich deshalb damals diesbezüglich von der Herstellerin beraten lassen, die ihr geholfen habe, die Grössenordnung angemessener Zu- und Abschläge zu bestimmen. Dort sei es unter anderem zur Erwähnung der Zuschläge von [30–50] % und [30–50] % gekommen, wobei die Herstellerin die Anwendung dieser Zuschläge nicht gefordert habe, sondern die Festsetzung der Zu- und Abschläge ausschliesslich im Verantwortungsbereich der Vertreiberinnen läge. Sollten die anderen Vertreiberinnen ähnliche Schulungen bei Einführung des [Brandschutz]-Systems gehabt haben, könnte es sein, dass sie deshalb beim vorliegenden Projekt auch bei diesen Zuschlägen gelandet seien. Die Besonderheiten dieses Projekts (vgl. Rz 33) könnten dies begünstigt haben, da sich jedenfalls für sie selber ein hilfsweiser Rückgriff auf eine Art Basiskalkulation in einem ersten Schritt, anders als üblich, als zweckmässig erwiesen habe.[48] Diese Ausführungen erscheinen nachvollziehbar und plausibel. Für diese Ausführungen spricht einerseits, dass es sich beim [Brandschutz]-System um eine junge Lösung handelt, die mit anderen Kosten verbunden ist als konventionelle Abschottungssysteme, was einen Beratungs- und Unterstützungsbedarf der Vertreiberinnen erklärt. Andererseits ist in den Kalkulationshilfen für die Durchführungen in einer Zelle «[30–50] %» vermerkt, wobei die Berechnung dann gleichwohl nach dem konkret eingefüllten Zuschlag erfolgt. Bei diesem für die Kalkulation letztlich irrelevanten Vermerk dürfte es sich um ein Überbleibsel der anfänglichen Kalkulationstools handeln, die von der Herstellerin im Laufe der Jahre stets verfeinert und verbessert worden sind.

36. Zusammenfassend ist festzustellen, dass die identischen Zu- und Abschläge, welche die Vertreiberinnen in einem ersten Berechnungsschritt verwendeten, auf eine Verhaltenskoordination hindeuten können. Gleichzeitig liegt die Erklärung einer Vertreiberin vor, welche diese Übereinstimmung im konkreten Fall weniger suspekt erscheinen lässt und deren Zustandekommen ohne Verhaltenskoordination zwischen den Vertreiberinnen, jedenfalls in einem gewissen Mass, zu erklären vermag. Aufgrund der Besonderheiten des konkreten Falls und den bereits erfolgten Ermittlungen kommt das Sekreriat daher zum Schluss, dass diese Auffälligkeit in concreto die Schwelle zum Anhaltspunkt gerade noch nicht erreicht (vgl. auch die nachfolgenden Ausführungen dazu, dass dasselbe Phänomen bei anderen Projekten nicht zu beobachten war). In anderen Fällen, in welchen bei der Berechnung übereinstimmende Zu- und Abschläge zur Anwendung gelangen und die Begleitumstände anders gelagert sind, kann diese Wertung allerdings auch anders ausfallen.

D.2 Verhaltenskoordination zwischen der Herstellerin und den Vertreiberinnen

37. Einerseits stammen die Kalkulationstools[49], welche die Vertreiberinnen verwenden, von der Herstellerin. Andererseits dürfte die Herstellerin mit den Vertreiberinnen bei der Einführung des [Brandschutz]-Systems über die zu erwartenden Kosten gesprochen haben und diesbezüglich beratend zur Seite gestanden haben. Nachfolgend ist daher zu prüfen, ob Anhaltspunkte dafür bestehen, dass im vertikalen Verhältnis, also zwischen Herstellerin und den Vertreiberinnen, eine Verhaltenskoordination im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG stattfand.

[46] Act. II.1.1–1.5; Act. II.2.1–2.5; Act. II.3.1–3.5.
[47] Act. II.3.1–3.5.
[48] Act. II.3.1.
[49] Vgl. allgemein zu Kalkulationshilfen auch die Bekanntmachung der WEKO vom 4.5.1998 betreffend die Voraussetzungen für die kartellgesetzliche Zulässigkeit von Abreden über die Verwendung von Kalkulationshilfen, abrufbar unter <www.weko.admin.ch> Rechtliches / Dokumentation > Bekanntmachungen / Erläuterungen > Weitere Bekanntmachungen (25.7.2022).

38. Die Kalkulationstools enthalten keine voreingefüllten Vorgaben zu den Zu- und Abschlägen. Diese sind vielmehr von den Vertreiberinnen einzusetzen. Dass die unter Laborbedingungen ermittelten Material- und Zeitaufwände voreingefüllt sind, mag zwar zu einer gewissen Einheitlichkeit führen. Gleichzeitig ist festzustellen, dass jedenfalls bei […]-Durchführungen das Material aufgrund der Zertifizierung ohnehin vorgegeben ist und den Vertreiberinnen insofern kein Spielraum für die Wahl anderer Produkte verbleibt. Der Zeitaufwand unter Laborbedingungen wiederum dürfte regelmässig geringer ausfallen als auf der Baustelle vor Ort, weshalb die Kalkulationstools insofern, wenn überhaupt, eher zu einer Unterschätzung des Zeitaufwands zu führen drohen. In Anbetracht der jedenfalls zu Beginn noch fehlenden, ausreichenden eigenen Erfahrungswerte erscheint die Hinterlegung der unter Laborbedingungen ermittelten Zeitaufwände in vorliegendem Fall als angezeigt. Wichtig erscheint insofern, dass die Vertreiberinnen stets die Möglichkeit haben, die Zeitaufwände aufgrund eigener, unterdessen gemachter Erfahrungswerte anzupassen, was der Fall ist. Jedoch führte die Tatsache, dass die Zellbezüge für die Berechnung anhand des eingetragenen Stundenansatzes ungenau waren und daher der von der Herstellerin für sich verwendete Stundenansatz zur Anwendung gelangte (vgl. Rz 18), in diesem Teilbereich der Kalkulation zu einer Vereinheitlichung. Dies aber ungewollt und auch unbewusst, handelt es sich bei den ungenauen Zellbezügen doch um einen Fehler in den Kalkulationshilfen, die nach und nach verbessert werden. Die Herstellerin wurde vom Sekretariat auf diesen Fehler aufmerksam gemacht und sie hat ihn in der Zwischenzeit behoben und dafür gesorgt, dass eine Vertreiberin jeweils ihren eigenen Stundenansatz eintragen muss, um die Berechnungen vornehmen zu können;[50] dass mit anderen Worten ohne entsprechende Eintragung nicht ein Standard-Stundenansatz zur Anwendung gelangt. Zusammenfassend bestehen infolgedessen keine Anhaltspunkte dafür, dass die Kalkulationstools bereits für sich zu einer kartellrechtlich relevanten Verhaltenskoordination zwischen der Herstellerin und den Vertreiberinnen führen.

39. Anzeichen dafür, dass die Herstellerin den Vertreiberinnen die Anwendung bestimmter Zu- und Abschläge vorgeschrieben hat, bestehen keine. Es bestehen nur, aber immerhin, Anzeichen dafür, dass die Herstellerin im Rahmen von Schulungen bzw. Erstberatungen unverbindlich gewisse Zu- und Abschläge genannt, also in den Raum gestellt hat. Ausser beim Projekt […] – und auch dort nur im ersten Berechnungsschritt – bestehen aber keine Anzeichen dafür, dass die Vertreiberinnen dies so umgesetzt haben. Vielmehr ergibt sich aus den von den Vertreiberinnen eingereichten Unterlagen zu anderen Projekten[51], bei denen das [Brandschutzsystem]-Produkt zur Verwendung kam, dass die Bandbreite der Zuschläge sowohl bei den [Brandschutzsystem]-Elementen als auch bei den Durchführungen erheblich variiert. Anhaltspunkte für eine kartellrechtlich relevante Verhaltenskoordination zwischen der Herstellerin und den Vertreiberinnen bestehen also auch insofern nicht.

E Schlussfolgerungen

40. Wie ausgeführt, bestehen keine Anhaltspunkte im Sinne von Art. 27 KG für eine Verhaltenskoordination zwischen den von der Vorabklärung betroffenen Unternehmen und dementsprechend auch keine Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung.

41. Vorabklärungen nach Art. 26 KG sind gebührenpflichtig (Art. 53a Abs. 1 Bst. a KG mit ausdrücklichem Verweis auf Art. 26 KG). Nach Art. 2 Abs. 1 Gebührenverordnung KG[52] ist gebührenpflichtig, wer das Verwaltungsverfahren verursacht hat. Dieses Verursacherprinzip wird durch das Unterliegerprinzip ergänzt und durchbrochen. Das kommt in Art. 3 Abs. 2 Bst. b GebV-KG zum Ausdruck. Nach dieser Bestimmung haben Beteiligte, die eine Vorabklärung verursacht haben, keine Gebühren zu bezahlen, wenn die Vorabklärung keine Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung ergibt und daher ohne Folgen eingestellt wird. Diese Situation liegt hier vor.

42. Das Sekretariat der Wettbewerbskommission, gestützt auf den bekannten Sachverhalt und die vorangehenden Erwägungen,

1. stellt die Vorabklärung «[Brandschutzsystem]-Elemente» ohne Folgen ein;
2. auferlegt den betroffenen Unternehmen keine Kosten;
3. teilt diesen Schlussbericht den sechs von dieser Vorabklärung betroffenen Unternehmen mit;
4. publiziert diesen Schlussbericht nach Bereinigung der Geschäftsgeheimnisse.

[50] Act. I.61 und Act. I.63.
[51] Act. I.7. und Act. I.10–I.14.
[52] Verordnung vom 25.2.1998 über die Gebühren zum Kartellgesetz (Gebührenverordnung KG, GebV-KG; SR 251.2).

B 1	**4. Beratungen** Conseils Consulenze
B 1.4	**1. Beistellungsmodell beim Gasverkauf durch Dritten an Endkundinnen und Endkunden eines Gasnetzbetreibers**

Beratung vom 6. Januar 2022

Die nachfolgende Beurteilung erfolgt im Rahmen einer Beratung nach Art. 23 Abs. 2 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen.

I. Sachverhalt

A. ist eine rechtlich unselbstständige Verwaltungsabteilung der Stadt B. Sie versorgt die Bevölkerung von B. mit Elektrizität, Gas und Trinkwasser. Das Versorgungsgebiet, in welchem A. ein Gasnetz bis zu den Endkundinnen und Endkunden betreibt, umfasst das Gemeindegebiet der Stadt B. sowie die angrenzenden Gebiete [...].

A. sieht sich aufgrund der Verfügung der Wettbewerbskommission (WEKO) vom 25. Mai 2020 i. S. Netzzugang EGZ und ewl zum Handeln verpflichtet. Wie die übrigen Gasversorgungsunternehmen (GVU) in der Schweiz sei aufgrund dieses Grundsatzentscheids auch A. [...] aufgefordert, es Dritten zu ermöglichen, Belieferungen von an ihr Gasnetz angeschlossenen Endkundinnen und Endkunden nach schweizerischen Vorgaben durchzuführen. A. beabsichtige, als zeitnahe und pragmatische Umsetzung des Grundsatzentscheids der WEKO sowie als Übergangslösung bis zum Inkrafttreten des Gasversorgungsgesetzes (GasVG) für den Gasverkauf durch Dritte an Endkundinnen und Endkunden in ihrem Netzgebiet ein sog. «Beistellungsmodell» einzuführen. Mit diesem soll es Dritten ermöglicht werden, ohne zeitliche Verzögerungen eine Drittbelieferung von an ihr Netz angeschlossenen Endkundinnen und Endkunden durchzuführen.

Gemäss dem vorgesehenen Beistellungsmodell ist der Drittlieferant der direkte Vertragspartner und Rechnungssteller für die Endkunden und Endkunden und meldet die zu liefernden Gasmengen an A. A. ist Vertragspartnerin des Drittlieferanten für die Erdgasbeschaffung und –lieferung, die wie bisher bei A. verbleibt und die A. dem Drittlieferanten auf Basis von sog. «Beistellungstarifen» verrechnet. A. berechnet die Tarife für ihre Endkunden bis anhin nach den Grundsätzen gemäss dem Netznutzungsmodell «NEMO» des Verbandes der Schweizerischen Gasindustrie (VSG). Die Beistellungstarife sollen auf Basis der Tarife für die Endkundinnen und Endkunden aus einem Grundpreis und einem Arbeitspreis bestehen und um entfallende Aufwendungen seitens A. reduziert werden.

Vor Umsetzung des beschriebenen Beistellungsmodells und der Kalkulation der Beistellungstarife möchte A. die Akzeptanz seitens der WEKO sicherstellen und hat daher folgende Fragen an das Sekretariat gerichtet:

1. *Akzeptiert die WEKO das beschriebene Beistellungsmodell mit den Beistellungstarifen als Übergangslösung für A., bis ein neues GasVG in Kraft tritt?*
2. *Wird mit dem beschriebenen Beistellungsmodell der Zweck des Kartellrechts ausreichend berücksichtigt? (Art. 1 Kartellgesetz)*
3. *Erfüllt das beschriebene Beistellungsmodell das Kriterium eines diskriminierungsfreien Netzzugangs für Drittlieferanten? (Art. 7 Kartellgesetz)*

II. Beurteilung

Gehalt von Art. 1 KG

Gemäss Art. 1 KG bezweckt das Kartellgesetz, volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen zu verhindern und damit den Wettbewerb im Interesse einer freiheitlichen marktwirtschaftlichen Ordnung zu fördern. Bei dieser Bestimmung handelt es sich um einen Zweckartikel. Zweckartikel umschreiben die Ziele eines Erlasses und enthalten folglich (blosse) Absichtserklärungen. Ihre normative Relevanz ist beschränkt. Ihr Gehalt lässt sich nicht durchsetzen. Insofern vermag Art. 1 KG für sich allein keine Rechte und Pflichten zu begründen. Art. 1 KG vermittelt lediglich, aber immerhin eine eigenständige Richtlinie für die Auslegung des Kartellgesetzes. In der Gerichtspraxis wurde wiederholt auf den von Art. 1 KG formulierten Gesetzeszweck abgestellt, um verschiedene Bestimmungen des Kartellgesetzes auszulegen.[1] Das Bundesgericht hat mit Blick auf die in Art. 1 KG statuierte Zielsetzung des Kartellgesetzes beispielsweise festgehalten, dass bei der Beurteilung des Vorliegens einer marktbeherrschenden Stellung im Sinne von Art. 7 KG keine übertriebenen Anforderungen an den Nachweis ökonomischer Zusammenhänge gestellt werden dürfen.[2]

[1] Vgl. DANIEL MOECKLI, in: DIKE-Kommentar Kommentar zum Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, Zäch et al. (Hrsg.), Zürich/St. Gallen 2018, Art. 1 Rz 4 ff.
[2] Vgl. BGE 139 I 72 E. 8.3.2, *Poubligroupe*.

Mögliche Verletzung von Art. 7 KG bei Anwendung des Beistellungsmodells

Gemäss Art. 7 Abs. 1 KG verhalten sich marktbeherrschende Unternehmen unzulässig, wenn sie durch den Missbrauch ihrer Stellung auf dem Markt andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindern oder die Marktgegenseite benachteiligen. Als mögliches kartellrechtswidriges Verhalten kommt die Behinderung anderer Unternehmen, insbesondere von Wettbewerbern, in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs in Betracht.

Damit ein dritter Verkäufer Endkundinnen und Endkunden mit Erdgas beliefern kann, ist er zwingend auf den Transport über diejenigen Rohrleitungen angewiesen, über welche die betreffenden Kunden an das Gasnetz angeschlossen sind. Da es sich beim Gasnetz um ein natürliches Monopol handelt und keine finanziellen Anreize für die Errichtung eines Parallelnetzes bestehen, muss davon ausgegangen werden, dass die Gasnetzbetreiber im Bereich des Transports und der Verteilung des Erdgases über ihre Rohrleitungsnetze als marktbeherrschend zu betrachten sind.[3] Ein Ausfluss dieser marktbeherrschenden Stellung ist die Verhandlungsmacht, welche den Gasnetzbetreibern bei der näheren Ausgestaltung der Vertragsbeziehungen mit dritten Erdgasverkäufern oder Endkundinnen und Endkunden in ihrem Netzgebiet im Kontext mit der Erdgaslieferung zukommt. Wenn ein Gasnetzbetreiber als Voraussetzung für den Erdgasverkauf durch Dritte an Endkundinnen und Endkunden in seinem Netzgebiet die Abnahme von Leistungen einfordert, die sich sachlich nicht legitimieren lassen und potenzielle Konkurrenten von einem Eintritt in die nachgelagerten Erdgasliefermärkte abhalten oder diesen den Markteintritt erschweren oder aktuelle Konkurrenten bei ihren Tätigkeiten behindern, könnte ein solches Verhalten das Kartellgesetz verletzen.

Bei Einführung des Beistellungsmodells schliessen die Endkundinnen und Endkunden im Netzgebiet von A. einen Vertrag mit einem dritten Erdgasverkäufer ab. Dieser ist zudem vertraglich verpflichtet, das Gas für seine Vertragspartner von A. abzunehmen und die Belieferung der betreffenden Endkundinnen und Endkunden wie bislang von A. durchführen zu lassen. Durch dieses vertragliche Dreiecksverhältnis wird den Endkundinnen und Endkunden im Netzgebiet von A. zwar die Möglichkeit gegeben, den Erdgasverkäufer als unmittelbaren Vertragspartner hinsichtlich der Lieferkomponente selbst zu wählen. Nachteilig ist dabei jedoch, dass dritte Erdgasverkäufer das Gas für die Endkundenversorgung zwingend von A. einkaufen müssen und keine Möglichkeit haben, dieses über allfällige kostengünstigere alternative Bezugskanäle auf dem Markt zu beziehen. Insofern hat A. bei Anwendung des Beistellungsmodells – wie vor dem Grundsatzentscheid der WEKO vom 25. Mai 2020 – ein faktisches *Versorgungsmonopol* resp. eine *Absatzsatzgarantie* und hat somit keine Anreize, das Erdgas zur Versorgung der Endkundinnen und Endkunden in ihrem Netzgebiet zu tieferen Preisen zu beschaffen und/oder die bislang erzielte Marge zu reduzieren, weil es nach wie vor an jeglichem Wettbewerbsdruck hinsichtlich der Belieferungen dieser Kundinnen und Kunden fehlen würde. Da dritte Erdgasverkäufer im Rahmen des Beistellungsmodells verpflichtet werden sollen, A. für die Erdgaslieferkomponente den Beistellungstarif *gemäss bisheriger Tarifkalkulation* lediglich abzüglich der für A. weggefallenen Aufwendungen zu bezahlen, würden kaum Anreize bestehen, dass Endkundinnen und Endkunden einen Vertrag mit einem dritten Erdgasverkäufer abschliessen. Eine allfällige Preisersparnis würde unter solchen Voraussetzungen wohl nur gering ausfallen. Zudem wären dritte Erdgasverkäufer bei der Preisgestaltung für die Erdgaslieferkomponente aufgrund des einseitig durch A. vorgegebenen Bezugskanals und den Abnahmekonditionen bei ihrer Produktegestaltung und Preisfestsetzung gegenüber den Endkundinnen und Endkunden erheblich eingeschränkt. Bei solchen Konditionen wäre es dritten Erdgasverkäufern nur schwerlich möglich, einen Gewinn mit dem Gasverkauf zu erzielen, der es ihnen ermöglichen würde, ihre Marktposition im Erdgaslieferbereich auszubauen. Somit bestehen für Drittlieferanten im Falle der Einführung des Beistellungsmodells nur geringe Anreize, Endkundinnen und Endkunden im Netzgebiet von A. Erdgas zu verkaufen. Insofern verhindert das Bestellungsmodell die Entwickelung eines funktionierenden Wettbewerbs bei der Belieferung dieser Endkundinnen und Endkunden und sichert A. weitestgehend den Status quo, wie dieser vor Erlass der Verfügung der WEKO vom 25. Mai 2020 praktiziert wurde.

Ein Drittlieferant ohne eigenes Gasnetznetz ist darauf angewiesen, eine gewisse Anzahl an Endkundinnen und Endkunden pro Bilanzzone in seinem Portfolio zu haben, um gegenüber den Netzbetreibern konkurrenzfähig zu sein. Bei Abweichungen des effektiven Verbrauchs gegenüber dem prognostizierten Verbrauch schulden die Endkundinnen und Endkunden respektive deren Drittlieferanten als Teilnehmer einer Bilanzgruppe dem Bilanzgruppenverantwortlichen ein Entgelt. Je grösser und vielschichtiger das Endkundenportfolio eines Lieferanten ist, desto geringer ist sein Risiko, bei Abweichungen eine Entschädigung zahlen zu müssen. Wenn diverse kleinere Endkundinnen und Endkunden eines Lieferanten teilweise etwas mehr und andere etwas weniger Gas verbrauchen, als dem Bilanzzonenverantwortlichen am Vortag gemeldet wurde, heben sich diese Abweichungen innerhalb einer Bilanzgruppe auf. Diesbezüglich wird von «Verschachtelungseffekten» gesprochen.[4] Bei Anwendung des Beistellungsmodells würden auf den Erdgasliefermärkten tätige Konkurrenten von A. behindert, ihr Beschaffungsportfolio mit Endkundinnen und Endkunden im Netzgebiet von A. anzureichern und dadurch von Verschachtelungseffekten zu profitieren, da die Belieferung der Endkundinnen und Endkunden nach wie vor durch A. ausgeführt würde.

[3] Vgl. RPW 2020/4b, 1874 Rz 99 ff., *Netzzugang EGZ und ewl*.
[4] Vgl. Vernehmlassung der WEKO zum Gasversorgungsgesetz vom 11.2.2020, 8; abrufbar unter www.weko.admin.ch > Praxis Entscheide (6.1.2022).

Falls Endkundinnen und Endkunden im Netzgebiet von A. oder dritte Erdgasverkäufer eine Beistellung nicht akzeptieren wollen und stattdessen auf die *uneingeschränkte* Gewährung des Netzzugangs ohne die Verpflichtung zur Abnahme des Gases zu einseitig vorgegebenen Konditionen sowie die Belieferung durch A. beharren und letztere dies verweigert, könnte es sich hierbei somit um ein kartellrechtswidriges Verhalten im Sinne von Art. 7 Abs. 1 KG handeln.

Bei Anwendung des Beistellungsmodells könnten zudem diverse in Art. 7 Abs. 2 KG vorgesehene kartellrechtswidrige Verhaltensweisen vorliegen. In diesem Fall müssten überdies die allgemeinen Voraussetzungen gemäss Art. 7 Abs. 1 KG erfüllt sein.[5]

Beispielsweise könnte ein Behinderungsmissbrauch im Sinne einer Geschäftsverweigerung gemäss Art. 7 Abs. 2 Bst. a KG vorliegen[6], falls A. es einem Drittlieferanten verbieten sollte, Endkundinnen und Endkunden mit über eine *alternative Bezugsquelle* beschafftem Gas über ihre Rohrleitungen zu versorgen und ein entsprechendes Netzzugangsgesuch ablehnen sollte. Gestützt auf das Bestellungsmodell ist die Abwicklung solcher Drittbelieferungen im eigentlichen Sinn nicht vorgesehen. Falls sich A. weigert, die für die Abwicklung des *uneingeschränkten* Netzzugangs notwendigen Verträge zu unterschreiben, könnte dies eine kartellrechtswidrige Geschäftsverweigerung darstellen.

Möglicherweise könnte es sich zudem um eine kartellrechtswidrige Koppelung gemäss Art. 7 Abs. 2 Bst. f KG handeln.[7] Ein solches missbräuchliches Verhalten liegt vor, wenn durch das marktbeherrschende Unternehmen an den Abschluss von Verträgen die Bedingung gekoppelt wird, dass ein Vertragspartner *zusätzliche Leistungen* anzunehmen oder zu erbringen hat. Koppelungsgeschäfte stellen eine Wettbewerbsbeschränkung dar, weil sie verschiedene Varianten einer Wettbewerbsverfälschung nach sich ziehen, da der Absatz des Zusatzprodukts in derartigen Fällen nicht auf eigenen Leistungsfaktoren des Marktbeherrschers beruht, sondern Dritte zum Geschäftsabschluss gezwungen sind, damit sie das Hauptprodukt erhalten. Bei Anwendung des Beistellungsmodells müssten dritte Erdgasverkäufer zwingend das Gas zu einseitig vorgegebenen Konditionen von A. beziehen, um mit Endkundinnen und Endkunden in deren Netzgebiet als Erdgasverkäufer Geschäftsbeziehungen eingehen zu können. Durch diese Verpflichtung kann A. sicherstellen, dass sie mit dem Einkauf von Gas zur Belieferung der Endkundinnen und Endkunden in ihrem Netzgebiet auch nach Einführung des Beistellungsmodells einen vergleichbaren Umsatz und Gewinn erzielen wird, wie dies heute der Fall ist.

Zudem könnte ein Behinderungsmissbrauch im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. e KG vorliegen[8], falls Drittlieferanten aufgrund des Beistellungsmodells in ihrem Erdgasabsatz eingeschränkt werden, weil sie Endkundinnen und Endkunden im Netzgebiet von A. nur dann Erdgas verkaufen dürfen, falls sie dieses gemäss der bisherigen Tarifkalkulation von A. abnehmen. Aufgrund der vorstehend beschriebenen Umstände ist zu erwarten, dass unter solchen Voraussetzungen kaum eine Endkundin oder ein Endkunde im Netzgebiet von A. einen Vertrag mit einem dritten Erdgasverkäufer abschliessen würde, da nach dem Anbieterwechsel wohl keine spürbare Preisreduktion für die Lieferkomponente zu erwarten wäre.

Schliesslich könnte ein Behinderungsmissbrauch im Sinne einer Diskriminierung von Handelspartnern nach Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG[9] darin erblickt werden, dass wechselwillige Endkundinnen und Endkunden im Netzgebiet von A., welche die Anforderungen der Verbändevereinbarung nicht erfüllen, aufgrund des mit Einführung des Beistellungsmodells aufrecht erhaltenen faktischen Versorgungsmonopols ausschliesslich durch diese im Rahmen der bestehenden Bezugskanäle und Tarifkalkulation beliefert werden können. Im Gegensatz hierzu steht die Möglichkeit zur Belieferung durch einen Dritten über eigene, möglicherweise kostengünstigere Bezugskanäle jenen Endkundinnen und Endkunden offen, die gemäss der Verbändevereinbarung netzzugangsberechtigt sind.[10] Es wurde bereits darauf hingewiesen, dass bei einer derartigen Ausgestaltung des Vertragsverhältnisses zwischen A. und dritten Erdgasverkäufern letztere auf dem Markt für Erdgaslieferungen an Endkundinnen und Endkunden von A. behindert werden könnten.

Keine sachlichen Rechtfertigungsgründe ersichtlich

Das Verhalten eines marktbeherrschenden Unternehmens ist nur dann missbräuchlich, wenn es sich nicht durch sachliche Gründe («Legitimate Business Reasons») rechtfertigen lässt. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts sind an die Rechtfertigung einer Zugangsverweigerung zu einem Netzwerk aufgrund der qualifizierten Abhängigkeit von der Einrichtung hohe Anforderungen zu stellen.

[5] Vgl. RPW 2020/4b, 1876 Rz 110 ff., *Netzzugang EGZ und ewl*.
[6] Betreffend die detaillierten Voraussetzungen für das Vorliegen dieses Tatbestandes vgl. RPW 2020/4b, 1877 Rz 118 ff., *Netzzugang EGZ und ewl*.
[7] Betreffend die detaillierten Voraussetzungen für das Vorliegen dieses Tatbestandes vgl. BVGer, Urteil B-831/2011 vom 18.12.2018, Rz 1261 ff., *Sanktionsverfügung – DCC*.
[8] Betreffend die detaillierten Voraussetzungen für das Vorliegen dieses Tatbestandes vgl. BVGer, Urteil B-2798/2018, E. 11.4, *Supermédia*.
[9] Vgl. RPW 2019/4, 1131 Rz 156 ff., *IWB – Netznutzungsentgelte Erdgas*.
[10] Gemäss der privatrechtlichen Verbändevereinbarung (abrufbar unter https://www.ksdl-erdgas.ch/fileadmin/user_upload/ksdl-erdgas/Downloads/Verbaendevereinbarung.pdf; 6.1.2022) haben lediglich grosse Industriekunden, die das Erdgas als Prozessgas verwenden, ein Recht auf Netzzugang und können den Erdgaslieferanten frei wählen; vgl. RPW 2020/4b, 1864 Rz 13 ff., *Netzzugang EGZ und ewl*.

Die Verweigerung beziehungsweise Einschränkung von Geschäftsbeziehungen im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. a i.V.m. Art. 7 Abs. 1 KG kann insbesondere dann sachlich gerechtfertigt sein, wenn Kapazitätsengpässe oder technische Probleme vorliegen[11] beziehungsweise «wenn die wirtschaftlichen Leistungen des Kunden objektiv nicht mehr genügen oder wenn die Abnahme- oder Lieferpolitik des Kunden derart geändert wird, dass sie vom Marktbeherrscher aus ökonomischen Gründen nicht mehr getragen werden kann».[12] Im Rahmen von Art. 7 KG besteht keine Verpflichtung zur Gewährung des Netzzugangs, wenn die konkrete Durchleitung technisch nicht möglich oder wirtschaftlich nicht zumutbar ist.[13]

Das seit Jahren in der Bundesverwaltung pendente Gesetzgebungsprojekt im Gasbereich ist kein sachlicher Grund für die Nichtanwendbarkeit der Vorgaben des Kartellgesetzes bis zur Inkraftsetzung der neuen Regelung; dies nur schon, da zum jetzigen Zeitpunkt nicht klar ist, ob überhaupt und allenfalls wann ein GasVG mit detaillierten Vorgaben zum Netzzugang in Kraft treten wird. Die Vernehmlassung zum GasVG wurde zwischen dem 30. Oktober 2019 und dem 14. Februar 2020 durchgeführt. Es ist zumindest mit einer weiteren Ämterkonsultation zu rechnen, bevor die Vorlage allenfalls an das Parlament überwiesen wird. Bis zum allfälligen Inkrafttreten des GasVG könnten somit noch mehrere Jahre vergehen. Drittlieferanten haben jedoch einen Anspruch darauf, dass ihre Gesuche um Netzzugang *ohne Einschränkungen hinsichtlich der Bezugsquelle* für das zur Versorgung von drittzubeliefernden Endkundinnen und Endkunden im Netzgebiet von A. zu beschaffende Erdgas innert angemessener Frist aufgrund des geltenden Rechts behandelt werden, unabhängig davon, ob sich das geltende Recht in Zukunft ändern wird.[14] Insofern kann das vorgeschlagene Beistellungsmodell vom Sekretariat bereits aus diesem Grund nicht übergangsweise bis zum Inkrafttreten des GasVG akzeptiert werden.

In diesem Zusammenhang ist weiter darauf hinzuweisen, dass heute sowohl im Bereich der Erdgaslieferung als auch im Bereich der Nutzung von Erdgasnetzen keine *gesetzlichen* Monopole bestehen. Das schweizerische Erdgasnetz war – zumindest in der Theorie – bereits seit dem Inkrafttreten des Rohrleitungsgesetzes im Jahr 1964 für Drittlieferanten zugänglich. Insofern ist die Aussage, wonach die Erdgasliefermärkte erst aufgrund der Verfügung der WEKO vom 25. Mai 2020 faktisch geöffnet worden seien, nicht korrekt. Dies bedeutet, dass Gasnetzbetreiber gestützt auf das Rohrleitungsgesetz und nach entsprechender Massgabe der technischen Möglichkeit und wirtschaftlichen Zumutbarkeit seit über fünfzig Jahren verpflichtet sind, Erdgas durchzuleiten, auch wenn dieses nicht beim angestammten Gasversorger – sprich dem lokalen Netzbetreiber – gekauft oder von diesem beschafft wird.[15] Für den Gasbereich wurde das Bestehen einer generellen Durchleitungspflicht – ohne Koppelungsmöglichkeit für den Gasnetzbetreiber resp. Einschränkungen dritter Gasverkäufer hinsichtlich der Bezugsquelle des zu beschaffenden Erdgases – sodann ausdrücklich im Schlussbericht vom 16. Dezember 2013 in Sachen Vorabklärung gemäss Art. 26 KG betreffend Verbändevereinbarung Erdgas Schweiz[16] festgehalten. Darin wurde insbesondere auch ausgeführt, dass die Erdgaswirtschaft schon seit Längerem mit Zugangsgesuchen habe rechnen müssen und entsprechende Vorkehrungen hätte treffen können.[17]

Aufgrund der vorliegenden Informationen ist nicht ersichtlich, weshalb die Durchleitung des von einem dritten Erdgasverkäufer *über frei wählbare Bezugskanäle* beschafften Gases über die lokale Netzinfrastruktur von A. technisch nicht möglich und/oder wirtschaftlich nicht zumutbar sein sollte.

[...]

Sollte die bestehende Infrastruktur effektiv nicht ausreichen, um die Drittbelieferung von Endkundinnen und Endkunden technisch abwickeln zu können, wäre aus kartellrechtlicher Sicht zu hinterfragen, ob der Gasnetzbetreiber nicht aufgrund der zu erwartenden Nachfrage bereits in der Vergangenheit gehalten gewesen wäre, seine Infrastruktur zu professionalisieren, um mehr Endkundinnen und Endkunden den Netzzugang zu ermöglichen. Dabei muss der Gasmetzbetreiber nur jene Investitionen tätigen, die notwendig sind und ihm aufgrund seiner wirtschaftlichen Situation zugemutet werden können.[18]

Falls A. aufgrund der vorhandenen Netzinfrastruktur aktuell nicht in der Lage sein sollte, Netzzugangsgesuche zur Versorgung von Endkundinnen und Endkunden mit von Drittlieferanten beschafftem Erdgas abzuwickeln, hätte sie es wohl in der Vergangenheit verpasst, das hierfür technisch Gebotene rechtzeitig vorzunehmen. Aufgrund der vorhandenen finanziellen Mittel bei A. scheinen derartige finanzielle Investitionen auch in der Vergangenheit zumutbar gewesen zu sein, wie die Geschäftsergebnisse in jüngerer Vergangenheit illustrieren: Das Eigenkapital von A. hat sich in den letzten Jahren stetig erhöht. Im Jahr 2018 könnte ein ausgewiesener Geschäftsgewinn von rund [0-5] Mio. Franken erzielt werden, im Jahr 2019 ein Gewinn von rund [0-5] Mio. Franken sowie im Jahr 2020 ein solcher von rund [0-5] Mio. Franken. Die flüssigen Mittel und kurzfristigen Geldanlagen konnten von rund [5-10] Mio. Franken per 1. Januar 2018 auf rund [15-20] Mio. Franken per 31. Dezember 2020 erhöht werden.[19]

[11] Vgl. BGE 129 II 497, 540 E. 6.5.4 (= RPW 2003/4, 962 f.), *Entreprises Electriques Fribourgeoises (EEF)/Watt Suisse AG, Fédération des Coopératives Migros*; JÜRG BORER, Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Zürich 2005, Art. 7 N 14.

[12] Vgl. Botschaft zum KG 1995, BBl 1995 I 468, 571; zum Ganzen vgl. auch RPW 2011/2, 341 Rz 69, *Gutachten betr. Gebühren für die Lieferung von Elektrizität.*

[13] Vgl. RPW 2020/4b, 1881 Rz 144, *Netzzugang EGZ und ewl*.

[14] Vgl. hierzu auch RPW 2020/4b, 1881 Rz 147, *Netzzugang EGZ und ewl.*

[15] Vgl. Dass eine solche Durchleitungspflicht auch aufgrund der Bestimmungen des Kartellgesetzes durchgesetzt werden kann, ist spätestens seit dem rechtskräftigen Entscheid des Bundesgerichts in Sachen Entreprises Electriques Fribourgeoises (EEF)/Watt Suisse AG klar. Vgl. BGE 129 II 497 (= RPW 2003/4, 925 ff.), *Entreprises Electriques Fribourgeoises (EEF)/Watt Suisse AG, Fédération des Coopératives Migros.*

[16] Vgl. RPW 2014/1, 110 ff., *Verbändevereinbarung Erdgas Schweiz*.

[17] Vgl. RPW 2014/1, 134 Rz 175, *Verbändevereinbarung Erdgas Schweiz*.

[18] Vgl. RPW 2020/4b, 1883 Rz 160, *Netzzugang EGZ und ewl*.

[19] Vgl. Geschäftsbericht 2018, [...] sowie Geschäftsbericht 2019, [...] und Geschäftsbericht 2020, [...].

III. Fazit

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass das zur Umsetzung der Verfügung der WEKO vom 25. Mai 2020 vorgesehene Beistellungsmodell von A. in mehrfacher Hinsicht gegen Art. 7 KG verstossen könnte. Die Einführung des Beistellungsmodells könnte etwa zu einer kartellrechtswidrigen Geschäftsverweigerung gemäss Art. 7 Abs. 2 Bst. a i. V. m. Art. 7 Abs. 1 KG sowie einer unzulässigen Koppelung im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. f i. V. m. Art. 7 Abs. 1 KG führen.

Bei Einführung des Beistellungsmodells würde es dritten Erdgasverkäufern verunmöglicht, das Gas zur Versorgung von Endkundinnen und Endkunden im Netzgebiet von A. zu möglichst kostengünstigen Preiskonditionen über alternative Bezugskanäle zu beziehen. Insofern könnte A. das faktische Versorgungsmonopol hinsichtlich der Belieferung ihrer Endkundinnen und Endkunden weiterführen und sich die bislang erzielte Marge für die Gaslieferung an diese Endkundinnen und Endkunden auch weiterhin grösstenteils sichern. Da dritte Erdgasverkäufer verpflichtet wären, das Erdgas zur Belieferung solcher Endkundinnen und Endkunden von A. basierend auf der bisherigen Tarifkalkulation (lediglich abzüglich der Aufwandersparnis aufgrund der Beistellungen) einzukaufen, bestünden für diese Kundinnen und Kunden wohl kaum hinreichende Anreize, um einen Vertrag mit einem dritten Erdgasverkäufer abzuschliessen, da sich der Preis für die Gaslieferung unter solchen Voraussetzungen wohl nur unwesentlich reduzieren würde. Diese Umstände sprechen dafür, dass dritte Erdgaslieferanten bei Anwendung des Beistellungsmodells auf dem Markt zur Belieferung von Endkundinnen und Endkunden im Netzgebiet von A. in kartellrechtswidrige Weise behindert werden könnten.

Da zurzeit unklar ist, ob und wann ein GasVG mit Vorgaben zur Gewährung und näheren Ausgestaltung des Netzzugangs zur Drittbelieferung in Kraft treten wird, wären Anzeigen bei der WEKO gegen A. gestützt auf das geltende Recht – insbesondere Art. 7 KG – zu beurteilen. Insofern würde das Sekretariat das Beistellungsmodell nur schon aus diesem Grund nicht als Übergangslösung bis zur allfälligen Inkraftsetzung des GasVG akzeptieren. Anzeigen bei der WEKO sind in Betracht zu ziehen, falls – wie im Beistellungsmodell vorgesehen – dritte Erdgasverkäufer Bestellungsmodell nur dann einen Erdgasliefervertrag mit Endkundinnen und Endkunden im Netzgebiet von A. abschliessen dürften, wenn sie das Gas von A. einkaufen und wie bisher diese die Belieferung ausführen lassen.

Informationen über sachliche Rechtfertigungsgründe für das potenziell kartellrechtswidrige Verhalten im Falle der Anwendung des Beistellungsmodells liegen dem Sekretariat zurzeit nicht vor. Gemäss der Rechtsprechung sind die Anforderungen an das Vorliegen solcher Gründe hoch. Zu berücksichtigen ist in diesem Zusammenhang insbesondere auch, dass den GVU spätestens seit Publikation des Schlussberichts zur Verbändevereinbarung klar sein musste, dass Netzzugangsgesuche zur Drittbelieferung grundsätzlich abzuwickeln sind und im Falle einer Verweigerung eine Untersuchung und Sanktionierung durch die WEKO riskiert würde.[20] Die gemäss den publizierten Geschäftsberichten gute wirtschaftliche Situation von A. spricht zudem dafür, dass die Gewährung des Netzzugangs ohne die Verpflichtung von Drittlieferanten, das Erdgas für die Endkundenversorgung von ihr zu beziehen, auch wirtschaftlich zumutbar wäre, falls die technische Abwicklung von Drittbelieferungen zusätzliche Investitionen erforderlich machen sollte.

In Bezug die allgemeine Zweckbestimmung in Art. 1 KG allein ergeben sich für A. im Bereich der Gasversorgung keine unmittelbaren Verpflichtungen.

[20] Vgl. RPW 2020/4b, 1881 f. Rz 148, *Netzzugang EGZ und ewl*.

B 1.4	**2. Plattform Valuu der PostFinance AG**

Diese Beratung erfolgt im Rahmen einer Beratung nach Art. 23 Abs. 2 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251).

I. Sachverhalt

Die PostFinance AG (nachfolgend: PF) ist als Finanzinstitut in den folgenden vier eigenständigen und autonomen Geschäftsfeldern (sog. Business Units) tätig: (i) Payment Solutions, (ii) Retail Banking, (iii) Digital First Banking und (iv) Platform Business. Im Geschäftsfeld Retail Banking im Bereich Hypotheken vertreibt die PF seit 2003 die sog. Gelbe Hypothek.[1] Die Plattform «Valuu» (nachfolgend: Valuu) sowie die darauf aufbauende Lösung «Valuu Pro», welche Gegenstand der vorliegenden Beratungsanfrage sind, gehören dem Geschäftsfeld Platform Business an. Zwischen den Business Units Retail Banking (oder: Retailbank) und Platform Business (oder: Valuu) ist künftig eine Zusammenarbeit geplant, welche nachfolgend detailliert beschrieben wird.[2] Bei dieser Zusammenarbeit geht es im Wesentlichen darum, dass einerseits die Gelbe Hypothek der PF als weiteres Kreditprodukt auf Valuu angeboten sowie andererseits Valuu Pro in den Filialen der Retailbank zur Beratung der Kundinnen und Kunden und zur Vermittlung von Hypothekenprodukten benutzt werden sollen. Ausgangspunkt des nachfolgend zu beurteilenden Informationsaustausches ist der Umstand, dass die Kundenberaterinnen und Kundenberater der PF im Rahmen ihrer Beratungstätigkeit für Privatkunden mittels Valuu Pro Kenntnis von Angeboten der Konkurrenten im Hypothekenmarkt erhalten.

1. Plattform «Valuu»

Bei Valuu handelt es sich um eine nicht-exklusive, digitale Vermittlungsplattform für Hypotheken und Privatkredite mit Vergleichs- und Abschlussmöglichkeit. Dabei haben die Dienstleistungsanbieter (Kreditgeber) die Möglichkeit, ihre Produkte den Plattformnutzern anzubieten und damit u. a. von tieferen Akquisitionskosten und höherer Visibilität zu profitieren.[3] Valuu ist seit 2019 als unabhängige webbasierte Vergleichsplattform aufgeschaltet (<www.valuu.ch>).[4]

Valuu agiert als Intermediär zwischen den Plattformnutzern und den Kreditgebern. Plattformnutzer können sowohl PF- als auch Nicht-PF-Kundinnen und -Kunden sein. In einem öffentlichen Bereich der Plattform können nicht-eingeloggte Plattformnutzer Services basierend auf nicht-verifizierten Daten in Anspruch nehmen, beispielsweise die Berechnung einer indikativen Tragbarkeit. Zinssätze oder andere Konditionen einzelner Kreditgeber, welche ihre Hypothekenprodukte auf Valuu vertreiben, sind derweil noch nicht ersichtlich. Dieser öffentliche Bereich ist vom persönlichen Cockpit (gesicherten Bereich) zu unterscheiden. Um überhaupt verbindliche Angebote erhalten zu können, welche darüber hinaus den Namen der Kreditgeber preisgeben, müssen sich die Plattformnutzer auf Valuu registrieren und in ihr persönliches Cockpit einloggen. In diesem gesicherten Bereich sind dann Personen- und Liegenschaftsdaten zu erfassen. Im Übrigen müssen vordefinierte Dokumente auf Valuu hochgeladen werden, welche eine Überprüfung der erfassten Daten ermöglichen. Über Valuu ist die PF berechtigt, nach ausdrücklicher Zustimmung des Plattformnutzers, auch Informationen wie beispielsweise eine Immobilienbewertung bei Dritten einzuholen.

Über den Kreditgeberzugang definieren die Kreditgeber ihre Risikomodelle und Angebotsmatrizes auf Valuu eigenständig. Die Risikomodelle sind Kriterien zu den Plattformnutzern und zur Liegenschaft, welche von den Kreditgebern individuell parametrisiert werden können und somit steuern, wem welche Angebote angezeigt werden. Bei den Angebotsmatrizes handelt es sich um durch den Kreditgeber individuell parametrisierbare Basiszinssätze sowie Zu- und Abschläge, wie beispielsweise das Kundenrisiko oder das Hypothekarvolumen, welche den jeweiligen angebotenen Zinssatz bestimmen. Entsprechend dienen Risikomodelle sowie Angebotsmatrizes als Basis für die auf der Plattform verbindlich offerierten Hypothekenangebote der Kreditgeber. Die Kreditgeber haben technisch keine Einsicht und auch keinen Zugriff auf die geschützten Bereiche der anderen Kreditgeber (Mandanten-Spezifika). Auch die PF oder […] haben keinen Zugriff auf diese Parameter der anderen Anbieter.

Das sog. Matching bringt schliesslich die Anforderungen der Kreditgeber mit den vom Plattformnutzer erfassten und von Dritten beschafften Daten zusammen, gleicht diese ab, und stellt fest, ob ein Angebot möglich ist. Valuu listet alle möglichen verbindlichen Angebote der verschiedenen Kreditgeber auf. Die Reihenfolge wird nach den von der Plattform priorisierten Kriterien bestimmt (beste passende Hypothek anhand des Risikoprofiles, Zinshöhe, monatliche Kosten; bei gleichen Angeboten wird die Reihenfolge durch das Zufallsprinzip bestimmt). Hat ein Plattformnutzer nicht alle Informationen und Dokumente auf Valuu hochgeladen, welche von einem bestimmten Kreditgeber gefordert werden, wird von diesem Kreditgeber kein Angebot erstellt.

[1] Die PF agiert lediglich als Vertriebsorganisation, da es ihr aufgrund regulatorischer Vorgaben nicht möglich ist, selbständig Hypotheken zu vergeben. Das Risiko wird von den beiden Partnern Valiant Bank und Münchener Hypothekenbank getragen; weitere Ausführungen dazu siehe unten, S. 4.
[2] Vgl. Beratungsanfrage vom 12.04.2022, Rz 1 ff.
[3] Vgl. Beratungsanfrage vom 12.04.2022, Rz 5.
[4] Vgl. Beratungsanfrage vom 12.04.2022, Rz 3.

Der Plattformnutzer wählt basierend auf seinen individuellen Präferenzen das für ihn am besten passende Angebot aus und gibt über Valuu seine verbindliche Zusage ab. Dadurch kommt eine Abschlussvereinbarung zwischen dem Plattformnutzer und dem Kreditgeber zustande. Nach erfolgreicher Prüfung durch das Kompetenzzentrum von der PF (BU Plattform) wird das Dossier dem ausgewählten Kreditgeber unterbreitet. Der Kreditgeber prüft bei Bedarf das Dossier und fällt den Kreditentscheid. Daraufhin schickt der Kreditgeber dem Plattformnutzer die zu unterzeichnenden Kreditverträge zu. Wird letztlich eine Hypothek abgeschlossen, erhält die PF von den Kreditgebern eine Vermittlungsprovision.[5]

2. Auf Valuu aufbauende Lösung «Valuu Pro»

Darüber hinaus führt die PF unter dem Namen «Valuu Pro» eine auf Valuu aufbauende Lösung für Partner (sog. Vermittler), welche in ihrer Beraterfunktion für (potentielle) Kundinnen und Kunden die erforderlichen Daten auf Valuu erfassen und eine Hypothek über Valuu vermitteln.[6]

Valuu Pro gibt den Vermittlern die Möglichkeit, eine unabhängige Beratung durchzuführen. Mithilfe von Valuu Pro kann der Vermittler alle notwendigen Handlungen der Kundin oder des Kunden auf Valuu in deren/dessen Nahmen vornehmen, insbesondere die erforderlichen Informationen erfassen, die benötigten Dokumente einreichen und sie/ihn somit durch die gesamte Customer Journey bis zum Abschluss einer Hypothek begleiten und beraten. Dabei dient der Vermittler, namentlich eine Kundenberaterin oder ein Kundenberater, als alleinige Anlaufstelle des Kunden.[7]

Zur Beratung mittels Valuu Pro muss der Vermittler zunächst das Einverständnis der Kundin oder des Kunden zur Hypothekarberatung über Valuu einholen. Hat sich der Vermittler daraufhin authentifiziert und entsprechend Zugang zum Partnerportal erhalten, kann die Kundin/der Kunde erfasst werden. Ist diese/dieser bereits auf Valuu registriert, wird die Account-Übernahme durch den Vermittler ausgelöst. Mit dem Berateraccount hat der Vermittler Zugriff auf die Finanzierungsanfrage der Kundin/des Kunden und kann diese in deren/dessen Namen erfassen. Während der Hypothekarantrag ausgefüllt wird, überprüft Valuu auf automatisierte Weise laufend, ob basierend auf den eigegebenen Angaben ein verbindliches Angebot erstellt werden kann. Ist dies der Fall, liegt ein sog. Standardfall vor und es kann direkt über Valuu eine Hypothek abgeschlossen werden. Falls kein Standardfall vorliegt, wird der Hypothekarberatungsprozess beendet.

Aufgrund der erfassten Daten präsentiert Valuu automatisiert eine Angebotsauswahl von einem oder mehreren Kreditgebern, die bereit sind, ein verbindliches Angebot für den Finanzierungsantrag abzugeben, sofern und soweit die Voraussetzungen für eine mögliche Vergabe einer Hypothek erfüllt sind. Valuu stellt die Leistungen der vorgeschlagenen Angebote objektiv dar, indem Zinssätze und Vertragsdetails transparent aufbereitet werden. Potentielle Kreditgeber, deren Kriterien durch die Anfrage nicht erfüllt werden, erscheinen nicht in der Angebotsauswahl.

Die Kundin/Der Kunde entscheidet sich auch in diesem Fall wiederum basierend auf ihren/seinen individuellen Präferenzen für das am besten passende Angebot. Im Rahmen von Valuu Pro wird dazu jedoch vom Vermittler eine Beratung zu den Angeboten sichergestellt. Hat der Vermittler alle obligatorischen und zusätzlichen für eine konkrete Einschätzung des Falles notwendigen Dokumente hochgeladen, holt er bei Vorliegen der abschlussbereiten Finanzierungsanfrage das schriftliche Einverständnis der Kundin/des Kunden ein und bestätigt in deren/dessen Namen auf Valuu das Zustandekommen der Abschlussvereinbarung. Nach erfolgreicher Prüfung durch das Kompetenzzentrum der Plattform wird das Dossier dem ausgewählten Kreditgeber unterbreitet. Wird das Dossier vom Kreditgeber akzeptiert, werden die notwendigen Verträge der Kundin oder dem Kunden zur Unterzeichnung zugestellt. […].[8]

3. Geplante Anpassungen in der Geschäftstätigkeit von PF

Seit 2003 vertreibt die Retailbank über ihre Kundenberaterinnen und Kundenberater die Gelbe Hypothek, welche aufgrund des Kreditvergabeverbots in Art. 3 POG[9] von der Valiant Bank und der Münchener Hypothekenbank als Partnerinnen refinanziert wird. Vertragspartnerin gegenüber den Kundinnen und Kunden, welche eine Gelbe Hypothek abschliessen, ist jedoch die PF.[10]

Die von der PF angebotene Gelbe Hypothek soll nun neu als weiteres Kreditprodukt auf Valuu aufgeschaltet werden. Zudem sollen Kundenberaterinnen und Kundenberater der Retailbank in den PF-Filialen neu Valuu Pro nutzen können, um die Kundinnen und Kunden physisch vor Ort zu beraten und abschlussfertige Hypothekardossiers an PF- und Nicht-PF-Kundinnen und -Kunden zu vermitteln.[11]

[…].[12] Damit gehen einerseits eine Erweiterung von Valuu um die Gelbe Hypothek und andererseits neue Kompetenzen der Retailbank im Zusammenhang mit der Vermittlung und Beratung über Valuu Pro einher.

Die von der PF gegenwärtig geplanten Erweiterungen umfassen folglich zwei Aspekte: (i) die Aufschaltung der Gelben Hypothek auf Valuu als weiteres Kreditprodukt zusätzlich zu den bestehenden Kreditprodukten anderer Kreditgeber sowie (ii) die Nutzung von Valuu Pro zur physischen Beratung von Kunden (insb. zur Gelben Hypothek) in den Retailbank-Filialen.[13]

[5] Vgl. zum Ganzen Beratungsanfrage vom 12.04.2022, Rz 6, inkl. schematischer Darstellung.
[6] Vgl. Beratungsanfrage vom 12.04.2022, Rz 7.
[7] Vgl. Beratungsanfrage vom 12.04.2022, Rz 8, wonach die Kreditgeber hingegen ausschliesslich durch Valuu informiert und betreut werden.
[8] Vgl. zum Ganzen Beratungsanfrage vom 12.04.2022, Rz 8 f., inkl. schematische Darstellung.
[9] Bundesgesetz vom 17.12.2020 über die Organisation der Schweizerischen Post (Postorganisationsgesetz, POG; SR 783.1).
[10] Vgl. Beratungsanfrage vom 12.04.2022, Rz 2 und 10.
[11] Vgl. Beratungsanfrage vom 12.04.2022, Rz 4 und 12.
[12] Vgl. Beratungsanfrage vom 12.04.2022, Rz 15.
[13] Vgl. Beratungsanfrage vom 12.04.2022, Rz 4.

a) Aufschaltung der gelben Hypothek auf Valuu

Die Gelbe Hypothek soll auf Valuu aufgeschaltet werden, sodass den Kundinnen und Kunden in ihrer digitalen Customer Journey ohne Beratung durch die Retailbank neben allen anderen Angeboten auch die Gelbe Hypothek angeboten werden kann.[14]

Die Parameter, d. h. die Konditionen und die Risikomatrix für die Gelbe Hypothek, werden von Mitarbeitenden der PF oder genauer der Retailbank basierend auf den Vorgaben der Valiant Bank und der Münchener Hypothekenbank unabhängig von der Valuu-Organisation auf Valuu hinterlegt. Die Retailbank hat dabei keinerlei Kenntnisse zu den Kreditvergabekriterien oder Kalkulationsgrundsätzen anderer Kreditgeber, was durch Chinese Walls in technischer, organisatorischer aber auch vertraglicher Hinsicht innerhalb der PF abgesichert werden soll.[15] Die eigentliche Erfassung der Parameter für die Gelbe Hypothek auf Valuu soll deshalb im Ergebnis genau gleich erfolgen, wie für alle anderen Kreditgeber auf Valuu. Das Team der Gelben Hypothek soll entsprechend auch nicht im Vertrieb oder als Kundeberaterinnen und Kundenberater der Retailbank tätig sein.

Innerhalb der PF oder genauer der Retailbank soll es somit zwei Teams geben, welche die folgenden unterschiedlichen Aufgaben wahrnehmen und durch Chinese Walls getrennt werden: Das eine Team […] (nachfolgend auch: Team der Gelben Hypothek) wird für die Gestaltung der Gelben Hypothek im soeben genannten Sinne zuständig sein, das andere Team […] wird für den Vertrieb und die nachfolgende Verarbeitung der Gelben Hypothek zuständig sein.[16]

b) Physische Beratung in den Retailbank-Filialen durch Valuu Pro (insb. zur Gelben Hypothek)

Die Kundenberaterinnen und Kundenberater der Retailbank werden die Kundinnen und Kunden nun anhand von Valuu Pro beraten, diese bei der Erfassung der Daten begleiten und die Hypothek nach Wahl der Kundin oder des Kunden abschliessen. Die Gelbe Hypothek wird neu eine von vielen Hypotheken in diesem Vergleich sein.[17]

Die Kundenberaterinnen und Kundenberater werden dabei keine Anpassungsmöglichkeiten zum aufgelisteten Angebot der Gelben Hypothek auf Valuu haben. Insbesondere werden sie auch keine Berechtigung für sowie keine Möglichkeit zu (nachträglichen) Preisanpassungen – weder auf Valuu noch in der Retailbank-Filiale – haben. Der Abschluss erfolgt nach Auswahl durch die Kundin oder den Kunden direkt auf Valuu.[18]

[…].[19]

c) Zwischenfazit zum dargelegten Sachverhalt

In der Beratungsanfrage wird eingeräumt, dass die dargelegten Anpassungen im Geschäftsmodell zu einem kartellrechtlich möglicherweise problematischen Informationsaustausch innerhalb der PF führen könnten, sollten jene Mitarbeitenden der PF (sowie der Valiant Bank und der Münchener Hypothekenbank), welche für die Festlegung der Konditionen und damit für die Zinsfestlegung bei der Gelben Hypothek verantwortlich sind, vertrauliche Informationen zu den auf Valuu aufgeschalteten Hypothekarprodukten anderer Anbieter erhalten. Die PF sehe jedoch Vorkehren wie Chinese Walls in technischer, organisatorischer und vertraglicher Hinsicht vor, welche den Informationsaustausch kartellrechtskonform begrenzen würden.

Vor diesem Hintergrund ersucht die PF das Sekretariat um eine kartellrechtliche Einschätzung der geplanten Anpassungen in ihrem Geschäftsmodell und unterbreitet die deswegen vorgesehenen Massnahmen zur Unterbindung oder Begrenzung des Austauschs von Informationen dem Sekretariat zur Prüfung.[20]

Soweit aus dem in der Beratungsanfrage dargelegten Sachverhalt gefolgert werden kann, könnte nach Ansicht des Sekretariats in mehrfacher Hinsicht ein gegebenenfalls kartellrechtlich problematischer Austausch von Informationen erfolgen, was nachfolgend aufgezeigt wird. Es gilt somit insbesondere abzuwägen und zu beurteilen, ob die von der PF vorgesehenen technischen, organisatorischen und vertraglichen Vorkehren solche gegebenenfalls kartellrechtlich problematischen Informationsaustausche verunmöglichen.

II. Beurteilung

Aufgrund der von der PF vorgesehenen Erweiterung von Valuu um die Gelbe Hypothek sowie der Beratung von Kundinnen und Kunden in den Retailbank-Filialen mittels Valuu Pro erhalten die Kundenberaterinnen und Kundenberater der Retailbank und gegebenenfalls weitere Mitarbeitende der PF Kenntnis von Angeboten der Konkurrenten im Hypothekenmarkt. Aus diesem neuen Umstand könnte ein kartellrechtlich unzulässiger Informationsaustausch unter Wettbewerbern resultieren, sollten:

- die Kundenberaterinnen und Kundenberater der Retailbank im Rahmen ihrer Beratungstätigkeit zur Gelben Hypothek mittels Valuu Pro geschäftssensible Informationen in Bezug auf die Angebote von anderen Kreditgebern auf Valuu, namentlich zu den Risikomodellen, den Angebotsmatrizen oder deren Preisfestsetzung, erhalten und diese an jene Mitarbeitenden der PF, welche für die Gestaltung der Parameter sowie für die Zinsfestlegung bei der Gelben Hypothek und deren Aufschaltung auf Valuu verantwortlich sind, insbesondere das Team der Gelben Hypothek, oder die Valuu-Organisation (Platform Business) weitergeben können;
- die Kundenberaterinnen und Kundenberater der Retailbank, welche die Kundinnen und Kunden zur Gelben Hypothek mittels Valuu Pro beraten, die Berechtigung oder die Möglichkeit haben, das aufgelistete Angebot der Gelben Hypothek oder dessen Preis (nachträglich) anzupassen, sei dies auf oder neben Valuu;

[14] Vgl. Beratungsanfrage vom 12.04.2022, Rz 16.
[15] Vgl. Beratungsanfrage vom 12.04.2022, Rz 16.
[16] Vgl. Beratungsanfrage vom 12.04.2022, Rz 10 ff.
[17] Vgl. Beratungsanfrage vom 12.04.2022, Rz 12 und 17.
[18] Vgl. Beratungsanfrage vom 12.04.2022, Rz 17.
[19] Vgl. Beratungsanfrage vom 12.04.2022, Rz 18, […].
[20] Vgl. Beratungsanfrage vom 12.04.2022, Rz 4.

- die Kundenberaterinnen und Kundenberater der Retailbank, welche für den Vertrieb und die Verarbeitung der Gelben Hypothek zuständig sind, und das Team der Gelben Hypothek sowie die Mitarbeitenden der Valiant Bank oder der Münchener Hypothekenbank, welche die Konditionen und die Risikomatrix für die Gelbe Hypothek vorgeben, Einsicht in die Valuu-Organisation (Platform Business), namentlich die Risiko- und Angebotsmatrix (= RIAN) von Valuu sowie in die detaillierten Angebote, haben;
- jene Mitarbeitenden der PF respektive der Retailbank, welche für die Gestaltung der Parameter sowie für die Zinsfestlegung bei der Gelben Hypothek verantwortlich sind, namentlich zuvorderst das Team der Gelben Hypothek, oder auch die Mitarbeitenden der Valiant Bank oder der Münchener Hypothekenbank, welche die Konditionen und die Risikomatrix für die Gelbe Hypothek vorgeben, geschäftssensible Informationen in Bezug auf die Angebote von anderen Kreditgebern auf Valuu, namentlich zu den Risikomodellen, den Angebotsmatrizen oder deren Preisfestsetzung, von Kundenberaterinnen oder Kundenberatern der PF, insbesondere von dem für den Vertrieb und die Verarbeitung der Gelben Hypothek zuständigen Retailbank-Team, oder aus der übrigen PF erhalten oder in Erfahrung bringen können;
- die anderen Kreditgeber auf Valuu geschäftssensible Informationen zu den Angeboten der PF sowie der weiteren Kreditgeber auf Valuu erhalten, austauschen oder in Erfahrung bringen können.

Würde ein solcher Austausch von Informationen den Beteiligten ermöglichen, Rückschlüsse auf die Preisfestsetzung der Hypothekenprodukte der Konkurrenten zu ziehen und die Festsetzung der Parameter für die eigenen Hypothekenprodukte entsprechend anzupassen, könnte dies in kartellrechtlicher Hinsicht problematisch sein.

Bei der vorliegenden kartellrechtlichen Beurteilung ist daher zu prüfen, ob eine unzulässige Wettbewerbsabrede nach Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG i.V.m. Art. 4 Abs. 1 KG vorliegt. Ein Informationsaustausch wird als Wettbewerbsabrede nach Art. 4 Abs. 1 KG erfasst, wenn dieser die Voraussetzungen einer abgestimmten Verhaltensweise erfüllt.[21]

1. Bezwecken oder bewirken einer Wettbewerbsbeschränkung

Entsprechend dem Wortlaut von Art. 4 Abs. 1 KG muss der Informationsaustausch «eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken». Gemäss dem Bundesverwaltungsgericht bezweckt eine Abrede dann eine Wettbewerbsbeschränkung, wenn die Abredebeteiligten «die Ausschaltung oder Beeinträchtigung eines oder mehrerer Wettbewerbsparameter zum Programm erhoben haben».[22] Dabei genügt es, wenn der Inhalt der Abrede objektiv geeignet ist, eine Wettbewerbsbeschränkung durch Ausschaltung eines Wettbewerbsparameters zu verursachen. Die subjektive Ansicht der an der Abrede Beteiligten ist unerheblich.[23] Es ist insbesondere davon auszugehen, dass ein Informationsaustausch eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt, wenn der Austausch firmenspezifische Informationen über zukünftiges Preis- oder Mengenverhalten betrifft.[24]

Der vorliegend erfolgende Austausch von potentiell wettbewerbsrelevanten Informationen – wie insbesondere Preisen – auf Valuu erfolgt gemäss Beratungsanfrage zum Zweck, für die Konsumentinnen und Konsumenten Transparenz über die Hypothekarpreise zu schaffen. Damit verfolge Valuu keinen wettbewerbsbeschränkenden, sondern vielmehr einen wettbewerbsfördernden Zweck.[25] Dass mit den auf Valuu verfügbaren Informationen für die Plattformnutzer tatsächlich mehr Transparenz über die am Markt erhältlichen Hypothekarangebote geschaffen wird, könnte sich letztlich durchaus wettbewerbsfördernd auswirken. Zu berücksichtigen ist jedoch, dass allein aus der Tatsache, dass Informationen öffentlich ausgetauscht werden, nicht gefolgert werden kann, dass es keine schädlichen Auswirkungen auf den Markt gibt.[26]

Die wettbewerbsrechtliche Beurteilung eines Informationsaustausches hat seiner ambivalenten Natur Rechnung zu tragen. Denn ein Informationsaustausch kann je nach Ausgestaltung auch wettbewerbsbeschränkend wirken. Er kann wettbewerbsbeschränkende Wirkungen haben, da eben gerade die mit dem Austausch von Informationen einhergehende erhöhte Markttransparenz kollusive Verhaltensweisen vereinfacht.[27] Ein Informationsaustausch ist vor diesem Hintergrund als wettbewerbsschädlich zu betrachten, wenn er Informationen betrifft, «welche die strategische Ungewissheit auf dem Markt verringern».[28]

Die wettbewerbsbeschränkende Wirkung eines Informationsaustausches wird von der Wettbewerbskommission in Anlehnung an die Praxis der Europäischen Kommission anhand einer Reihe von Kriterien beurteilt.[29] Bei der kartellrechtliche Beurteilung sind die Kriterien im Rahmen einer Gesamtwürdigung zu berücksichtigen.[30] Zunächst ist auf das Kriterium der konkreten Ausgestaltung einzugehen, da diesem vorliegend eine massgebliche Bedeutung zukommt.

[21] Vgl. MANI REINERT, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2. Aufl. 2021, Art. 4 Abs. 1 N 115.
[22] Statt vieler: BVGer B-8430/2010 vom 23.09.2014, E. 6.3.2.9.
[23] Vgl. BANGERTER SIMON/ZIRLICK BEAT, in: DIKE-Kommentar, Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, Zäch et al. (Hrsg.), 2018, Art. 4 Abs. 1 N 138.
[24] Vgl. DIKE KG-BANGERTER/ZIRLICK (Fn 23), Art. 4 Abs. 1 N 155.
[25] Vgl. Beratungsanfrage vom 12.04.2022, Rz 31.
[26] Vgl. Leitlinien zur Anwendbarkeit von Artikel 101 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, ABl. C 11 vom 14.1.2011 S. 21 Rz 94.
[27] Vgl. RPW 2007/1, 166 f. Rz 212, *Praxis im Versicherungsbereich*, m.w.H.
[28] Vgl. RPW 2011/4, 584 Rz 391, *ASCOPA*.
[29] Vgl. RPW 2011/4, 584 Rz 391, *ASCOPA*.
[30] Vgl. DIKE KG-BANGERTER/ZIRLICK (Fn 23), Art. 4 Abs. 1 N 153.

a) Konkrete Ausgestaltung/Organisation des Informationsaustausches

Das Sekretariat hat das Kriterium der konkreten Ausgestaltung in der Vergangenheit als «verstärkendes Element» für die Beurteilung eines Informationsaustausches herangezogen.[31] Das Ergebnis der vorliegenden Beurteilung hängt weitgehend davon ab, ob die PF gewährleistet, dass durch (interne) Massnahmen der Austausch von geschäftssensiblen Informationen zu den auf Valuu aufgeschalteten Hypothekarprodukten, insbesondere deren Preisfestsetzung, zwischen den Kundenberaterinnen und Kundenberatern der Retailbank und den für die Zinsfestlegung bei und der Aufschaltung der Gelben Hypothek zuständigen Mitarbeitenden der PF (sowie der Valiant Bank und der Münchener Hypothekenbank) und/oder den anderen Kreditgebern auf Valuu verhindert wird. Es würde ein kartellrechtlich unzulässiges kollusives Verhalten vorliegen, wenn die Retailbank und die anderen Kreditgeber auf Valuu oder mittels Valuu Pro Kenntnisse über die Risikomodelle und Angebotsmatrizes des jeweils anderen erhalten würden oder austauschen könnten und dadurch die Preisfestsetzung bei ihren Hypothekarprodukten entsprechend anpassen könnten.

Aus organisatorischer Sicht bedeutet dies im Innenverhältnis der PF, dass das für die Festlegung der Konditionen und der Risikomatrix und damit für die Zinsfestlegung bei der Gelben Hypothek verantwortliche Team der Gelben Hypothek von den Kundenberaterinnen und Kundenberatern der Retailbank, insbesondere von dem Team, welches nachfolgend für den Vertrieb und die Verarbeitung der Gelben Hypothek – auch mittels Valuu Pro – zuständig ist, organisatorisch getrennt geführt und vom hier diskutierten allfälligen geschäftssensiblen Informationsaustausch abgeschirmt werden muss sowie der gesamte Vermittlungs-, Beratungs- und Verkaufsprozess bei der Retailbank so ausgestaltet werden muss, dass keine geschäftssensiblen Informationen zwischen den Business Units Retail Banking (Retailbank) und Platform Business (Valuu) ausgetauscht werden können, sei es zur Gelben Hypothek oder den anderen Hypothekenangeboten auf Valuu. Im Aussenverhältnis ist sicherzustellen, dass zwischen den Konkurrenten (sei dies zwischen der PF und den anderen Kreditgebern oder auch unter den anderen Kreditgeber) kein kollusives Verhalten entstehen kann.

Die hier verlangte – und von der PF bereits in Aussicht gestellte – organisatorische Trennung innerhalb der PF soll mittels zweier Teams, welche jeweils unterschiedliche Aufgaben wahrnehmen, erfolgen.[32] Das eine Team wird für die Gestaltung (Festlegung der Zinssätze und Parameter nach Massgabe der Vorgaben der Valiant Bank und der Münchener Hypothekenbank) der Gelben Hypothek zuständig sein. Das andere Team wird für den Vertrieb und die Verarbeitung der Gelben Hypothek – inskünftig auch über Valuu Pro – zuständig sein.[33] Mit entsprechenden Massnahmen wird darüber hinaus verhindert, dass die Teams geschäftssensible Informationen austauschen. So werden insbesondere die Kundenberaterinnen und Kundenberater der Retailbank organisatorisch nicht für die Preisfestsetzung der Gelben Hypothek verantwortlich sein und haben auch keine Berechtigungen dazu. Die Festlegung der Parameter für die Gelbe Hypothek wird unabhängig von anderen Mitarbeitenden der PF, welche wiederum nicht beratend tätig sind, erfolgen.[34]

Mittels zusätzlichen technischen und vertraglichen Massnahmen (namentlich separater IT Domänen, zusätzlichen und separaten Zugriffsberechtigungen pro User, Geheimhaltungsvereinbarungen etc.) wird zudem sichergestellt, dass das für den Vertrieb und die Verarbeitung der Gelben Hypothek zuständige Team ([…][35]) keinen Einblick in die Risiko- und Angebotsmatrix (= RIAN) von Valuu ([…]) sowie in deren detaillierte Angebote erhält.[36]

Wie bereits erwähnt[37], werden die Kundenberaterinnen und Kundenberater bei einer Beratung mittels Valuu Pro ausserdem keine Anpassungsmöglichkeit zum aufgelisteten Angebot der Gelben Hypothek auf Valuu haben.[38] Aufgrund der erfassten Eckdaten präsentiert Valuu nämlich automatisiert eine Angebotsauswahl von einem oder mehreren Kreditgebern.[39] Weiter werden sie auch keinerlei Möglichkeit der (nachträglichen) Preisanpassung haben.[40] Darüber hinaus wird auch ein Informationsfluss von den Kundenberaterinnen und Kundenberatern an die für die Preisfestsetzung der Gelben Hypothek in Valuu und Valuu Pro verantwortlichen Personen der Retailbank durch geeignete vertragliche Verpflichtungen untersagt werden.[41]

Weiter wird die Retailbank keinen Zugriff auf die Parameter respektive die Kreditvergabekriterien oder Kalkulationsgrundsätze anderer Kreditgeber haben. Dies wird durch Chinese Walls (in technischer [Informatik], organisatorischer und vertraglicher Hinsicht) innerhalb der PF sichergestellt werden.[42] Valuu ist zudem so ausgestaltet, dass die Kreditgeber über den Kreditgeberzugang ihre Risikomodelle und Angebotsmatrizen eigenständig hinterlegen können und die Kreditgeber technisch keine Einsicht und auch keinen Zugriff auf die geschützten Bereiche der PF sowie der weiteren Kreditgeber auf Valuu haben.[43]

Die von der PF vorgesehenen technischen, organisatorischen und vertraglichen Massnahmen scheinen nach Auffassung des Sekretariats geeignet, aber auch notwendig, um kollusives Verhalten zu verhindern. Es wäre eine aktive Umgehung seitens der betreffenden Mitarbeitenden erforderlich, damit es zu einer Abstimmung des Verhaltens kommen könnte.

[31] Vgl. RPW 2007/1, 168 Rz 218, Anhang V: *Benchmarking-Analysen im Bereich Lebensversicherungen – Schlussbericht vom 26. April 2006*.
[32] Siehe oben, S. 5.
[33] Vgl. Beratungsanfrage vom 12.04.2022, Rz 14.
[34] Vgl. Beratungsanfrage vom 12.04.2022, Rz 21.
[35] […].
[36] Vgl. Beratungsanfrage vom 12.04.2022, Rz 19 f.
[37] Siehe oben, S. 5.
[38] Vgl. Beratungsanfrage vom 12.04.2022, Rz 17.
[39] Vgl. Beratungsanfrage vom 12.04.2022, Rz 9.
[40] Vgl. Beratungsanfrage vom 12.04.2022, Rz 17.
[41] Vgl. Beratungsanfrage vom 12.04.2022, Rz 13.
[42] Vgl. Beratungsanfrage vom 12.04.2022, Rz 6 und16.
[43] Vgl. Beratungsanfrage vom 12.04.2022, Rz 6.

b) Inhalt der Information

Gemäss der bisherigen Praxis der Wettbewerbsbehörden ist ein Austausch von sensiblen – nicht zwingend geheimen, jedoch üblicherweise vertraulich gehaltenen, firmenspezifischen – Informationen grundsätzlich als problematisch einzustufen, wogegen beim Austausch von weniger sensiblen Informationen eine fallspezifische Beurteilung erfolgen muss. Als problematisch wird regelmässig der Austausch von Informationen betreffend Preise, Margen, Rabatte, Preiserhöhungen, einzelne Kunden etc. angesehen.[44]

Vorliegend werden die Preise für Hypotheken von unterschiedlichen Anbietern in einem konkreten Anwendungsfall ausgetauscht oder zumindest durch Valuu sichtbar[45], was nach den vorstehenden Ausführungen grundsätzlich kartellrechtliche Bedenken hervorrufen kann. Dazu ist jedoch zu berücksichtigen, dass nicht die dem Hypothekenpreis zugrundeliegenden Parameter, d. h. die Risikomodelle und Angebotsmatrizen, direkt ausgetauscht werden. Solange letzteres nicht geschieht, scheinen kaum konkrete Rückschlüsse auf das individuelle künftige Marktverhalten von Konkurrenten möglich. Dies ergibt sich auch aus den nachfolgenden Ausführungen zum Aggregationsniveau.

c) Aggregationsniveau

Ein Austausch von aggregierten Daten, d. h. solchen, die nur mit hinreichender Schwierigkeit Rückschlüsse auf individuelle unternehmensspezifische Daten zulassen, ist in der Regel eher unproblematisch, da solche Informationen weniger geeignet sind, die Unsicherheiten über künftiges Marktverhalten zu beseitigen. Massgebend ist der Aggregationsgrad, denn je aggregierter die Daten sind, desto schwerer sind Rückschlüsse auf ein Unternehmen.[46] Entscheidend ist daher die Frage, ob durch die Informationen Rückschlüsse auf das individuelle Marktverhalten eines Konkurrenten gezogen und das informierte Unternehmen dadurch in die Lage versetzt werden könnte, sein eigenes Marktverhalten an dem des Konkurrenten zu orientieren.[47]

Zunächst ist die technische Ausgestaltung von Valuu und Valuu Pro zu berücksichtigen. Möchte ein Kreditgeber (auch die PF) Valuu dazu nutzen, Informationen über das Wettbewerbsverhalten der Konkurrenten zu erhalten, ist dies mit einem erheblichen Aufwand verbunden. Ohne Registrierung und ohne die Erfassung spezifischer Informationen sowie bestimmter vordefinierter Dokumente im persönlichen Cockpit oder ohne Ermächtigungserklärung an einen Vermittler können keine verbindlichen Angebote, die den Namen der Kreditgeber preisgeben, in Erfahrung gebracht werden. Alsdann sind die angezeigten Preise (Zinssätze) in ihrem Nutzen sehr beschränkt, da sie lediglich das Resultat einer automatisierten Auswertung der Parameter mit Blick auf die Risikomodelle und Angebotsmatrizen darstellen. Ohne Kenntnis der konkreten Risikomodelle und Angebotsmatrizen – welche wie bereits dargelegt alle Kreditgeber auf Valuu untereinander vom jeweils anderen nicht haben[48] – kann der Kreditgeber (unter anderem auch die PF) nicht wissen, wie der andere Hypothekenpreis zustande kommt und aus welchem Grund der andere Kreditgeber überhaupt ein Angebot abgibt oder nicht.[49] Entsprechend erscheint selbst eine allfällige Weitergabe der angezeigten Hypothekenpreise der Konkurrenten durch die Kundenberaterinnen und Kundenberater der PF an die preisfestsetzende Einheit der Gelben Hypothek von keinem grossen Nutzen für die PF zu sein, so denn entsprechende Informationen fliessen würden, sollten die Vorkehren der PF nicht greifen. Eine stärkere Aggregation der Informationen respektive der angezeigten Preise zu fordern, erscheint aus kartellrechtlicher Sicht daher nicht nötig. Ohnehin existieren bereits zahlreiche Hypotheken-Vergleichsplattformen, die ebensolche oder gar ausgedehntere Hypothekenvergleiche ermöglichen wie Valuu.[50]

d) Aktualität der Informationen

Je aktueller die Informationen sind, desto problematischer ist der Austausch von Informationen. Gerade beim Austausch von aktuellen Daten sind Bedenken anzubringen, wohingegen der Austausch von historischen Daten eher nicht zu kartellrechtlich problematischen Auswirkungen führen dürfte. Bei der Beurteilung ist dabei zu beachten, dass es keine fixen Schwellen gibt, ab welchem Zeitpunkt Daten als alt genug erscheinen, um kartellrechtlich unproblematisch zu gelten.[51]

Bei den vorliegend ausgetauschten Informationen betreffend die Preise für Hypothekenangebote handelt es sich um aktuelle und verbindliche Daten.[52] Ein solcher Austausch erscheint damit aus kartellrechtlicher Sicht grundsätzlich problematischer als ein Informationsaustausch mit historischen Daten.

e) Häufigkeit des Informationsaustausches

Je häufiger Informationen ausgetauscht werden, desto einfacher und rascher ist es Unternehmen möglich, ihr Verhalten an dasjenige der Konkurrenz anzupassen. Werden Informationen in einer hohen Frequenz ausgetauscht, können Unternehmen einfacher auf Vorstösse von Konkurrenten reagieren.[53]

Ein Informationsaustausch über die Hypothekenpreise erfolgt grundsätzlich bei jeder Beratung in den Retailbank-Filialen über Valuu Pro durch die Kundenberaterinnen und Kundenberater der PF, bei der bis und mit zu den Angeboten beraten wird. Die Frequenz ist deshalb zufälliger Natur.[54] Nichtsdestotrotz haben die so gewonnenen Informationen bei den Kundenberaterinnen und Kundenberatern zu verbleiben und nicht an die Mitarbeitenden der PF, welche für die Gestaltung der Parameter sowie für die Zinsfestlegung bei der Gelben Hypothek und deren Aufschaltung auf Valuu verantwortlich sind, insbesondere das Team der Gelben Hypothek, und/oder die Mitarbeitenden der Valiant Bank oder der Münchener Hypothekenbank, welche die Konditionen und die Risikomatrix für die Gelbe Hypothek vorgeben, zu gelangen.

[44] Vgl. RPW 2011/4, 518, *Benchmarking Hypothekarzinsmargen*.
[45] Vgl. Beratungsanfrage vom 12.04.2022, Rz 22, Aufzählungspunkt 1.
[46] Vgl. DIKE KG-BANGERTER/ZIRLICK (Fn 23), Art. 4 Abs. 1 N 160.
[47] Vgl. RPW 2011/4, 518, *Benchmarking Hypothekarzinsmargen*.
[48] Siehe oben, S. 9.
[49] Vgl. Beratungsanfrage vom 12.04.2022, Rz 34, Aufzählungspunkt 1 und 2.
[50] Vgl. Beratungsanfrage vom 12.04.2022, Rz 22.
[51] Vgl. DIKE KG-BANGERTER/ZIRLICK (Fn 23), Art. 4 Abs. 1 N 161.
[52] Vgl. Beratungsanfrage vom 12.04.2022, Rz 34, Aufzählungspunkt 3.
[53] Vgl. DIKE KG-BANGERTER/ZIRLICK (Fn 23), Art. 4 Abs. 1 N 162.
[54] Vgl. Beratungsanfrage vom 12.04.2022, Rz 34, Aufzählungspunkt 4.

f) Zugang zum Informationsaustausch

Wird durch den Informationsaustausch die Transparenz im Markt erhöht, sollte ein möglichst einheitlicher Zugang zu den Informationen durch die Marktteilnehmer geschaffen werden, um Informationsasymmetrien und damit zusammenhängende Wettbewerbsnachteile zu verhindern. Eine wettbewerbsbeschränkende Wirkung kann vermindert werden, indem auch die Marktgegenseite Zugang zu den Ergebnissen des Marktinformationssystems erhält.[55]

Mit Valuu stellt die PF den Kundinnen und Kunden ein Tool zum Vergleichen von Hypothekenangeboten zur Verfügung.[56] Sowohl PF- als auch Nicht-PF-Kundinnen und Kunden haben einerseits über <www.valuu.ch> und anderseits über eine Beratung mittels Valuu Pro in den Retailbank-Filialen oder durch Valuu-Partner oder –Vermittler Zugang zu den auf Valuu verfügbaren Hypothekenangeboten der Kreditgeber. […].

Es ist insbesondere hervorzuheben, dass auch die Kundenberaterinnen und Kundenberater im Rahmen ihrer Beratungstätigkeit und damit die PF nur Zugang zum Angebot eines Kreditgebers als Resultat einer automatisierten Auswertung der diversen Parameter erhalten und es sich dabei genau um diejenigen Angebote handelt, welche ebenfalls den Kundinnen und Kunden präsentiert werden.[57] Zu erwähnen ist ausserdem, dass die anderen Kreditgeber auf Valuu sowieso keinen Zugang zu den Angeboten der Kreditgeber als Resultat einer automatisierten Auswertung über Valuu Pro haben. Für eine Kollusion müsste deshalb ein zusätzlicher Austausch zwischen den Kundenberaterinnen und Kundenberater der PF und den Mitarbeitenden der anderen Kreditgeber erfolgen, weshalb der Informationsaustausch weniger problematisch erscheint. Die anderen Kreditgeber (auf Valuu vertreten oder auch nicht) haben lediglich gleich wie eine Kundin oder ein Kunde Zugang zu den auf <www.valuu.ch> verfügbaren Hypothekenangeboten.

Im Ergebnis darf davon ausgegangen werden, dass Valuu die Markttransparenz für die Plattformnutzer sowie die Kundinnen und Kunden erhöht und so wie die übrigen bereits existierenden Hypotheken-Vergleichsplattformen dazu dienen kann, verschiedene Hypothekenangebote besser zu vergleichen und einfacher das passendste Angebot auszuwählen. PF intern ist dies allerdings nur solange der Fall, wie die über Valuu Pro gewonnenen Informationen bei den Kundenberaterinnen und Kundenberater der Retailbank verbleiben und nicht an die Mitarbeitenden der PF, welche für die Gestaltung der Parameter sowie für die Zinsfestlegung bei der Gelben Hypothek und deren Aufschaltung auf Valuu verantwortlich sind, insbesondere das Team der Gelben Hypothek, und/oder die Mitarbeitenden der Valiant Bank oder der Münchener Hypothekenbank, welche die Konditionen und die Risikomatrix für die Gelbe Hypothek vorgeben, gelangen, wie es die PF bereits zugesichert hat.

g) Homogenität der Produkte

Eine Koordination der Wettbewerbsparameter ist einfacher, wenn die Produkte auf dem vom Informationsaustausch betroffenen Markt homogen sind. Sind die Produkte sehr heterogen, wird eine Koordinierung deutlich erschwert.[58]

Mit Valuu erhalten die Kundinnen und Kunden grundsätzlich verschiedenste Hypothekenangebote für die Finanzierung ihrer Immobilie/n im Einzelfall. Dazu wird in der Beratungsanfrage vorgebracht, dass folglich gewichtige Unterschiede mit Blick auf die Zielgruppen und das Risiko bestehen.[59] Dagegen ist jedoch einzuwenden, dass namentlich keine Angebote eines Kreditgebers dem Plattformnutzer angezeigt werden, wenn dieser nicht den im Risikomodell definierten Kriterien entspricht. Somit sind die letztlich angezeigten Hypothekenangebote aus Sicht des Privatkunden grundsätzlich austauschbar und daher vielmehr homogener Natur. Ohnehin unterscheide sich Hypotheken für Privatkunden letztlich nur in ihrem Preis (Zinssatz) und ihrer Dauer, was für ein grundsätzlich homogenes Produkt spricht. Umso wichtiger ist, dass – wie von der PF bereits zugesichert – der Informationsaustausch auf die Preise für Hypotheken in einem konkreten Anwendungsfall beschränkt bleibt, keine Geschäftsgeheimnisse betrifft und sich ebenso wenig auf das zukünftige Marktverhalten von Konkurrenten bezieht.

h) Marktstruktur

Hinsichtlich der Marktstruktur gilt, dass je konzentrierter ein Markt ist, desto grösser ist die Gefahr einer Verhaltensabstimmung. Neben der Marktkonzentration sind auch die Markttransparenz, die Marktstabilität sowie Marktsymmetrien zu beachten.[60]

Vorliegend ist der Markt für Hypotheken zu betrachten, auf dem zahlreiche Anbieter wie Banken, Versicherungen oder auch Pensionskassen aktiv sind.[61] Der Wettbewerbsdruck scheint durch neue Anbieter von Hypotheken fortlaufend zuzunehmen. Allein auf Valuu sind ohne die PF bereits 30 Anbieter vertreten. Daneben scheint auch die Markttransparenz zum Wettbewerb beizutragen. Im Internet seien zahlreiche Hypotheken-Vergleichsplattformen wie Comparis[62] oder Homgate[63] sowie verschiedene Hypotheken-Vermittlungsplattformen wie MoneyPark[64] zu finden. Diese würden ähnliche Informationen wie jene auf Valuu zur Verfügung stellen.[65] Die potentiellen Kundinnen und Kunden erhalten dadurch Zugang zu einem breiten Angebot an Hypothekenprodukten und können diese auch einfacher miteinander vergleichen, was den Wettbewerbsdruck weiter verschärft. Folglich scheint die Marktstruktur potenziell kollusive Verhaltensweisen eher zu erschweren.

[55] Vgl. DIKE KG-BANGERTER/ZIRLICK (Fn 23), Art. 4 Abs. 1 N 163.
[56] Vgl. Beratungsanfrage vom 12.04.2022, Rz 32.
[57] Siehe oben, S. 10.
[58] Vgl. DIKE KG-BANGERTER/ZIRLICK (Fn 23), Art. 4 Abs. 1 N 165.
[59] Vgl. Beratungsanfrage vom 12.04.2022, Rz 34, Aufzählungspunkt 5.
[60] Vgl. DIKE KG-BANGERTER/ZIRLICK (Fn 23), Art. 4 Abs. 1 N 166.
[61] Vgl. Beratungsanfrage vom 12.04.2022, Rz 34, Aufzählungspunkt 6.
[62] Vgl. Webseite von Comparis: <www.comparis.ch/hypotheken/default>.
[63] Vgl. Webseite von Homegate: <www.homegate.ch/c/de/hypotheken/hypotheken-vergleichen>.
[64] Vgl. Webseite von Moneypark: <www.moneypark.ch>.
[65] Vgl. Beratungsanfrage vom 12.04.2022, Rz 22 ff.

2. Fazit

Unter Berücksichtigung aller Kriterien zur Beurteilung eines Informationsaustausches erscheinen die von der PF geplanten Anpassungen im Geschäftsmodell, insbesondere dank der zusätzlichen technischen, organisatorischen und vertraglichen Vorkehren, die den möglichen Austausch von geschäftssensiblen Informationen stark begrenzen oder gar unterbinden, aus kartellrechtlicher Sicht gesamthaft als unbedenklich und von ihnen könnte gar eine prokompetitive Wirkung ausgehen. Zwar werden vorliegend aktuelle Informationen betreffend den Preis eher homogener Produkte über Valuu und Valuu Pro ausgetauscht, was grundsätzlich problematisch erscheinen könnte. Jedoch mindern das Aggregationsniveau der ausgetauschten Daten, die Zufälligkeit der Frequenz des Austausches, der Zugang zum Informationsaustausch sowie die Marktstruktur die wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen des Austausches.

Soweit es das Sekretariat aufgrund des dargestellten Sachverhalts erwägen kann, scheinen die konkrete Ausgestaltung von Valuu und Valuu Pro zusammen mit den in technischer, organisatorischer und vertraglicher Sicht intern getroffenen Massnahmen der PF zu gewährleisten, dass kein kartellrechtlich unzulässiger Informationsaustausch erfolgen kann.

Aufgrund der Komplexität der vorgesehenen Massnahmen empfiehlt das Sekretariat, die betroffenen Mitarbeitenden zusätzlich im Rahmen einer internen Schulung in Bezug auf die in technischer, organisatorischer und vertraglicher Hinsicht geltenden Massnamen zu schulen.

Im Sinne einer Gesamtwürdigung ist damit nicht von einem kartellrechtlich problematischen Informationsaustausch auszugehen. Auf die Beurteilung allfälliger Rechtfertigungsgründe nach Art. 5 Abs. 2 KG verzichtet das Sekretariat daher.[66]

[66] Vgl. Beratungsanfrage vom 12.04.2022, Rz 38 ff.

B 1.4	3. Unternehmenszusammenschluss und Nebenabreden

Diese Beurteilung erfolgt im Rahmen einer Beratung nach Art. 23 Abs. 2 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251).

A Sachverhalt

1. Gemäss Beratungsanfrage haben die […] sowie die […] (nachfolgend: Parteien) am 24./29. März 2022 in Bezug auf den geplanten Kauf/Verkauf der Titelrechte der […] (Asset-Deal) eine Absichtserklärung («Letter of Intent»; nachfolgend: LOI) geschlossen.

2. Nach den Ausführungen im LOI ist die Verkäuferin Inhaberin der Rechte an den Titeln […]. Bei diesen Titeln handle es sich um […]. Die Verkäuferin möchte sich künftig ausschliesslich auf […] konzentrieren, weshalb sie die Rechte an diesen beiden Titeln verkaufen möchte.

3. Gemäss LOI soll der Kauf/Verkauf nicht durch Übertragung der Aktien der Gesellschaft abgewickelt werden, sondern als sog. «Asset-Deal», bei welchem die Käuferin genau definierte Aktiven und Passiven übernimmt. Als «Transaktion» listet der LOI folgende Vereinbarungen auf:

a. Verkauf der Rechte an den Titeln […] von der Verkäuferin an die Käuferin;

b. Erteilung von Produktions- und Dienstleistungsaufträgen von der Käuferin an die Verkäuferin in Bezug auf die beiden gekauften Titel und Zusatzaufträge für den Titel […];

c. Einräumung eines Vorkaufsrechts für die Verkäuferin an den Titeln der Käuferin;

d. Gegenseitige Verpflichtung zum Verzicht auf konkurrenzierende Tätigkeit (Käuferin bewirtschaftet […]; Verkäuferin bewirtschaftet […]) im Wirtschaftsgebiet […], soweit dies die kartellrechtlichen Rahmenbedingungen zulassen.

B Fragestellung

4. Mit der Beratungsanfrage wird um eine wettbewerbsrechtliche Beurteilung des LOI namentlich im Hinblick auf dessen Ziff. 1/1 lit. a–d zur «Transaktion», also Verkauf der Titelrechte (lit. a), Erteilung von Produktions- und Dienstleistungsaufträgen von der Käuferin an die Verkäuferin (lit. b), Vorkaufsrecht (lit. c) sowie Konkurrenzierungsverzicht im Wirtschaftsgebiet […] (lit. d) ersucht.

5. Um den Rahmen der Beratungstätigkeit des Sekretariats nicht zu sprengen, wurde die Fragestellung im Einverständnis mit den Parteien wie folgt konkretisiert:

- Stellt der Verkauf der Titelrechte (lit. a LOI) einen Unternehmenszusammenschluss i. S. von Art. 4 Abs. 3 KG dar?
- Können die Erteilung von Produktions- und Dienstleistungsaufträgen von der Käuferin an die Verkäuferin (lit. b LOI), das Vorkaufsrecht (lit. c LOI) sowie der Konkurrenzierungsverzicht im Wirtschaftsgebiet […] (lit. d LOI) als Nebenabreden qualifiziert werden?

C Beurteilung

C.1 Vorliegen eines Zusammenschlusses

6. Nach Art. 4 Abs. 3 KG gilt als Unternehmenszusammenschluss: a. die Fusion von zwei oder mehr bisher voneinander unabhängigen Unternehmen; b. 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.

7. Gemäss Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG kann nicht nur ein ganzes Unternehmen, sondern auch ein Teil davon Gegenstand einer Kontrollerlangung sein.[1] Ein solcher Unternehmensteil liegt im Allgemeinen vor, wenn dieser eine gewisse Marktpräsenz (allenfalls auch marktstrategische Bedeutung) hat und ihm ein eigener Umsatz zugerechnet werden kann.[2] Dies kann etwa der Fall sein, wenn eine gesamte Abteilung auf ein anderes Unternehmen übertragen wird. Dazu können nebst technischer Infrastruktur weitere Aktiven wie Büromöbel u. Ä. sowie der Übergang verschiedener Verträge wie Miet- oder Arbeitsverträge zählen.[3]

8. Im Fall «Teilerwerb der Hallwag AG durch die Büchler Grafino AG»[4] wurden die Verlagsrechte zweier Zeitschriften und die dazugehörigen Aktiven (Infrastruktur, Verträge und Arbeitsverhältnisse) als Unternehmensteil qualifiziert. Im Fall «Swisscom AG/Verizon Switzerland»[5] wurde die Übertragung von Kundenverträgen sowie des vormals für die Betreuung dieser Kunden zuständigen Personals von Verizon und weiteren Objekten (gewisse Mobilien und Verträge, «Know-how», Geschäftsbücher und Unterlagen) ebenfalls als Unternehmensteil betrachtet. Beim Zusammenschlussvorhaben «Emmi/Kellenberger» wurde ein Kundenstamm an Detailhändlern zusammen mit den betroffenen Mitarbeitern als Unternehmensteil angesehen.[6] Im Fall «Edipresse Publications SA/Imprimerie Cuhat SA» hat die WEKO eine entgeltliche Übernahme von Abonnenten dreier Lokalzeitungen als Veräusserung von Kunden behandelt, die die

[1] Vgl. zum Ganzen RPW 2021/2, 505 Rz 23 ff., *TX Group/Immowelt Schweiz*.
[2] Vgl. RPW 2009/4, 452 Rz 16, *Emmi Interfrais SA/Kellenberger Frisch Service SA*; JÜRG BORER, Orell Füssli Kommentar Wettbewerbsrecht I – Schweizerisches Kartellgesetz (KG), 3. Aufl. 2011, Art. 4 N 29; SILVIO VENTURI/PASCAL G. FAVRE, in: Commentaire Romand, Droit de la concurrence, Martenet/Bovet/Tercier (Hrsg.), 2. Aufl. 2012, Art. 4 III N 20 ff.
[3] Vgl. RETO JACOBS, Kartellrechtliche Rahmenbedingungen des IT-Outsourcing, in: IT-Outsourcing, 2003, 271-284, 275.
[4] Vgl. RPW 2001/1, 136 ff., *Teilerwerb der Hallwag AG durch die Büchler Grafino AG*.
[5] Vgl. RPW 2008/3, 417 Rz 18 ff., *Swisscom AG/Verizon Switzerland*.
[6] Vgl. RPW 2009/4, 452 f. Rz 16 ff., *Emmi Interfrais SA/Kellenberger Frisch Service SA*.

Kriterien für einen Kontrollwechsel über einen Unternehmensteil erfüllt.[7] Im Fall «TX Group/Immowelt Schweiz» wurde die Übernahme eines Kundenstamms mit den bestehenden Vertragsverhältnissen als Unternehmenszusammenschluss qualifiziert. Dabei wurde offengelassen, ob die blosse Übertragung eines Kundenstamms ohne Vertragsverhältnisse auch bereits als Unternehmensteil zu qualifizieren wäre.[8]

9. Auch das Europäische Wettbewerbsrecht erfasst bei der Zusammenschlusskontrolle nebst Unternehmen auch bloss Teile von Unternehmen mit eigener Rechtspersönlichkeit oder das Unternehmensvermögen oder Teile davon. Die Erlangung der Kontrolle über Vermögenswerte kann gemäss EU-Kommission nur dann als Zusammenschluss angesehen werden, wenn diese die Gesamtheit oder einen Teil eines Unternehmens bilden, d. h. einen Geschäftsbereich mit eigener Marktpräsenz, dem eindeutig ein Marktumsatz zugeordnet werden kann. Die Übertragung des Kundenstamms eines Geschäftsbereichs kann diese Kriterien erfüllen, wenn dadurch ein Geschäftsbereich mit Marktumsatz übertragen wird.[9]

10. Vorliegend geht es um den Verkauf der Rechte an den Titeln […]. Der LOI macht nicht den Anschein, dass davon auch die zugehörige Redaktion bzw. die entsprechenden Arbeitsverträge erfasst sind. Immerhin dürften den beiden Titeln aber eine gewisse Marktpräsenz und ein eigener Umsatz zugerechnet werden können. Fraglich ist, was mit den bisherigen Abonnements- bzw. Vertriebsverhältnissen der beiden Titel geschieht. Gehen diese auf die Erwerberin über, kann jedenfalls in Anlehnung an den Fall «TX Group/Immowelt Schweiz» von einem Unternehmenszusammenschluss ausgegangen werden. Falls ausschliesslich die Titelrechte ohne Abonnements- bzw. Vertriebsverhältnisse übertragen werden, erscheint es als fraglich, ob diesen Titeln ein Umsatz zugerechnet werden kann. Die Beantwortung der Frage, ob ein Unternehmenszusammenschluss vorliegt, hängt mithin von der konkreten Ausgestaltung der beabsichtigten Transaktion ab.

C.2 Nebenabreden

11. Nachfolgende Ausführungen basieren auf der Prämisse, dass ein Unternehmenszusammenschluss im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG vorliegt.

12. Bezüglich Nebenabreden in Zusammenhang mit Unternehmenszusammenschlüssen hat die WEKO ihre Praxis weitgehend nach der EU-Bekanntmachung[10] gerichtet. Dies gilt sowohl für Bezugs- und Lieferpflichten als auch für Konkurrenzverbote.[11]

13. 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.[12]

14. 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.[13]

C.2.1 Erteilung von Produktions- und Dienstleistungsaufträgen

15. Gemäss EU-Bekanntmachung führt in vielen Fällen die Übertragung eines Unternehmens oder Unternehmensteils zu einer Unterbrechung der traditionellen Bezugs- und Lieferbeziehungen, die sich infolge der Kombination von Geschäftstätigkeiten innerhalb der wirtschaftlichen Einheit des Veräusserers herausgebildet haben. Um die Auflösung der wirtschaftlichen Einheit des Veräusserers und die Übertragung der betreffenden Vermögensteile auf den Erwerber unter zumutbaren Bedingungen zu ermöglichen, ist es häufig erforderlich, entsprechende Bezugs- und Lieferverbindungen zwischen dem Veräusserer und dem Erwerber für eine Übergangszeit aufrechtzuerhalten. Dieses Ziel wird gewöhnlich dadurch erreicht, dass dem Veräusserer und/oder dem Erwerber des Unternehmens beziehungsweise Unternehmensteils Bezugs- und Lieferpflichten auferlegt werden. Unter Berücksichtigung der besonderen Lage, die sich aus der Auflösung der wirtschaftlichen Einheit des Veräusserers ergibt, können derartige Verpflichtungen als mit der Durchführung des Zusammenschlusses unmittelbar verbunden und für diese notwendig angesehen werden. Sie können je nach den Sachumständen den Veräusserer oder den Erwerber begünstigen.[14]

---

[7] Vgl. RPW 2010/2, 235, 3 f., *Edipresse Publications SA/Imprimerie Cuhat SA*.
[8] Vgl. RPW 2021/2, 505 Rz 26, *TX Group/Immowelt Schweiz*.
[9] Vgl. Berichtigung der Konsolidierten Mitteilung der Kommission zu Zuständigkeitsfragen gemäss der Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl. C 43 vom 21.2.2009, Rz 24; EU-KOMM, COMP/M2857 vom 23.12.2002, Rz 7 ff., *ECS/IEH*.
[10] Bekanntmachung der Kommission über Einschränkungen des Wettbewerbs, die mit der Durchführung von Unternehmenszusammenschlüssen unmittelbar verbunden und für diese notwendig sind, ABl. C 56 vom 05.03.2005 S. 24 ff. (nachfolgend: EU-Bekanntmachung).
[11] Vgl. RPW 2018/4, 918 Rz 367, *AZ Medien/NZZ*.
[12] Vgl. EU-Bekanntmachung, Rz 12.
[13] Vgl. EU-Bekanntmachung, Rz 13.
[14] Vgl. EU-Bekanntmachung, Rz 32; RPW 218/2, 383 Rz 70, *SDA/Keystone*.

16. Solche Verpflichtungen können dem Ziel dienen, die Versorgung der einen oder anderen Partei mit Waren sicherzustellen, die zur Ausübung der beim Veräusserer verbliebenen beziehungsweise der vom Erwerber übernommenen Geschäftstätigkeiten benötigt werden. Die Geltungsdauer von Liefer- und Bezugspflichten ist allerdings auf den Zeitraum zu begrenzen, der erforderlich ist, um das Abhängigkeitsverhältnis durch eine unabhängige Marktstellung zu ersetzen. Bezugs- und Lieferpflichten, mit denen sichergestellt werden soll, dass die zuvor bereitgestellten Mengen weiter geliefert werden, können für eine Übergangszeit bis zu fünf Jahren gerechtfertigt sein.[15]

17. Die Verpflichtung zur Lieferung beziehungsweise zum Bezug fester Mengen – gegebenenfalls verknüpft mit einer Anpassungsklausel – gilt als mit der Durchführung des Zusammenschlusses unmittelbar verbunden und für diese notwendig. Verpflichtungen hingegen, welche die Lieferung beziehungsweise den Bezug unbegrenzter Mengen oder Ausschliesslichkeitsbindungen vorsehen oder den Status eines Vorzugslieferanten oder eines Vorzugsabnehmers begründen, sind für die Durchführung des Zusammenschlusses nicht notwendig.[16]

18. Dienstleistungs- und Vertriebsvereinbarungen sind ihrer Wirkung nach Liefervereinbarungen gleichzustellen.[17]

19. Vorliegend kann die Erteilung von Produktions- und Dienstleistungsaufträgen von der Käuferin an die Verkäuferin (lit. b LOI) als Nebenabrede qualifiziert werden, sofern es sich um die Aufrechterhaltung bestehender Produktions- und Dienstleistungsbeziehungen handelt und diese Verpflichtung für eine Dauer von höchstens fünf Jahren abgeschlossen wird. Eine konkrete Beurteilung kann indessen nicht vorgenommen werden, da dem LOI diesbezüglich die erforderlichen Angaben nicht zu entnehmen sind. Anzumerken bleibt, dass Produktions- und Dienstleistungsaufträge zwischen den Parteien, welche nicht auf einer entsprechenden Verpflichtung im Veräusserungsvertrag basieren und unter marktüblichen Konditionen geschlossen werden, grundsätzlich keine Wettbewerbsabrede darstellen und daher jederzeit möglich sind.

C.2.2 Vorkaufsrecht

20. Die Einräumung eines Vorkaufsrechts kann dazu geeignet sein, zu verhindern, dass ein Drittunternehmen in Konkurrenz zur Veräusserin tritt.[18] Insofern kann nicht ausgeschlossen werden, dass es sich dabei um eine Wettbewerbsabrede handelt. Wie es sich damit verhält, hängt von der konkreten Ausgestaltung des Vorkaufsrechts ab.

21. Aufgrund der vorliegend verfügbaren Informationen kann nicht beurteilt werden, ob das Zusammenschlussvorhaben ohne die fragliche Abrede 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. Es ist daher fraglich, ob das Kriterium der Notwendigkeit erfüllt ist. Grundsätzlich kritisch dürfte aber sein, dass damit Konkurrenz durch Dritte beschränkt werden könnte (vgl. dazu nachfolgende Ausführungen zum Konkurrenzverbot).

22. Gestützt auf die verfügbaren Informationen kann die Einräumung eines Vorkaufsrechts jedenfalls nicht als mit dem Zusammenschlussvorhaben unmittelbar verbunden und notwendig qualifiziert werden. Dies bedeutet nicht, dass damit eine unzulässige Abrede im Sinne von Art. 5 KG vorliegt. Die allfällige Abrede erfährt bloss keine Legalisierung durch ihre Qualifizierung als Nebenabrede.[19]

C.2.3 Konkurrenzierungsverzicht im Wirtschaftsgebiet […]

23. Konkurrenz- beziehungsweise Wettbewerbsverbote, die sicherstellen, dass der Erwerber den vollständigen Wert des übertragenen Vermögens erhält, sind in der Regel nicht nur mit dem Zusammenschluss unmittelbar verbunden, sondern auch für dessen Durchführung notwendig, da ohne sie damit zu rechnen wäre, dass die Veräusserung des Unternehmens beziehungsweise Unternehmensteils nicht vollzogen werden kann. Damit der Erwerber den vollständigen Wert der übertragenen Vermögenswerte erhält, muss er in gewissem Umfang vor Wettbewerbshandlungen des Veräusserers geschützt werden können, um das Vertrauen der Kunden zu gewinnen und sich das betreffende Know-how aneignen und nutzen zu können.

24. Wettbewerbsverbote dieser Art sind jedoch nur dann durch das rechtmässige Ziel, den Zusammenschluss durchzuführen, gerechtfertigt, wenn sie im Hinblick auf ihre Geltungsdauer, ihren räumlichen und sachlichen Geltungsbereich sowie die betroffenen Personen nicht über das zur Erreichung dieses Ziels erforderliche Mass hinausgehen.

25. Wird zusammen mit dem Unternehmen sowohl der Geschäftswert als auch das Know-how übertragen, sind Wettbewerbsverbote bis zu drei Jahren gerechtfertigt. Wird nur der Geschäftswert übertragen, verkürzt sich dieser Zeitraum auf höchstens zwei Jahre.[20]

26. In räumlicher Hinsicht muss sich das Wettbewerbsverbot auf das Gebiet beschränken, in dem der Veräusserer die betreffenden Waren oder Dienstleistungen bereits vor der Unternehmensübertragung angeboten hat, da der Erwerber in Gebieten, in denen der Veräusserer zuvor nicht präsent war, nicht geschützt werden muss. Der räumliche Geltungsbereich kann auf Gebiete erstreckt werden, in denen der Veräusserer zum Zeitpunkt der Unternehmensübertragung geschäftlich tätig zu werden plante, sofern er bereits entsprechende Investitionen getätigt hat.

[15] Vgl. EU-Bekanntmachung, Rz 33.
[16] Vgl. EU-Bekanntmachung, Rz 34.
[17] Vgl. EU-Bekanntmachung, Rz 35.
[18] Vgl. RPW 2013/3, 360 Rz 45, *Tamedia AG/Schibsted/SCMS/piazza.ch/car4you*.
[19] Vgl. RPW 2018/4, 917 Rz 364, *AZ Medien/NZZ*.
[20] Vgl. EU-Bekanntmachung, Rz 20.

27. Sachlich hat sich das Wettbewerbsverbot auf Produkte und Dienstleistungen zu beschränken, die den Geschäftsgegenstand des übertragenen Unternehmens bilden. Der Schutz des Erwerbers vor dem Wettbewerb des Veräusserers in Produkt- oder Dienstleistungsmärkten, in denen das zu übertragende Unternehmen vor der Übertragung noch nicht tätig war, wird als unnötig betrachtet.[21]

28. Soweit sich vorliegend die Verkäuferin verpflichtet, die Käuferin im Wirtschaftsgebiet […] im Bereich […] nicht zu konkurrenzieren, kann dies als zulässige Nebenabrede qualifiziert werden, sofern das Wettbewerbsverbot zeitlich auf zwei bzw. drei Jahre (bei Übertragung von Know-how) limitiert wird.

29. Demgegenüber ist nicht ersichtlich, inwiefern eine Verpflichtung der Käuferin, die Verkäuferin auf dem […] im Wirtschaftsgebiet […] nicht zu konkurrenzieren, dem Schutz des vollständigen Werts der übertragenen Vermögenswerte dienen soll. Ein solches Wettbewerbsverbot zulasten der Käuferin kann daher nicht als zulässige Nebenabrede im beschriebenen Sinn qualifiziert werden.

D Fazit

30. Sofern mit dem Verkauf der Rechte an den Titeln […] auch ein zurechenbarer Umsatz, etwa in Form von Abonnements- bzw. Vertriebsverhältnissen, einhergeht, ist die Transaktion als Unternehmenszusammenschluss im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG zu qualifizieren.

31. Sofern von einem Zusammenschlussvorhaben auszugehen ist, kann die Erteilung von Produktions- und Dienstleistungsaufträgen von der Käuferin an die Verkäuferin (lit. b LOI) als Nebenabrede qualifiziert werden, sofern es sich um die Aufrechterhaltung bestehender Produktions- und Dienstleistungsbeziehungen handelt und diese Verpflichtung für eine Dauer von höchstens fünf Jahren abgeschlossen wird.

32. Gestützt auf die verfügbaren Informationen kann die Einräumung eines Vorkaufsrechts nicht als mit dem Zusammenschlussvorhaben unmittelbar verbunden und notwendig qualifiziert werden.

33. Der Konkurrenzierungsverzicht hinsichtlich des Marktes für […] im Wirtschaftsgebiet […] zu Gunsten der Käuferin kann für einen Zeitraum von längstens zwei bzw. drei (bei Übertragung von Know-how) Jahren als zulässige Nebenabrede qualifiziert werden. Demgegenüber stellt ein Konkurrenzverbot auf dem […] im Wirtschaftsgebiet […] zu Gunsten der Verkäuferin keine mit dem Zusammenschlussvorhaben unmittelbar verbundene und notwendige Nebenabrede dar.

[21] Vgl. zum Ganzen RPW 2018/2, 384 Rz 78 f., *SDA/Keystone*.

B 2	**3. Unternehmenszusammenschlüsse** Concentrations d'entreprises Concentrazioni di imprese
B 2.3	**1. XLCH Holding/LIPO**

Vorläufige Prüfung; Art. 4 Abs. 3, Art. 10 und Art. 32 Abs. 1 KG[1]

Examen préalable; art. 4 al. 3, art. 10 et art. 32 al. 1 LCart

Esame preliminare; art. 4 cpv. 3, art. 10 e art. 32 cpv. 1 LCart

Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 5. Mai 2022

Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU[2] *vom 9. Mai 2022*

1. Am 11. April 2022 erhielt die Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben. Dieses betrifft die Erlangung alleiniger Kontrolle über die LIPO Beteiligungen AG (nachfolgend: LIPO) durch die XLCH Holding GmbH (nachfolgend: XLCH).

2. XLCH mit Sitz in Wels (Österreich) ist eine Tochtergesellschaft der RAS Beteiligungs GmbH mit Sitz in Wien (Österreich), welche wiederum eine Tochtergesellschaft der XXXLutz KG (nachfolgend: XXXLutz-Gruppe) mit Sitz in Wels (Österreich) ist. Die XXXLutz Gruppe wird – indirekt – auch über Investoren kontrolliert, welche – indirekt – auch an der Conforama Suisse SA (nachfolgend: Conforama) mit Sitz in Tolochenaz (Schweiz) beteiligt sind. Die XXXLutz Gruppe ist vorwiegend in europäischen Ländern im Detailhandel mit Möbeln, Einrichtungsgegenständen und Haushaltswaren tätig. In der Schweiz betreibt die XXXLutz Gruppe insgesamt 34 Verkaufsstandorte, darunter die Marken Mömax, Pfister, XXXLutz, Möbel Egger, Möbel Hubacher sowie Möbel Svoboda. Conforama ist ein mit 22 Verkaufsstandorten in der ganzen Schweiz im Detailhandel tätiges Einrichtungshaus für Möbel und Haushaltswaren. Zu den von Conforama verkauften Produkten gehören insbesondere alle Kategorien von Haushalts- und Gartenmöbeln, elektronische Haushaltsgeräte, Multimedia-Produkte sowie Dekorationsartikel.[3]

3. LIPO mit Sitz in Pfäffikon SZ ist die Muttergesellschaft der LIPO Einrichtungsmärkte AG mit Sitz in Pratteln BL und der LIPO Service AG mit Sitz in Freienbach SZ. LIPO ist ein mit 23 Verkaufsstandorten in der ganzen Schweiz im Detailhandel tätiges Einrichtungshaus für Möbel (Haushalt/Garten) und Teppiche sowie Produkte der Kategorien Haushaltsgeräte, Multimedia und Dekoration.[4] Lipo ist eine 100% Tochtergesellschaft der AIH Investment Holding AG (nachfolgend: AIH) mit Sitz in Brunn am Gebirge (Österreich).[5]

4. Mit dem Zusammenschlussvorhaben bezwecke die XXXLutz-Gruppe neben ihren bestehenden internationalen Beteiligungen auch im Möbeleinzelhandelsmarkt in der Schweiz zu investieren. Aufgrund ihrer breiten Expertise in dieser, aus Sicht der XXXLutz-Gruppe, zukunftsträchtigen Branche gehe die XXXLutz-Gruppe davon aus, dass sie die Marktposition der LIPO-Gruppe verbessern könne.

5. XLCH und AIH (nachfolgend: die Parteien) haben am 23. Dezember 2021 einen Aktienkaufvertrag abgeschlossen, in welchem der Erwerb der alleinigen Kontrolle von Lipo durch XLCH vereinbart wurde. Im Ergebnis stellt die Transaktion einen Unternehmenszusammenschluss im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG[6] i.V.m. Art.1 VKU[7] dar.

6. Die Parteien erzielten im Geschäftsjahr 2021 insgesamt einen weltweiten Umsatz von über CHF 2 Mrd. und schweizweit jeweils einen solchen von über CHF 100 Mio., womit die Umsatzschwellen gemäss Art. 9 Abs. 1 KG erreicht sind und das vorliegende Zusammenschlussvorhaben meldepflichtig ist.

7. Die WEKO ist in ihrer bisherigen Praxis (absatzseitig) von einem sachlich relevanten Gesamtmarkt für Wohnungseinrichtungen inklusive Internethandel ausgegangen, liess aber eine genaue sachliche Abgrenzung, insbesondere hinsichtlich einer Marktsegmentierung nach Produktgruppen (Möbelgrundsortiment, Möbelrandsortiment, Wohnmöbel, Küchenmöbel, Bettwaren usw.) sowie nach Preissegmenten, letztlich offen.[8] Weiter ist die WEKO in ihrer bisherigen Praxis (absatzseitig) von einem sachlich relevanten Markt für Elektrogeräte ausgegangen, welcher nach Produktgruppen (u.a. Grosshaushaltsgeräte und Kleinhaushaltsgeräte) in Teilmärkte zu segmentieren ist, liess eine genaue sachliche Abgrenzung aber letztlich ebenfalls offen.[9]

[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).
[3] Vgl. RPW 2021/4, 905 Rz 2 ff., *Sems/Arole/Conforama/JV*.
[4] Vgl. RPW 2014/3, 534 Rz 5, *AIH/LIPO*.
[5] Vgl. RPW 2014/3, 534 Rz 2, *AIH/LIPO*.
[6] Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251).
[7] Verordnung vom 17. Juni 1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU; SR 251.4).
[8] RPW 2021/4, 906 Rz 12, *Sems/Arole/Conforama/JV*; RPW 2014/3, 534 Rz 8, *AIH/LIPO*.
[9] RPW 2021/4, 906 Rz 12, *Sems/Arole/Conforama/JV*; RPW 2008/3, 481 Rz 72ff., *Coop/Fust*.

8. Die WEKO geht entsprechend ihrer bisherigen Praxis vorliegend von einem (absatzseitigen) sachlichen (Gesamt-)Markt für Wohnungseinrichtungen inklusive Internethandel aus. Die genaue sachliche Abgrenzung, insbesondere ob der Markt weiter nach Produktgruppen (z.B. Möbelgrundsortiment, Möbelrandsortiment usw.) zu segmentieren ist, kann offengelassen werden, da dies die Beurteilung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens nicht verändert. Weiterhin wird vorliegend praxisgemäss von einem (absatzseitigen) sachlichen Markt für Elektrogeräte, welcher nach Produktgruppen (u.a. Grosshaushaltsgeräte und Kleinhaushaltsgeräte) in Teilmärkte zu segmentieren ist, ausgegangen. Die genaue sachliche Abgrenzung kann offengelassen werden, da dies die Beurteilung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens nicht verändert.

9. Hinsichtlich der räumlichen Abgrenzung des Marktes für Wohnungseinrichtungen bringen die Parteien vor, dass sowohl die XXXLutz-Gruppe, Conforama als auch Lipo eine nationale Preis- und Aktionspolitik verfolgen würden. Zudem seien die Verkaufsstellen der Parteien sowie die Verkaufsstellen der Wettbewerber über die ganze Schweiz verteilt. Dies führe zu vollkommener Preistransparenz und zu homogenen Wettbewerbsbedingungen innerhalb der Schweiz. Auch fördere der Internethandel die Preistransparenz und dies verunmögliche, dass einzelne stationäre Verkaufsstellen für dieselben Produkte unterschiedliche Preise verlangen könnten. Aus demselben Grund könnten auch im Internethandel keine abweichenden Preise verlangt werden. Daher sei eine schweizweite Marktabgrenzung im Markt für Wohnungseinrichtungen die einzig sachgerechte.

10. Die WEKO ist in ihrer bisherigen Praxis beim Markt für Wohnungseinrichtungen von einem schweizweiten Markt ausgegangen, liess aber letztlich offen, ob der räumliche Markt enger (lokal) abzugrenzen wäre.[10] Vorliegend wird für den Markt für Wohnungseinrichtungen in räumlicher Hinsicht von einem schweizweiten Markt ausgegangen, da im konkreten Fall die nationale Dimension im Vordergrund steht. Eine genaue räumliche Abgrenzung kann aber letztlich offengelassen werden, da bei jeder denkbaren räumlichen Marktabgrenzung, insbesondere auch einer lokalen Abgrenzung von ca. 40 Autofahrminuten (40 km), das Ergebnis der Analyse des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens dasselbe bleibt.

11. Die WEKO hat in ihrer bisherigen Praxis beim sachlichen Markt für Elektrogeräte, welcher in Teilmärkte nach Produktgruppen zu segmentieren ist, sowohl die nationale als auch die lokale Ebene betrachtet, wobei klar festgestellt wurde, dass es sich aus Sicht der Nachfragerinnen und Nachfrager um lokale Märkte handelt.[11] Praxisgemäss ging die WEKO je nach Produktgruppe von einem lokalen Markt bestehend aus einem Einzugsgebiet zwischen 20 km (bzw. 20 Autofahrminuten) und 40 km (bzw. 30 Autofahrminuten) um die jeweilige Verkaufsstelle aus.[12] Eine genaue räumliche Abgrenzung kann vorliegend offengelassen werden, da bei jeder denkbaren räumlichen Marktabgrenzung (national oder lokal) der Teilmärkte das Ergebnis der Analyse des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens dasselbe bleibt.

12. Der nachfolgenden Tabelle 1 sind die Marktanteile der Parteien auf dem schweizweiten und den betroffenen lokalen Märkten für Wohnungseinrichtungen für das Jahr 2021 zu entnehmen.

Tabelle 1: Markt für Wohnungseinrichtungen im Jahr 2021 – Marktanteile auf nationaler Ebene und in betroffenen lokalen Märkten mit Radien von 40 Autofahrminuten

Räumliche Marktabgrenzung	**Marktanteil [%]**			
	XXXLutz-Gruppe	**Conforama**	**LIPO**	**kumuliert**
Schweizweit	[10-20]	[0-10]	[0-10]	[10-20]
Lokale[13] Marktabgrenzung bei Anwendung von 40 Autofahrminuten (um LIPO-Filialen)				
Biel BE	[10-20]	[0-10]	[0-10]	[20-30]
Delémont JE	[10-20]	[0-10]	[0-10]	[20-30]

[10] RPW 2021/4, 906 Rz 14, *Sems/Arole/Conforama/JV*; RPW 2014/3, 535 Rz 10, *AIH/LIPO*.
[11] RPW 2014/3, 535 Rz 11, *AIH/LIPO*; RPW 2008/3, 485 Rz 120ff., *Coop/Fust*; RPW 2012/4, 852 Rz 66, *Migros/Galaxus*.
[12] Vgl. u.a. RPW 2008/3, 485 Rz 120 ff. und Rz 148, *Coop/Fust*.
[13] Die Angaben zu den Marktanteilen der Parteien in den lokalen Märkten für Wohnungseinrichtungen beziehen sich auf das Möbelgrundsortiment (als Teil des Marktes für Wohnungseinrichtungen). Laut Angaben der Parteien werden die Marktanteile dadurch überschätzt. Auf einem schweizweiten Markt für Wohnungseinrichtungen für das Segment Möbelgrundsortiment wären die von den Parteien geschätzten gemeinsamen Marktanteile mit [20-30] % (XXXLutz-Gruppe [10-20] %, Conforama [0-10] % und LIPO [0-10] %) denn auch höher als in Tabelle 1 angegeben.

Lokale[13] **Marktabgrenzung bei Anwendung von 40 Autofahrminuten (um LIPO-Filialen)**				
Egerkingen SO	[20-30]	[0-10]	[0-10]	[20-30]
Emmen LU	[20-30]	[0-10]	[0-10]	[20-30]
Granges-Paccot FR	[10-20]	[0-10]	[0-10]	[20-30]
Pratteln BL	[20-30]	[0-10]	[0-10]	[20-30]
Reinach BL	[20-30]	[0-10]	[0-10]	[20-30]
St. Gallen SG	[10-20]	[0-10]	[0-10]	[20-30]
Suhr AG	[20-30]	[0-10]	[0-10]	[20-30]
Chur (Radius um Conforama-Filiale)	[10-20]	[0-10]	[0-10]	[20-30]

Quelle: Schätzungen der Parteien.

13. Die Parteien schätzen ihren gemeinsamen Marktanteil auf dem Markt für Wohnungseinrichtungen schweizweit auf [10-20] %. Auf nationaler Ebene wird daher die Schwelle eines gemeinsamen Marktanteils von 20 % nicht erreicht und der schweizweite Markt für Wohnungseinrichtungen ist dementsprechend kein vom Zusammenschluss betroffener Markt (vgl. Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU).

14. Auf den zehn in Tabelle 1 genannten lokalen Märkten für Wohnungseinrichtungen beträgt der geschätzte gemeinsame Marktanteil zwischen [20-30] % und [20-30] %. Diese zehn lokalen Märkte überschreiten die Schwelle eines gemeinsamen Marktanteils von 20 % somit leicht und sind dementsprechend vom Zusammenschluss betroffene Märkte (vgl. Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU). Weiter kann Tabelle 1 entnommen werden, dass die Marktanteilsaddition durch die Übernahme von LIPO auf diesen lokalen Märkten zwischen [0-10] % und [0-10] % liegt und daher relativ gering ist. Auf diesen lokalen Märkten und dem schweizweiten Markt für Wohnungseinrichtungen besteht Wettbewerbsdruck durch etablierte Wettbewerber wie beispielsweise IKEA, Migros (Micasa), Coop (Livique), Otto's und Jysk. Auf den lokalen Märkten in Grenzregionen besteht ein zusätzlicher Wettbewerbsdruck durch den Einkaufstourismus. Darüber hinaus seien die Markteintrittsschranken für Unternehmen, welche bereits im Ausland tätig sind, gemäss Angaben der Parteien, tief. In den letzten Jahren gab es denn auch einige Markteintritte sowohl von Unternehmen, die ihre Produkte in der Schweiz nur online vertreiben (beispielsweise made.com, tylko, MYSC und decovry), als auch von Unternehmen, die stationäre Verkaufsstellen in der Schweiz betreiben (zum Beispiel Maison du Monde, poltronesofà, Bolia und habitat).

15. In den (Teil-)Märkten für Elektrogeräte schätzen die Parteien ihren gemeinsamen Marktanteil in keinem der Teilmärkte auf mehr als [0-10] %, dies sowohl für eine schweizweite als auch für eine lokale Marktdimension. Im Ergebnis liegt kein vom Zusammenschluss betroffener Markt vor und das Zusammenschlussvorhaben führt für diese Märkte zu keinen wettbewerbsrechtlichen Bedenken.

16. Die vorläufige Prüfung ergibt aus den genannten Gründen keine Anhaltspunkte, dass der Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken wird. Die Voraussetzungen für eine Prüfung des Zusammenschlusses nach Art. 10 KG sind daher nicht gegeben.

B 2.3	**2. Burkhalter Holding AG/poenina holding 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

Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 12. Mai 2022

Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU vom 17. Mai 2022

1. Am 22. April 2022 hat die Wettbewerbskommission (WEKO) die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Danach beabsichtigt die Burkhalter Holding AG (nachfolgend: Burkhalter; zusammen mit ihren Tochtergesellschaften nachfolgend: Burkhalter-Gruppe) sämtliche Aktiven und Passiven der poenina holding ag (nachfolgend: poenina; zusammen mit ihren Tochtergesellschaften nachfolgend: poenina-Gruppe) zu übernehmen.

2. **Burkhalter** ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in Zürich, deren Aktien an der SIX Swiss Exchange kotiert sind. Die Burkhalter-Gruppe bietet hauptsächlich Dienstleistungen im Bereich der Elektrotechnik an und umfasst insgesamt 49 operative Gesellschaften mit 108 Standorten in der Schweiz.

3. **Poenina** ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in Opfikon, deren Aktien ebenfalls an der SIX Swiss Exchange kotiert sind. Die poenina-Gruppe bietet Dienstleistungen im Bereich der Gebäudetechnik und Gebäudehülle an und umfasst 28 operative Gesellschaften mit 42 Standorten in der Schweiz und im Fürstentum Liechtenstein. Während 24 Gesellschaften in den Segmenten «Sanitär», «Heizung und Kälte» und «Lüftung und Klima» tätig sind, erbringen vier Gesellschaften Dienstleistungen in den Segmenten «Bedachung» und «Spenglerei». Zudem bieten einige Gesellschaften Dienstleistungen in Nebenkompetenzbereichen an (Anlagenbau, Elektro und Planung).

4. Gemäss dem Fusionsvertrag zwischen Burkhalter und poenina vom 30. März 2022 wird Burkhalter rückwirkend per 1. Januar 2022 sämtliche Aktiven und Passiven von poenina übernehmen. Es handelt sich um eine Absorptionsfusion im Sinne von Art. 3 Abs. 1 Bst. a i.V.m. Art. 4 Abs. 1 Bst. a FusG[1]. Mit Vollzug der Fusion geht poenina in Burkhalter auf und die Namenaktien von poenina werden von der SIX Swiss Exchange dekotiert. Es ist beabsichtigt, dass die poenina-Aktionäre neu Burkhalter-Aktien erhalten, welche mittels ordentlicher Kapitalerhöhung und Liberierung durch den aus der Fusion resultierenden Aktivenüberschuss ausgegeben werden. Das vorliegende Zusammenschlussvorhaben ist folglich als **Unternehmenszusammenschluss** im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. a KG[2] zu qualifizieren.

5. Gemäss Angaben der beiden Unternehmen würden sie mit der Fusion ihre Wachstumsstrategien weiterverfolgen und durch das Zusammenführen ihrer sich ergänzenden Kernkompetenzen eine Anbieterin von integrierten Gesamtlösungen im Gebäudetechnikbereich werden.

6. Die beiden Zusammenschlussparteien erzielten im letzten Geschäftsjahr vor dem Zusammenschluss je einen Umsatz von mindestens 100 Millionen Franken in der Schweiz und zusammen einen schweizweiten Umsatz von mindestens 500 Millionen Franken. Somit handelt es sich um einen **meldepflichtigen Zusammenschluss** gemäss Art. 9 Abs. 1 KG.

7. Die Burkhalter-Gruppe ist alleinig aktiv in den Bereichen der Installation von Photovoltaikanlagen und der Gebäudeautomation. Die poenina-Gruppe ist alleinig aktiv in den Bereichen der HLKS-Installationen (Heizung und Kälte, Lüftung und Klima sowie Sanitär), der Installation von Gebäudehüllen, Decken- und Fassadensystemen, des technischen Facility Managements und des Anlagenbaus (oder Rohrleitungsbau). Das Zusammenschlussvorhaben führt einzig im Bereich der Elektroinstallationen und der Ingenieurdienstleistungen der Gebäudetechnik zu Marktanteilsadditionen. Wie nachfolgend aufgezeigt wird, kommt es nicht zu betroffenen Märkten im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU in der Schweiz.

Elektroinstallationen

8. Die Elektrotechnik stellt die Kernkompetenz der Burkhalter-Gruppe dar. Die poenina-Gruppe betreibt dieses Geschäftsfeld nur als Nebenkompetenz.

9. Die WEKO ist in früheren Zusammenschlussverfahren von einem sachlich relevanten Markt für Elektroinstallationen ausgegangen, der das Erstellen und die Reparatur von Anlagen und Einrichtungen umfasst, welche der energetischen Versorgung dienen. Dazu gehören die Verlegung von Leitungen, die Montage von Schaltkästen und Anschlüssen für Strom, Telefonanlagen, Internet, Telematik, Radio und Fernsehen sowie die Reparatur der genannten Anlagen und die Durchführung von Sicherheitsüberprüfungen.[3] Vorliegend ist ebenfalls von einem sachlich relevanten Markt für Elektroinstallationen auszugehen.

[1] Bundesgesetz vom 3.10.2003 über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung (Fusionsgesetz, FusG; SR 221.301).
[2] Bundesgesetz vom 6.10.1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251).
[3] RPW 2022/2, 429 Rz 21, *Bouygues/Equans*; RPW 2018/4, 860 Rz 8f., *Bouygues Construction SA/Alpiq InTec AG/Kraftanlagen München GmbH*; RPW 2017/2, 316 Rz 61, *Energiedienst Holding AG/Hälg & Co. AG/Inretis Beteiligungen AG*; RPW 2016/3, 775 Rz 45, *BKW/AEK*; RPW 2009/3, 206 Fn 67, *Elektroinstallationsbetriebe Bern*.

10. Den räumlich relevanten Markt definierte die WEKO jeweils regional, wobei sie klarstellte, dass je nach Auftragsvolumen auch ein grösserer Markt denkbar ist.[4] Die räumliche Marktabgrenzung kann vorliegend offengelassen werden, da sowohl bei einer nationalen wie auch bei einer kantonalen räumlichen Marktabgrenzung das Ergebnis der nachfolgenden Analyse das gleiche bleibt.

11. Die Aktivitäten der Parteien überschneiden sich im Markt für Elektroinstallationen ausschliesslich im Kanton Graubünden, wobei gemäss Meldung der Marktanteil der Burkhalter-Gruppe [10–20] % und derjenige der poenina-Gruppe [0–10] % beträgt. In den übrigen Kantonen ist einzig die Burkhalter-Gruppe tätig, wobei die Zusammenschlussparteien die Marktanteile auf [0–20] % schätzen. Damit liegen die gemeldeten Marktanteilsschätzungen in den Kantonen unter den Schwellen für das Vorliegen eines horizontal oder vertikal betroffenen Marktes im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU. Folglich ist davon auszugehen, dass auch im gesamtschweizerischen Markt kein vom Zusammenschluss betroffener Markt vorliegt. Das Zusammenschlussvorhaben führt deshalb zu keinen wettbewerbsrechtlichen Bedenken.

Ingenieurdienstleistungen der Gebäudetechnik

12. Die Burkhalter-Gruppe und die poenina-Gruppe sind in geringem Umfang im Bereich von Ingenieurdienstleistungen der Gebäudetechnik tätig.

13. Der Markt für Ingenieurdienstleistungen der Gebäudetechnik umfasst gemäss den Angaben der Zusammenschlussparteien Beratungs- und Planungsdienstleistungen vorwiegend in den Bereichen HLKS, Elektro und Gebäudeautomation. Betreffend Ingenieurleistungen gibt es keine gefestigte Marktabgrenzungspraxis der WEKO. Sie hat eine genaue Marktabgrenzung jeweils offengelassen, insbesondere ob von einem Gesamtmarkt für Ingenieurdienstleistungen auszugehen ist oder ob zwischen den Teilmärkten für (a) Ingenieurdienstleistungen der Gebäudetechnik und (b) Ingenieurleistungen für Energieinfrastrukturanlagen zu unterscheiden ist.[5] Die Europäische Kommission tendiert dazu, innerhalb der Ingenieurdienstleistungen zwischen solchen für Elektroinstallationen, Wasserinstallationen (inkl. Sanitär- und Heizungsinstallationen) sowie Lüftungsinstallationen zu differenzieren und zieht in Betracht diese teilweise in weitere Teilmärkte aufzuteilen, hat die Marktabgrenzung im Ergebnis aber bisher offengelassen.[6] Vorliegend ist analog der Meldung ein Markt für Ingenieurdienstleistungen der Gebäudetechnik anzunehmen. Eine genaue Marktabgrenzung kann offengelassen werden, da eine differenzierte Marktabgrenzung das Ergebnis der nachfolgenden Analyse aufgrund der geringen Marktanteile nicht verändert.

14. Bisher hat die WEKO die räumliche Marktabgrenzung offengelassen, ging aber von einer nationalen Abgrenzung aus.[7] Die Zusammenschlussparteien gehen ebenfalls von einer nationalen Marktabgrenzung aus. Es gibt Gründe, die für eine räumlich engere Marktabgrenzung sprechen (beispielsweise regionale – insbesondere sprachliche – gebundene Tätigkeiten). Die genaue räumliche Marktabgrenzung kann aber vorliegend offengelassen werden, da aufgrund der geringen Marktanteile der Zusammenschlussparteien selbst bei einer kantonalen Marktabgrenzung keine betroffenen Märkte im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU vorliegen.

15. Nur im Kanton Zürich kommt es zu einer Marktanteilsaddition. Die Zusammenschlussparteien schätzen ihren gemeinsamen Marktanteil im Markt für Ingenieurdienstleistungen der Gebäudetechnik im Kanton Zürich auf lediglich [0–10] %. In den übrigen Kantonen, in welchen nur jeweils eine der beiden Zusammenschlussparteien tätig ist, betragen die Marktanteile maximal [0–10] %. Gesamtschweizerisch schätzen die Zusammenschlussparteien ihren gemeinsamen Marktanteil im Markt für Ingenieurdienstleistungen der Gebäudetechnik auf [0–10] %. Somit bestehen ungeachtet der genauen Marktabgrenzung keine vom Zusammenschluss betroffenen Märkte. Das Zusammenschlussvorhaben führt deshalb zu keinen wettbewerbsrechtlichen Bedenken.

Installation von Photovoltaikanlagen

16. Die Burkhalter-Gruppe ist in geringem Umfang im Markt für die Installation von Photovoltaikanlagen tätig. Die poenina-Gruppe tritt gemäss der Meldung der Zusammenschlussparteien nach aussen zwar als Anbieterin von Photovoltaikanlagen auf, erbringt diese Leistungen aber nicht selbst, sondern zieht hierfür jeweils Drittunternehmen bei.

17. Die WEKO ging in zwei früheren Zusammenschlussverfahren von einem sachlichen Markt für die Installation von Photovoltaikanlagen aus, welcher die Montage, den Anschluss und die Inbetriebnahme von Photovoltaikanlagen, In- und Aufdach-Systeme und in Fassaden integrierte Systeme umfasst. Eine definitive sachliche Marktabgrenzung nahm die WEKO nicht vor.[8] Im vorliegenden Fall ist ebenfalls von einem Markt für die Installation von Photovoltaikanlagen auszugehen. Die genaue sachliche Abgrenzung kann offengelassen werden, da dies die Beurteilung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens nicht verändert.

18. In Bezug auf die räumliche Marktabgrenzung tendierte die WEKO bis anhin zu einem regionalen Markt, liess die Abgrenzung jedoch offen.[9] Die genaue räumliche Abgrenzung kann auch vorliegend offengelassen werden, da dies die Beurteilung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens aufgrund des sehr geringen Marktanteils der Burkhalter-Gruppe in den kantonal abgegrenzten Märkten nicht verändert.

[4] RPW 2022/2, 429 Rz 21, *Bouygues/Equans*; RPW 2018/4, 862 Rz 34, *Bouygues Construction SA/Alpiq InTec AG/Kraftanlagen München GmbH*; RPW 2017/2, 319 Rz 86, *Energiedienst Holding AG/Hälg & Co. AG/Inretis Beteiligungen AG*; RPW 2016/3, 776 Rz 65, *BKW/AEK*.

[5] RPW 2017/2, 315 f. Rz 55 ff., *Energiedienst Holding AG/Hälg & Co. AG/Inretis Beteiligungen AG*; RPW 2016/3, 774 Rz 39 ff., *BKW/AEK*.

[6] EU-KOMM, COMP/M.10314 vom 25.10.2021, Rz 8 ff. (m.w.H.), *Vinci S.A./Energía y Servicios DINSA II*.

[7] RPW 2017/2, 318 Rz 85, *Energiedienst Holding AG/Hälg & Co. AG/Inretis Beteiligungen AG*; RPW 2016/3, 776 Rz 63, *BKW/AEK*.

[8] RPW 2018/4, 861 Rz 17, *Bouygues Construction SA/Alpiq InTec AG/Kraftanlagen München GmbH*; RPW 2017/2, 316 Rz 65, *Energiedienst Holding AG/Hälg & Co. AG/Inretis Beteiligungen AG*.

[9] RPW 2018/4, 863 Rz 39, *Bouygues Construction SA/Alpiq InTec AG/Kraftanlagen München GmbH*; RPW 2017/2, 319 Rz 89, *Energiedienst Holding AG/Hälg & Co. AG/Inretis Beteiligungen AG*.

19. Die Burkhalter-Gruppe schätzt ihren Marktanteil im Markt für die Installation von Photovoltaikanlagen in den Kantonen Aargau, Bern, Zug und Zürich auf jeweils weniger als [0–5] %. Damit bestehen ungeachtet der präzisen Marktabgrenzung keine vom Zusammenschluss betroffenen Märkte und keine wettbewerbsrechtlichen Bedenken.

Gebäudeautomation

20. Die Burkhalter-Gruppe bietet Automationslösungen für technische Einrichtungen wie HLKS- und Elektroinstallationen an. Die poenina-Gruppe erbringt in diesem Bereich gewisse Planungsleistungen, welche jedoch vom Markt für Ingenieurdienstleistungen umfasst werden (siehe Rz 12). Im Übrigen ist die poenina-Gruppe in diesem Bereich gemäss Meldung der Zusammenschlussparteien nicht tätig.

21. In früheren Zusammenschlussverfahren hat die WEKO einen sachlich relevanten Markt für Gebäudeautomation beschrieben, der die digitale Mess-, Steuer-, Regel- und Leittechnik für die technische Gebäudeausrüstung umfasst. Darunter fällt die Regulierung, Vernetzung und Steuerung aller Gebäudetechnikanlagen in einem Objekt, wobei neben den klassischen HLKS-Anlagen zunehmend auch Alarmmeldesysteme, Beleuchtungsanlagen und Sonnenschutzsystemen integriert werden. Die Gebäudeautomation beinhaltet sowohl die Einzelraumregulierung als auch die koordinierte Gesamtsteuerung aller Gebäudetechnikanlagen.[10] Vorliegend ist ebenfalls von einem Markt für Gebäudeautomation auszugehen.

22. In räumlicher Hinsicht hat die WEKO eine nationale und regionale Marktabgrenzung in Erwägung gezogen, die genaue räumliche Abgrenzung aber letztlich offengelassen.[11] Vorliegend kann diese ebenfalls offengelassen werden, da sowohl bei einer nationalen wie auch bei einer kantonalen Marktabgrenzung das Ergebnis der nachfolgenden Analyse das gleiche bleibt.

23. Die Burkhalter-Gruppe schätzt ihren Marktanteil im Markt für Gebäudeautomation in der Schweiz und in den Kantonen, in denen sie tätig ist (Basel-Landschaft, Basel-Stadt und Zürich), auf jeweils weniger als [0–5] %. Damit bestehen keine vom Zusammenschluss betroffenen Märkte und somit keine wettbewerbsrechtlichen Bedenken.

HLKS-Installationen

24. Im Bereich der Gebäudetechnik ist die poenina-Gruppe in den Segmenten Sanitär, Heizung und Kälte sowie Lüftung & Klima tätig.

25. Die WEKO ging in früheren Zusammenschlussverfahren von einem sachlichen Markt für HLKS-Installationen aus, der die Installation von Heizungsanlagen, Lüftungs- und Klimatechnikanlagen sowie von Sanitär- und Wasserinstallationen umfasst. Die genaue sachliche Abgrenzung, d.h. die Frage, ob der Gesamtmarkt für HLKS-Installationen weiter in Teilmärkte für a) Heizungsinstallationen, b) Luft- und Klimatechnikinstallationen und c) Sanitärinstallationen und weitere Wasserinstallationen zu unterteilen wäre, hat die WEKO bisher offengelassen.[12] Vorliegend kann diese Frage ebenfalls offengelassen werden, da auch bei einer engeren Abgrenzung keine vom Zusammenschluss betroffenen Märkte bestehen.

26. Bisher ging die WEKO von einem regionalen Markt für HLKS-Installationen aus, liess eine genaue räumliche Abgrenzung aber offen.[13] Vorliegend kann die räumliche Abgrenzung ebenfalls offengelassen werden, da sowohl bei einer nationalen wie auch bei einer kantonalen räumlichen Marktabgrenzung das Ergebnis der nachfolgenden Analyse dasselbe bleibt.

27. Die poenina-Gruppe hat ihre Marktanteilsschätzungen nach Teilmärkten und Kantonen unterteilt eingereicht. Selbst bei dieser engen sachlichen und räumlichen Marktabgrenzung belaufen sich ihre Marktanteile auf weniger als 30 %. Konkret liegen die geschätzten Marktanteile bei [0–5] % bis maximal [10–20] %. Damit liegt in der Schweiz und in den Kantonen weder im Gesamtmarkt für HLKS-Installationen noch in den Teilmärkten ein vom Zusammenschluss betroffener Markt vor, weshalb das Zusammenschlussvorhaben zu keinen wettbewerbsrechtlichen Bedenken führt.

Installation von Gebäudehüllen, Decken- und Fassadensystemen

28. Die poenina-Gruppe erbringt im Bereich der Gebäudehülle Dienstleistungen in den Segmenten Bedachung und Spenglerei.

29. Die WEKO ging in einem früheren Zusammenschlussvorhaben von einem sachlichen Markt für die Installation von Gebäudehüllen, Decken- und Fassadensystemen aus, der alle Systeme für Dächer und Fassaden, die der Kälte- und Wärmedämmung und dem Witterungsschutz dienen, umfasst.[14] Vorliegend ist ebenfalls von einem solchen Markt auszugehen.

[10] RPW 2022/2, 429 Rz 18, *Bouygues/Equans*; RPW 2018/4, 860 Rz 13, *Bouygues Construction SA/Alpiq InTec AG/Kraftanlagen München GmbH*; RPW 2017/2, 317 Rz 73, *Energiedienst Holding AG/Hälg & Co. AG/Inretis Beteiligungen AG*; RPW 2016/3, 775 Rz 52, *BKW/AEK*.

[11] RPW 2022/2, 429 Rz 18, *Bouygues/Equans*; RPW 2018/4, 863 Rz 37, *Bouygues Construction SA/Alpiq InTec AG/Kraftanlagen München GmbH*; RPW 2017/2, 319 Rz 94, *Energiedienst Holding AG/Hälg & Co. AG/Inretis Beteiligungen AG*; RPW 2016/3, 777 Rz 69, *BKW/AEK*.

[12] RPW 2022/2, 429 Rz 11, *Bouygues/Equans*; RPW 2018/4, 860 Rz 10, *Bouygues Construction SA/Alpiq InTec AG/Kraftanlagen München GmbH*; RPW 2017/2, 316 Rz 62, *Energiedienst Holding AG/Hälg & Co. AG/Inretis Beteiligungen AG*; RPW 2016/3, 775 Rz 46, *BKW/AEK*.

[13] RPW 2022/2, 429 Rz 12, *Bouygues/Equans*; RPW 2018/4, 862 Rz 35, *Bouygues Construction SA/Alpiq InTec AG/Kraftanlagen München GmbH*; RPW 2017/2, 319 Rz 87, *Energiedienst Holding AG/Hälg & Co. AG/Inretis Beteiligungen AG*; RPW 2016/3, 777 Rz 66, *BKW/AEK*.

[14] RPW 2017/2, 316 Rz 64, *Energiedienst Holding AG/Hälg & Co. AG/Inretis Beteiligungen AG*.

30. Die WEKO liess die räumliche Marktabgrenzung bisher offen, ging jedoch in einem früheren Zusammenschlussverfahren von einem regionalen Markt für die Installation von Gebäudehüllen, Decken- und Fassadensysteme aus.[15] Die räumliche Marktabgrenzung kann auch vorliegend offenbleiben, da gemäss den Angaben in der Meldung selbst bei einer kantonalen Marktabgrenzung die Marktanteile der poenina-Gruppe klein sind.

31. Die geschätzten Marktanteile der poenina-Gruppe sind kantonal ausgewiesen und liegen in allen ausgewiesenen Märkten klar unter 10 %. Damit liegen keine vom Zusammenschluss betroffene Märkte vor und das Zusammenschlussvorhaben führt zu keinen wettbewerbsrechtlichen Bedenken.

Technisches Facility Management

32. Die poenina-Gruppe bietet Wartungs- und Unterhaltsarbeiten an HLKS-Installationen sowie Gebäudehüllen, Decken- und Fassadensystemen an, welche durch die poenina-Gruppe oder von Dritten installiert wurden.

33. In Anlehnung an die Praxis der WEKO[16] und der Europäischen Kommission[17] sind ein einziger Gesamtmarkt für Facility Management oder separate Märkte für a) technisches Facility Management (Energiemanagement, Inspektion, Wartung und Instandsetzung von gebäudetechnischen Anlagen), b) kaufmännisches Facility Management (insbesondere Buchhaltung) und c) allgemeines Facility Management (Sicherheitsdienste, Reinigung, Hausmeister-dienste) denkbar. Im Ergebnis wurde die sachliche Marktabgrenzung sowohl von der WEKO wie auch von der Europäischen Kommission jeweils offengelassen. Die poenina-Gruppe ist nur im Markt für technisches Facility Management tätig und hat entsprechend ihre Marktanteile nur für diesen Teilmarkt ausgewiesen – es kann vorliegend offengelassen werden, ob der Markt allenfalls weiter (d.h. als Gesamtmarkt für Facility Management) abzugrenzen wäre, denn dies ändert vorliegend nichts an der nachfolgenden Analyse.

34. In räumlicher Hinsicht sind sowohl ein nationaler Markt sowie für gewisse Dienstleistungen eine regionale oder grenzüberschreitende Abgrenzung denkbar.[18] Die genaue räumliche Marktabgrenzung kann vorliegend offengelassen werden, da aufgrund der geringen Marktanteile der poenina-Gruppe sowohl bei einer kantonalen Marktabgrenzung als auch bei einer nationalen Marktabgrenzung keine vom Zusammenschluss betroffenen Märkte bestehen, weshalb beide Herangehensweisen nichts an der Beurteilung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens ändern.

35. Die gemeldeten Marktanteilsschätzungen betreffend den Teilmarkt für technisches Facility Management liegen sowohl gesamtschweizerisch als auch kantonal unter der Schwelle für das Vorliegen eines vertikal betroffenen Marktes im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU. Das Zusammenschlussvorhaben gibt deshalb unabhängig von der Marktdefinition keinen Anlass zu wettbewerbsrechtlichen Bedenken.

Anlagenbau

36. Als Nebenkompetenz ist die poenina-Gruppe im Bereich des Anlagenbaus tätig und bietet grundsätzlich umfassende Leistungen an. Die tatsächlich selbst erbrachten Leistungen beschränken sich jedoch im Wesentlichen auf den Rohrleitungsbau im Bereich von industriellen Anlagen sowie im Infrastrukturbereich.

37. Die WEKO hat in einem Zusammenschlussverfahren von 1997 in Sachen *Siemens/Elektrowatt*[19] im Bereich der Verkehrsregelungsanlagen für den Strassenverkehr einen sachlichen Markt für Anlagenbau abgegrenzt, der Planung, Projektierung, Software für den Betrieb, Installation und Montage umfasst. Es ist fraglich, ob der Markt vorliegend analog abzugrenzen ist oder ob von einem sachlichen Markt für den Rohranlagenbau, also einem Teilmarkt, auszugehen ist, insbesondere da die selbständig erbrachten Tätigkeiten der poenina-Gruppe nur diesen Teilmarkt betreffen. Vorliegend kann dies offengelassen werden, da aufgrund der geringen Marktanteile der poenina-Gruppe das Ergebnis der nachfolgenden Analyse dadurch nicht verändert wird.

38. In räumlicher Hinsicht ist im Sinne einer Arbeitshypothese von einem nationalen Markt auszugehen, da die nachgefragten Leistungen gemäss Angaben der Zusammenschlussparteien auch von weit entfernten und teils ausländischen Anbietenden erbracht würden, dies gelte insbesondere für grosse Nachfrager und Nachfragerinnen. Dementsprechend zählen die Zusammenschlussparteien auch ausländische Unternehmen als Konkurrentinnen auf. Die genaue räumliche Marktabgrenzung kann vorliegend offengelassen werden, da aufgrund der geringen Marktanteile von poenina davon auszugehen ist, dass dies die Beurteilung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens nicht verändern würde.

39. Gemäss Schätzungen hat die poenina-Gruppe sowohl im nationalen wie auch im kantonalen Markt für Anlagenbau einen sehr tiefen Marktanteil: gesamtschweizerisch sind es [0–10] % und im Kanton Wallis [0–10] %. In anderen Kantonen ist die poenina-Gruppe nicht tätig. Damit bestehen unabhängig von der genauen Marktdefinition keine vom Zusammenschluss betroffenen Märkte und keine wettbewerbsrechtlichen Bedenken.

[15] RPW 2017/2, 319 Rz 88, *Energiedienst Holding AG/Hälg & Co. AG/Inretis Beteiligungen AG*.

[16] RPW 2022/2, 429 Rz 14, *Bouygues/Equans*; RPW 2021/2, 522 Rz 11, *PAI Partners/Apleona Group*; RPW 2018/4, 860 f. Rz 15 f., Bouygue*s Construction SA/Alpiq InTec AG/Kraftanlagen München GmbH*; RPW 2017/2, 317 Rz 74, *Energiedienst Holding AG/Hälg & Co. AG/Inretis Beteiligungen AG*, RPW 2010/2, 238 Rz 28 f., *Stoffel Participations Group/Bauengineering/Swissbuilding Concept*.

[17] EU-KOMM, COMP/M.7202 vom 06.06.2014, Rz 30, 32, *Clayton Dubilier & Rice/Ashland Water Technologies*; EU-KOMM, COMP/M.6020 vom 14.01.2011, Rz 16 ff., *ACS/Hochtief*; EU-KOMM, COMP/M.3653 vom 13.07.2005, Rz 461, *Siemens/VA Tech*.

[18] Bisher wurde die räumliche Marktabgrenzung für den sachlichen Markt für Facility Management offengelassen: RPW 2022/2, 429 Rz 15, *Bouygues/Equans*; RPW 2018/4, 863 Rz 38, *Bouygues Construction SA/Alpiq InTec AG/Kraftanlagen München GmbH*; RPW 2017/2, 319 Rz 95, *Energiedienst Holding AG/Hälg & Co. AG/Inretis Beteiligungen AG*; RPW 2010/2, 238 Rz 30, *Stoffel Participations Group/Bauengineering/Swissbuilding Concept*.

[19] RPW 1997/4, 547 f. Rz 38 ff.

40. **Zusammenfassend** ergibt sich, dass im vorliegenden Zusammenschlussvorhaben **keine betroffenen Märkte** im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU vorliegen. Es kann somit von der Unbedenklichkeit des Zusammenschlussvorhabens ausgegangen werden.

41. 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.

B 2.3	**3. Swiss Life/Vauban/Wascosa**

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

Examen préalable; art. 4 al. 3, art. 10 et art. 32 al. 1 LCart

Esame preliminare; art. 4 cpv. 3, art. 10 e art. 32 cpv. 1 LCart

Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 24. Mai 2022

Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU vom 25. Mai 2022

1. Am 4. Mai 2022 hat die Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Diese Meldung betrifft die Erlangung der gemeinsamen Kontrolle über die Wascosa Holding AG, einschliesslich ihrer direkten und indirekten Tochterunternehmen (nachfolgend: Wascosa-Gruppe) durch die Swiss Life Holding AG (nachfolgend: Swiss Life) und die Vauban Infrastructure Partners SCA (nachfolgend: Vauban).

2. Swiss Life sei gemäss Meldung die Muttergesellschaft der Swiss Life-Gruppe. Diese sei vorliegend als Ganzes eines der kontrollerlangenden Unternehmen im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG bzw. Art. 9 Abs. 1 Bst. b VKU und damit beteiligtes Unternehmen gemäss Art. 3 Abs. 1 Bst. b VKU.

3. Bei der Swiss Life-Gruppe handle es sich um einen europäischen Anbieter von umfassenden Lebensversicherungen und Vorsorgen und Finanzlösungen mit Hauptsitz in Zürich, Schweiz. Sie sei im Bereich der Lebensversicherungen sowie im Anlage- und Vermögensverwaltungssegment tätig. Zudem biete die Swiss Life-Gruppe multinationalen Unternehmen Lösungen für die Personalvorsorge an. Zu den wichtigsten Regionen der Swiss Life-Gruppe gehörten die Schweiz, Frankreich und Deutschland; weitere Niederlassungen befänden sich in Österreich, der Tschechischen Republik, Luxemburg, Liechtenstein, Grossbritannien und Singapur. Über ihr Asset-Management-Tochterunternehmen Swiss Life Asset Management AG (nachfolgend: SLAM) erbringe die Swiss Life-Gruppe Dienstleistungen und entwickle massgeschneiderte Anlagestrategien für ihre eigenen Versicherungsgesellschaften sowie für Dritte wie Pensionskassen, Anlagestiftungen, Vermögensverwalter und Privatkunden, die über das Swiss Life Netzwerk betreut würden.

4. Vauban sei ein […] Tochterunternehmen von Natixis Investment Managers Participations I, einem […] Tochterunternehmen von Natixis Investment Managers, das wiederum ein […] Tochterunternehmen von Natixis S.A. sei. Letztere sei die Unternehmens-, Investment- und Finanzdienstleistungsbank der BPCE S.A. (nachfolgend: BPCE). Natixis S.A. werde ausschliesslich von BPCE kontrolliert. BPCE sei die Muttergesellschaft der BPCE-Gruppe. Aufgrund dieser Angaben der Meldung ist die BPCE-Gruppe vorliegend als Ganzes das zweite kontrollerlangende Unternehmen im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG bzw. Art. 9 Abs. 1 Bst. b VKU und damit beteiligtes Unternehmen gemäss Art. 3 Abs. 1 Bst. b VKU.

5. Bei der BPCE-Gruppe handle es sich um eine französische Bankengruppe, die in Frankreich über ihre beiden grossen Netzwerke Banque Populaire und Caisse d'Epargne, zusammen mit Banque Palatine, in den Bereichen Retailbanking und Versicherungen tätig sei. Vauban sei ein europäisches Vermögensverwaltungsunternehmen mit Sitz in Paris, Frankreich, mit einem Fokus auf Kapitalbeteiligungen im Infrastrukturbereich. Das Unternehmen strukturiere und verwalte Aktienfonds, die in die Planung, den Bau, die Instandhaltung, die Finanzierung und den Betrieb von wichtigen Infrastruktureinrichtungen in den Sektoren Verkehr, Soziales, Digitales und Versorgung investierten.

6. Die Wascosa Holding AG ist eine schweizerische Aktiengesellschaft mit Sitz in Luzern und die Muttergesellschaft der Wascosa-Gruppe. Die Wascosa-Gruppe als Ganzes ist vorliegend das kontrollierte und damit beteiligtes Unternehmen gemäss Art. 3 Abs. 1 Bst. b VKU.

7. Die Wascosa-Gruppe sei ein Vermietungsunternehmen im Bereich Eisenbahn-Güterverkehr, das im EWR, der EFTA und dem Vereinigten Königreich, einschliesslich der Schweiz, tätig ist. Sie vermiete eigene und fremde Vermögenswerte im Bereich Eisenbahn-Güterverkehr an Eisenbahnbetreiber, Unternehmen im Bereich Eisenbahn-Güterverkehr und Industrieunternehmen (z. B. […]). Wascosa verfüge über ein breites Wagenportfolio mit ca. […] Güterwagen, darunter Kesselwagen, Intermodalwagen, Schüttgutwagen und Flachwagen. Wascosa biete die europaweite Vermietung von Eisenbahngüterwagen im Auftrag von Kunden an, ergänzt durch zusätzliche Dienstleistungen wie Beratung in Bezug auf Wartung, Versicherung und Sicherheit von Güterwagen.

8. Der gemeldete Zusammenschluss hat die Erlangung der gemeinsamen Kontrolle im Sinne von Art. 4 Abs. 3 KG i. V. m. Art. 2 Abs. 1 VKU über ein bisher unabhängiges Unternehmen zum Gegenstand.

9. Gemäss Meldung kontrollierten die Swiss Life-Gruppe und die BPCE-Gruppe jeweils 50 % der Aktien mit gleichen Stimmrechten und anschliessender gemeinsamer Kontrolle an der Zweckgesellschaft Rhine Rail Holdings Lux S.à.r.l. (nachfolgend: Käuferin). Die Käuferin werde ihrerseits 100 % der Anteile an der Wascosa Holding AG erwerben.

10. Die gemeinsame Kontrolle der Swiss Life-Gruppe und der BPCE-Gruppe über die Käuferin und damit über die Wascosa-Gruppe werde gemäss Meldung auf folgender Grundlage ausgeübt: Gleichheit der Stimmrechte, da sich die beiden Muttergesellschaften die Stimmrechte an der Käuferin teilen würden sowie Gleichberechtigung in Bezug auf die Ernennung einer gleichen Anzahl von Mitgliedern des Verwaltungsrats. Die mel-

denden Unternehmen hätten sich gemäss Meldung darauf geeinigt, dass Themen wie der Geschäftsplan der Wascosa Holding AG und die Ernennung ihrer Geschäftsführer der Zustimmung sowohl von Swiss Life als auch von Vauban bedürften.

11. 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).

12. Die Kriterien der gemeinsamen Kontrolle und des Vollfunktionscharakters werden vorliegend erfüllt.[1] Insbesondere bestehen keine Zweifel daran, dass die Wascosa-Gruppe auf Dauer alle Funktionen einer selbständigen wirtschaftlichen Einheit erfüllt.

13. Nach Angaben in der Meldung erzielten die beteiligten Unternehmen im Geschäftsjahr 2020 bzw. 2021 insgesamt einen weltweiten Umsatz von über 2 Mrd. Franken und mindestens zwei der beteiligten Unternehmen einen Umsatz in der Schweiz von je mindestens 100 Mio. Franken. Damit sind die Umsatzschwellen gemäss Art. 9 Abs. 1 KG erreicht. Das vorliegende Zusammenschlussvorhaben ist meldepflichtig.

14. 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).[2]

15. Es werden nur diejenigen sachlichen und räumlichen Märkte einer eingehenden Analyse unterzogen, in welchen der gemeinsame Marktanteil in der Schweiz von zwei oder mehr der beteiligten Unternehmen 20 % oder mehr beträgt oder der Marktanteil in der Schweiz von einem der beteiligten Unternehmen 30 % oder mehr beträgt (Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU). Wo diese Schwellen nicht erreicht werden, kann von der Unbedenklichkeit des Zusammenschlusses ausgegangen werden. In der Regel erübrigt sich dann eine nähere Prüfung.

16. Wie bereits ausgeführt handle es sich gemäss Meldung bei Wascosa-Gruppe um ein Vermietungsunternehmen im Bereich Eisenbahn-Güterverkehr. Als Ergänzung zur Vermietung von Eisenbahngüterwagen biete die Wascosa-Gruppe zusätzliche Dienstleistungen wie Beratung in Bezug auf Wartung oder Sicherheit von Güterwagen an (vgl. Rz 7). So übernehme die Wascosa-Gruppe auch die Verwaltung der kundeneigenen Wagenparks. Dazu gehörten zum Beispiel die Registrierung der Wagen bei den nationalen Behörden, die Organisation von Unterhalt und Revisionen oder die aktive Bewirtschaftung der Wagen.[3]

17. Aufgrund der in der Meldung angegebenen Tätigkeiten der Wascosa-Gruppe stehen für die Abgrenzung der relevanten Märkte der Bereich Vermietung von Eisenbahngüterwagen sowie der Bereich Bewirtschaftung von Eisenbahngüterwagen Dritter im Vordergrund.

18. Im Bereich der Vermietung von Eisenbahngüterwagen hat die WEKO in ihrer bisherigen Praxis einen sachlich relevanten Markt für die Vermietung von Eisenbahngüterwagen in Betracht gezogen und eine weitere Unterteilung nach Art der transportierten Güter (z. B. Öl, Stahl, Intermodal, Baustoffe, Gas, Landwirtschaftsprodukte oder Sonstiges) oder alternativ nach verschiedenen Typen von Eisenbahngüterwagen als denkbar erachtet.[4] Letztlich wurde die sachliche Marktabgrenzung jedoch offengelassen. Für die Beurteilung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens werden anhand der Wagenflotten der beteiligten Parteien die einzelnen sachlichen Märkte für die Vermietung von Wagen zur Beförderung von jeweils folgender Frachtart zugrunde gelegt, wobei eine abschliessende sachliche Marktabgrenzung auch hier offengelassen wird:

Markt für die Vermietung von Wagen zur Beförderung von

- gefährlichen Chemikalien,
- Gas,
- Schüttgut,
- Staubgut,
- Öl,
- Getreide,
- Kohle,
- Holz,
- Gülle,
- Stahl,
- Baustoffen,
- Landwirtschaftsprodukten,
- Intermodaleinheiten.

[1] Vgl. dazu RPW 2020/2, 672 ff. Rz 144 ff., *SBB/Hupac/Rethmann/GBN*.

[2] Vgl. dazu auch RPW 2021/3, 659 Rz 39, *TX Group/Acheter-Louer.ch*; RPW 2021/2, 499 Rz 41, *Aventinus/Heidi Media*; RPW 2021/2, 507 Rz 42, *TX Group/Immowelt Schweiz*; RPW 2018/4, 873 Rz 68, *AZ Medien/NZZ*; RPW 2014/4, 762 Rz 33, *Tamedia/home.ch*; RPW 2015/3, 442 Rz 98, *Axel Springer Schweiz/Ringier*; RPW 2016/1, 268 Rz 68, *Tamedia/Tradono Denmark/Tradono Switzerland*; RPW 2017/4, 583 Rz 46, *Tamedia/Tradono Switzerland*.

[3] Vgl. Unsere Dienstleistungen, <https://www.wascosa.ch/de/dienstleistungen/unsere-dienstleistungen> (11.05.2022).

[4] Vgl. RPW 2020/4b, 1930 f. Rz 134, *SBB Cargo*; RPW 2017/3, 477 Rz 91 f., *BLS AG/Transport Ferroviaire Holding SAS*; RPW 2013/4, 678 f. Rz 48, *BLS AG/BLS Cargo AG*.

19. Für diese sachlichen Märkte stellt sich die Frage, ob sie in räumlicher Hinsicht das Gebiet EWR einschliesslich Schweiz oder das Gebiet Schweiz umfassen. Während die Meldung von einem EWR-schweizweiten räumlichen Markt ausgeht, kann ein schweizweiter räumlicher Markt nicht ohne Weiteres ausgeschlossen werden.[5] Wie nachfolgend angegeben, liegen allerdings auch bei einer engeren räumlichen Abgrenzung eines schweizweiten Marktes keine betroffenen Märkte gemäss Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU vor. Deshalb kann auch die räumliche Marktabgrenzung der Vermietung von Eisenbahngüterwagen letztlich offengelassen werden.

20. Im Bereich der Bewirtschaftung von Eisenbahngüterwagen Dritter hat die WEKO bisher noch keine Marktabgrenzung vorgenommen. Im vorliegenden Fall kann von einem sachlich relevanten Markt für die Bewirtschaftung von Eisenbahngüterwagen Dritter ausgegangen werden, der eine wertschöpfende Betreuung und Verwaltung von Eisenbahngüterwagen im Eigentum Dritter umfasst. Für die räumliche Marktabgrenzung stellt sich ebenfalls die Frage, ob vom Gebiet EWR einschliesslich Schweiz oder dem Gebiet Schweiz auszugehen ist. Wie nachfolgend angegeben, liegen allerdings auch bei einer engeren räumlichen Abgrenzung eines schweizweiten Marktes keine betroffenen Märkte gemäss Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU vor. Deshalb kann auch die räumliche Marktabgrenzung der Bewirtschaftung von Eisenbahngüterwagen letztlich offengelassen werden.

21. Für die vorangehenden Marktabgrenzungen gibt die Meldung nachfolgende Marktanteile an. Zu diesen Marktanteilen ist anzumerken, dass diese zwischen der Wascosa-Gruppe und der die gemeinsame Kontrolle erwerbenden Swiss Life-Gruppe und BPCE-Gruppe einschliesslich des von ihnen kontrollierten Gemeinschaftsunternehmens Aves One nach den sich im Eigentum der Swiss Life-Gruppe und BPCE-Gruppe befindenden Eisenbahnwagen aufgeteilt sind; auch wenn sich die Wagen der Swiss Life-Gruppe und BPCE-Gruppe teilweise in der Flotte von Wascosa befinden.

Tabelle 1: Übersicht Marktanteile

Sachlich relevanter Markt	**Marktanteil Wascosa**		**Marktanteil Swiss Life, BPCE und Aves One**		**Gemeinsamer Marktanteil**	
	national	**EWR-CH-weit**	**national**	**EWR-CH-weit**	**national**	**EWR-CH-weit**
Markt für die Vermietung von Wagen zur Beförderung von gefährlichen Chemikalien	[0-10]%	[0-10]%	[0-10]%	[0-10]%	[0-10]%	[0-10]%
Markt für die Vermietung von Wagen zur Beförderung von Gas	[0-10]%	[0-10]%	[10-20]%	[0-10]%	[10-20]%	[0-10]%
Markt für die Vermietung von Wagen zur Beförderung von Schüttgut	[0-10]%	[0-10]%	[0-10]%	[0-10]%	[0-10]%	[0-10]%
Markt für die Vermietung von Wagen zur Beförderung von Staubgut	[0-10]%	[0-10]%	[0-10]%	[0-10]%	[0-10]%	[0-10]%
Markt für die Vermietung von Wagen zur Beförderung von Öl	[10-20]%	[0-10]%	[0-10]%	[0-10]%	[0-10]%	[0-10]%
Markt für die Vermietung von Wagen zur Beförderung von Getreide	[0-10]%	[0-10]%	[0-10]%	[0-10]%	[0-10]%	[0-10]%
Markt für die Vermietung von Wagen zur Beförderung von Kohle	[0-10]%	[0-10]%	[0-10]%	[0-10]%	[0-10]%	[0-10]%
Markt für die Vermietung von Wagen zur Beförderung von Holz	[0-10]%	[0-10]%	[0-10]%	[0-10]%	[0-10]%	[0-10]%
Markt für die Vermietung von Wagen zur Beförderung von Gülle	[0-10]%	[0-10]%	[0-10]%	[0-10]%	[0-10]%	[0-10]%
Markt für die Vermietung von Wagen zur Beförderung von Stahl	[0-10]%	[0-10]%	[0-10]%	[0-10]%	[0-10]%	[0-10]%
Markt für die Vermietung von Wagen zur Beförderung von Baustoffen	[0-10]%	[0-10]%	[0-10]%	[0-10]%	[0-10]%	[0-10]%
Markt für die Vermietung von Wagen zur Beförderung von Landwirtschaftsprodukten	[0-10]%	[0-10]%	[0-10]%	[0-10]%	[0-10]%	[0-10]%
Markt für die Vermietung von Wagen zur Beförderung von Intermodaleinheiten	[0-10]%	[0-10]%	[0-10]%	[0-10]%	[0-10]%	[0-10]%
Markt für die Bewirtschaftung von Eisenbahngüterwagen Dritter ausgegangen werden, der eine wertschöpfende Betreuung und Verwaltung von Eisenbahngüterwagen im Eigentum Dritter	[0-10]%	[0-10]%	[0-10]%	[0-10]%	[0-10]%	[0-10]%

[5] Vgl. wascosa infoletter, Ausgabe 30, Dezember 2018, S. 3, <https://www.wascosa.ch/infoletter/2018/wascosa-infoletter-30-de.pdf> (11.5.2022).

22. Die in Tabelle 1 dargestellten Angaben der Meldung zeigen, dass durch das Zusammenschlussvorhabens selbst bei einer nationalen Marktabgrenzung keine Marktanteile von über 20 % resultieren. Der höchste kombinierte Marktanteil der Parteien würde mit [10-20] % auf einem schweizweit abgegrenzten Markt für Wagen zur Beförderung von Öl resultieren. Die Marktanteile auf den anderen Märkten lägen allesamt unter [10-20] %. Bei einer EWR-weiten, die Schweiz eingeschlossenen Marktabgrenzung kämen die Parteien auf dem Markt für Intermodalwagen (bzw. Beförderung von Intermodaleinheiten) auf einen kombinierten Marktanteil von unter [10-20] %. Auf den übrigen Märkten führt das Zusammenschlussvorhaben zu Marktanteilen von unter [10-20] %.

23. Die vorläufige Prüfung ergibt somit keine Anhaltspunkte, dass der Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärkten wird. Die Voraussetzungen für eine Prüfung des Zusammenschlusses nach Art. 10 KG sind daher nicht gegeben.

B 2.3	**4. Astorg/Corden Pharma**

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

Examen préalable; art. 4 al. 3, art. 10 et art. 32 al. 1 LCart

Esame preliminare; art. 4 cpv. 3, art. 10 e art. 32 cpv. 1 LCart

Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 17. Juni 2022

Das Sekretariat der Wettbewerbskommission beantragt beim Zusammenschlussvorhaben Astorg/Corden Pharma

- auf eine Prüfung zu verzichten und
- die nachfolgende summarische Begründung in der Reihe «Recht und Politik des Wett-bewerbes» (RPW) zu veröffentlichen.

Die Anträge begründen sich wie folgt:

1. Am 24. Mai 2022 hat die Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Diese Meldung betrifft den indirekten Erwerb der al-leinigen Kontrolle über Corden Pharma Holding S.E. und Corden Pharma US Holdings, Inc. (gemeinsam nachfolgend: **Corden Pharma**) durch eine oder mehrere Zweckgesellschaft(en) (Special Purpose Vehicle(s), SPV), von Astorg VIII SCSp, einem von Astorg Asset Manage-ment S.à.r.l (nachfolgend: **AAM**), welche wiederum durch Astorg Group S.à.r.l. kontrolliert wird, verwalteten Fonds (Astorg Group S.à.r.l. zusammen mit ihren Tochtergesellschaften, Astorg Fund VIII und weiteren Fonds, welche durch AAM verwaltet werden, nachfolgend: **Astorg** oder die **Käuferin**) (nachfolgend: die **Transaktion** oder das **Zusammenschlussvorhaben**).

2. **Astorg** ist eine unabhängige, europäische Private-Equity-Gesellschaft mit Niederlassungen in Luxemburg, London, Paris, Frankfurt, New York und Mailand. Astorg wurde 1998 gegründet und hat seither zahlreiche Buy-out-Investitionen in einem breiten Spektrum von Branchen getätigt.

3. **Corden Pharma** ist im Bereich der Auftragsentwicklung und -herstellung tätig. Dabei handelt es sich um eine Vereinbarung, nach welcher ein Hersteller im Auftrag von Drittunternehmen pharmazeutische Wirkstoffe oder Fertigarzneimittel herstellt. Die Kerngeschäfte, Operationen und Aktivitäten werden von den Tochtergesellschaften und nicht von einer der Holdinggesellschaften durchgeführt.

4. Die beiden zu veräussernden Gesellschaften Corden Pharma Holding S.E. einerseits und Corden Pharma US Holdings, Inc. andererseits werden derzeit indirekt von je einer Gruppengesellschaft (nachfolgend gemeinsam: die **Verkäuferinnen**) der International Chemical Investors Group (nachfolgend: **ICIG**) kontrolliert, wobei je eine Gesellschaft alleinige Aktionärin einer der zu veräussernden Gesellschaften ist. Bei ICIG handelt es sich um eine Industriegruppe in Privatbesitz, die sich auf drei Hauptplattformen konzentriert: Pharmazeutika unter der Marke CordenPharma, Feinchemikalien unter der Marke WeylChem und Chlorvinyls unter der Marke Vynova. Seit ihrer Gründung im Jahr 2004 ist die ICIG auf mehr als 20 unabhängige Chemie- und Pharmazieunternehmen angewachsen, welche alle ihren Ursprung in grossen globalen Chemie- oder Pharmakonzernen haben.

5. Die Verkäuferinnen beabsichtigen, alle Aktien der Unternehmen an die Käuferin zu verkaufen, und die Käuferin beabsichtigt, alle diese Aktien vorbehaltlich und in Übereinstimmung zu kaufen und zu erwerben. Astorg wird indirekt über SPV(s) die alleinige Kontrolle über Corden Pharma erlangen.

6. Bei der vorgeschlagenen Transaktion handelt es sich um ein reines Private-Equity-Geschäft, bei dem deshalb keine industriellen Synergien zu erwarten sind. Der Erwerb der alleinigen Kontrolle über Corden Pharma ist eine attraktive Gelegenheit für Astorg, ihr Beteiligungsportfo-lio zu diversifizieren und sich in einem Unternehmen mit Wachstumspotenzial zu engagieren. Durch die geplante Transaktion erhält Corden Pharma den Mehrwert eines erfahrenen Teams und die finanzielle Unterstützung von Astorg, um ihre weitere Entwicklung besser bewältigen zu können.

7. Für den Vollzug des gemeldeten Zusammenschlusses ist, nebst anderen Voraussetzungen, die Genehmigung der zuständigen Wettbewerbsbehörden in der Schweiz, Deutschland, den Vereinigten Statten von Amerika, Zypern und der Türkei erforderlich.

8. Die Parteien erzielten 2021 einen weltweiten Gesamtumsatz von mehr als CHF 2 Milliarden. In der Schweiz erzielten die Parteien 2021 einen Umsatz von je über CHF 100 Millionen[1]. Die Schwellenwerte gemäss Art. 9 Abs. 1 Bst. a und b KG[2] sind damit überschritten und der beabsichtigte Zusammenschluss ist meldepflichtig.

9. Wie bereits erwähnt, bietet Corden Pharma Dienstleistungen im Contract Development Manufacturing Organizations (CDMO) an. CDMO ist eine Vereinbarung, in deren Rahmen ein Hersteller im Auftrag von pharmazeutischen Drittunternehmen vorgelagerte Herstellungsdienstleistungen für entweder (i) pharmazeutische Wirkstoffe (APIs) oder (ii) Fertigarzneimittel (FDPs) erbringt. Ein API ist die pharmazeutisch wirksame Substanz in einem FDP, die zum Zweck der Verabreichung in einem Trägerstoff (d.h. inerte Stoffe, die z. B. in Form einer Tablette oder einer Lösung vorliegen) gelöst ist. FDPs sind pharmazeutische Produkte, die alle Produktionsstufen durchlaufen haben, einschliesslich der Verpackung im endgültigen Behältnis und der Etikettierung.

[1] Meldung, Rz 35.
[2] Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251).

10. Gemäss Art. 11 Abs. 3 Bst. a VKU[3] umfasst der relevante Produktmarkt alle Waren oder Dienstleistungen, die einerseits von den Abnehmern und andererseits von den Anbietern hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar angesehen werden.

11. Die schweizerischen Wettbewerbsbehörden haben sich mit der Marktabgrenzung für CDMO-Dienstleistungen bisher nur im Rahmen einer Vorabklärung[4] auseinandergesetzt und den Markt für die Auftragsfertigung für FDPs in einem Zusammenschlusskontrollverfahren[5] behandelt. Dabei gingen die Wettbewerbsbehörden von getrennten sachlichen Märkten für Contract Development Organization (CDO) und Contract Manufacturing Organization (CMO) und einem getrennten sachlichen Markt für die Auftragsfertigung für FDPs aus.

12. Die Europäische Kommission ist der Ansicht, dass es einen Markt für die Erbringung von CDMO-Dienstleistungen für Wirkstoffe gibt, der sich aus zwei Gründen vom Markt für die Auftragsproduktion von FDPs unterscheidet:

- Aus Sicht der Nachfrageseite umfassen CDMO-Dienstleistungen auf der API-Ebene die Bewertung, Charakterisierung, Entwicklung von Produktions- und Scaling-up-Prozessen im Zusammenhang mit der Herstellung von APIs, während CDMO-Dienstleistungen auf der FDP-Ebene hauptsächlich die Entwicklung einer geeigneten Dosierungsformulierung und die Massenherstellung der endgültigen Arzneimittelprodukte betreffen.
- Aus der Sicht der Angebotsseite erfordern CDMO-Dienstleistungen auf der API- und der FDP-Ebene unterschiedliche Produktionsmittel sowie unterschiedliches, spezifisches Know-how und Erfahrungen.

13. Die WEKO betrachtet den geografisch relevanten Markt für CDO und CMO als global[6], da CDO- und CMO-Dienstleistungen von Pharmaunternehmen weltweit angeboten und nachgefragt werden. In der Sache *Kohlberg/Mubadala/Partners Group/Pioneer UK Midco 1 Limited*, prüfte die WEKO einen Markt für die Auftragsherstellung von FDP mit einem mindestens EWR-CH-weiten Anwendungsbereich[7].

14. Die definitive Marktabgrenzung kann vorliegend offenbleiben. Das Zusammenschlussvorhaben führt bei keiner plausiblen Marktabgrenzung zu wettbewerbsrechtlichen Bedenken, auch nicht bei der engstmöglichen Marktabgrenzung. Keines der von Astorg kontrollierten Portfoliounternehmen ist in einem Bereich tätig, in dem auch Corden Pharma tätig ist.

15. Nach dem Gesagten könnte ein vom Zusammenschluss betroffener Markt lediglich dann vorliegen, wenn eines der beteiligten Unternehmen in einem relevanten Markt über einen Anteil von 30 % oder mehr verfügen würde (Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU). Nach Angaben der Parteien ist dies nicht der Fall.[8] Da die Marktanteile von Corden Pharma unter 30 % liegen, gibt es keine betroffenen Märkte im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU. Darüber hinaus führt die Transaktion zu keinen horizontalen Überschneidungen zwischen Corden Pharma und Portfoliogesellschaf-ten von Astorg, da keine der letzteren CDMO-Dienstleistungen anbietet und es gibt aktuell bzw. wird auch zukünftig keine tatsächliche oder potenzielle vertikale Beziehung zwischen Astorg und Corden Pharma geben.

16. Das Zusammenschlussvorhaben führt somit in der Schweiz weder zu betroffenen Märkten mit Anteilsadditionen zwischen Astorg und Corden Pharma noch zu meldenden betroffenen Märkten ohne Marktanteilsaddition im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU. Das Zusammenschluss-vorhaben ist damit unbedenklich.

17. Die vorläufige Prüfung ergibt aus den oben 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.

18. Gemäss Rz 67 der Meldung verzichten die meldenden Parteien auf das Recht, Nebenabreden überprüfen zu lassen und es werden in der Meldung auch keine weiteren Ausführungen zu allenfalls bestehenden Nebenabreden gemacht. Der guten Ordnung halber sei aus diesem Grund hier festgehalten, dass allenfalls bestehende Nebenabreden in den Verträgen weder vom Sekretariat der Wettbewerbskommission noch von der Kammer für Unternehmenszusammenschlüsse auf deren Vereinbarkeit mit dem Kartellrecht hin überprüft wurden.

[3] Verordnung vom 17. Juni 1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU; SR 251.4).
[4] RPW 2021/1, 86 ff. *Biologics*.
[5] RPW 2020/4b, 2016 f. Rz 13, *Kohlberg/Mubadala/Partners Group/Pioneer UK Midco 1 Limited*.
[6] RPW 2021/1, 87, Rz 16, *Biologics*.
[7] EU-KOMM, COMP/M.9995 vom 4. Dezember 2020, Rz 17, *Permira/Neuraxpharm*.
[8] Meldung, Rz 48.

B 2.3	**5. Bain Capital Investors LLC/Baring Private Equity Asia/CitiusTech Healthcare B.V.**

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

Examen préalable; art. 4 al. 3, art. 10 et art. 32 al. 1 LCart

Esame preliminare; art. 4 cpv. 3, art. 10 e art. 32 cpv. 1 LCart

Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 18. Juli 2022

Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU vom 19. Juli 2022

1. Am 6. Juli 2022 hat die Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Das Zusammenschlussvorhaben betrifft den Erwerb gemeinsamer Kontrolle über CitiusTech Healthcare B.V. (nachfolgend: CitiusTech oder die Zielgesellschaft) durch von Bain Capital Investors LLC verwaltete oder beratene Fonds (nachfolgend: Bain Capital) und durch von Baring Private Equity Asia verwaltete oder beratene Fonds (nachfolgend: BPEA, zusammen mit Bain Capital die «meldenden Unternehmen», zusammen mit Bain Capital und der Zielgesellschaft die «Parteien»). CitiusTech wird derzeit alleine kontrolliert durch von BPEA verwaltete oder beratene Fonds.

2. Bain Capital ist eine Private-Equity-Investmentgesellschaft, die über ihre Fonds in Unternehmen verschiedener Branchen investiert, darunter Informationstechnologie, Gesundheitswesen, Einzelhandel und Konsumgüter, Kommunikation, Finanzdienstleistungen sowie Industrie/Produktion.

3. Barolo Mezz B.V. wird durch von BPEA verwaltete oder beratene Fonds kontrolliert. Die BPEA Gruppe, mit Hauptsitzen in Hongkong und Singapur, ist ein panasiatisches Private Equity-Unternehmen mit einem gebührenpflichtig verwalteten Vermögen von rund USD 20 Mrd. Die BPEA Gruppe verwaltet ein Private-Equity-Investitionsprogramm, das Buyouts finanziert und Wachstumskapital für Unternehmen zur Expansion oder Übernahme bereitstellt, wobei der Schwerpunkt auf dem asiatisch-pazifischen Raum liegt, sowie spezielle Fonds, die sich auf private Immobilien und private Kredite konzentrieren. Die BPEA Gruppe und mit ihr verbundene Gesellschaften beraten Private-Equity-Fonds, die in verschiedenen Märkten tätig sind, darunter Bildung, Unternehmensdienstleistungen, Fertigung, Logistik, Gesundheitswesen und Konsumgüter.

4. CitiusTech ist die Holdinggesellschaft mit einer ca. […] Beteiligung an CitiusTech Healthcare Technology Private Limited (nachfolgend: CT India), einem Anbieter von Technologielösungen und -dienstleistungen im Gesundheitswesen. CT India bietet für das Gesundheitswesen Softwareentwicklung, Professional Services, QA Testautomatisierung, Technologieberatung, BI/Analytik sowie Geschäfts- und Prozess-Outsourcing-Dienstleistungen. CT India ist die einzige Tochtergesellschaft von CitiusTech.

5. CitiusTech wird derzeit durch von BPEA verwaltete oder beratene Fonds kontrolliert. Die BPEA Gruppe hat über die durch BPEA verwalteten oder beratenen Fonds indirekt, über die CitiusTech HoldCo B.V. (nachfolgend: Citius HoldCo) ungefähr […] % der Anteile an CT India. Einzelne Gesellschafter halten die verbleibenden ungefähr […] % an CT India.

6. Gemäss den Bedingungen des «Share Subscription Agreement» werden die durch Bain Capital verwalteten oder beratenen Fonds, mit den durch BPEA verwalteten oder beratenen Fonds, die gemeinsame Kontrolle über CitiusTech über eine indirekte, hundertprozentige Tochtergesellschaft India RF Mauritius Investment 3 (nachfolgend: InvestCo) erwerben. InvestCo hat keine anderen Geschäftsfähigkeiten. BPEA wird über die von BPEA verwalteten oder beratenen Fonds einen Teil ihrer Investitionen behalten und dadurch in der Lage sein, gemeinsam mit Bain Capital die Kontrolle über CitiusTech auszuüben.

7. Unmittelbar nach dem Zusammenschlussvorhaben wird sich das ordentliche Kapital von CitiusTech voraussichtlich wie folgt zusammensetzen:

Gesellschafter	**Anteile (%)**
InvestCo (kontrolliert durch Bain Capital)	[…] %
BPEA (bestehender Investor)	[…] %
[…][1]	[…] %

[1] […] wird kein Vetorecht bei strategischen Entscheidungen über CitiusTech haben.

8. […].

9. Folglich erwerben Bain Capital und BPEA mit dem vorliegenden Zusammenschlussvorhaben indirekt die gemeinsame Kontrolle im Sinne von Art. 2 VKU[2] über CitiusTech. Da die Anforderungen an ein Vollfunktionsunternehmen vorliegend keinen Anlass zu weiteren Ausführungen geben, handelt es sich somit um einen Unternehmenszusammenschluss im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG[3].

10. Das Zusammenschlussvorhaben steht unter dem Vorbehalt der (ausdrücklichen oderstillschweigenden) Zustimmung der Wettbewerbsbehörden in der Europäischen Union, den Vereinigten Staaten, China, Indien und der Schweiz.

11. Gemäss Art. 9 Abs. 1 KG müssen Unternehmenszusammenschlüsse vor ihrem Vollzug der WEKO gemeldet werden, wenn die Schwellenwerte im letzten Geschäftsjahr vor dem Zusammenschluss erreicht werden. Der Gesamtumsatz aller beteiligten Unternehmen im jeweils relevanten letzten Geschäftsjahr beläuft sich auf insgesamt CHF […] weltweit und CHF […] in der Schweiz. Die Schwellenwerte von Art. 9 Abs. 1 Bst. B KG sind somit ebenfalls erfüllt.

12. Die Zielgesellschaft ist im Wesentlichen in der Erbringung von IT-Consulting- und Implementierungsdienstleistungen für Gesundheitsdienstleiter tätig. In ihrer bisherigen Praxis betreffend den IT-Sektor erwog die WEKO in sachlicher Hinsicht den Markt für IT-Dienstleistungen in Teilmärkte nach der Funktionalität der IT-Dienstleistungen sowie der Branche der Kunden zu unterteilen.[4] Betreffend die Unterteilung nach der Funktionalität erwog die WEKO den Gesamtmarkt für IT-Dienstleistungen in (i) Consulting; (ii) Implementierung; (iii) IT Outsourcing Services; (iv) Business Process Outsourcing; (v) Software Support; (vi) Hardware Support und (vii) Ausbildung und Schulung zu segmentieren.[5] Betreffend die Segmentierung nach Branche erwog die WEKO die Märkte weiter nach den folgenden Branchen der Kunden zu segmentieren: (i) Bankwesen und Wertpapiere; (ii) Kommunikation; (iii) Medien und Dienstleistungen; (iv) Ausbildung; (v) Behörden; (vi) Gesundheitsdienstleister; (vii) Versicherung; (viii) Herstellung und Bodenschatze; (ix) Einzelhandel; (x) Transport; (xi) Energie und (xii) Grosshandel.[6] Wie in der bisherigen Praxis der WEKO kann die definitive Marktabgrenzung auch vorliegend offen gelassen werden, da das Zusammenschlussvorhaben unabhängig von der Marktdefinition keinen Anlass zu wettbewerbsrechtlichen Bedenken gibt.

13. In räumlicher Hinsicht ging die WEKO in früheren Entscheiden von nationalen Märkten im Bereich IT-Dienstleistungen aus. In späteren Entscheiden hielt sie fest, dass der räumlich relevante Markt im Bereich IT-Dienstleistungen aufgrund des nachfrageseitigen Verhaltens unter Umstanden räumlich auch weiter abgegrenzt werden konnte. Allerdings liess die WEKO die Abgrenzung des räumlichen Markts letztendlich offen.[7] Die meldenden Unternehmen machen geltend, dass der räumlich relevante Markt tendenziell zunehmend europäisch oder sogar weltweit ist, dass aber die WEKO die genaue Marktabgrenzung im vorliegenden Fall letztlich offenlassen kann, da das Zusammenschlussvorhaben auf der Grundlage jedes plausiblen Ansatzes zur Marktabgrenzung keine Bedenken aufwirft.

14. In der Schweiz bietet CitiusTech IT-Dienstleistungen in einem sehr begrenzten Umfang an. Wie oben beschrieben, ist CitiusTech in der Erbringung von IT-Consulting- und Implementierungsdienstleistungen (Funktionalität) für Gesundheitsdienstleister (Branche der Kunden) tätig. CitiusTech hat nur marginale Aktivitäten in der Schweiz mit einem Umsatz von ca. CHF […] im Geschäftsjahr 2020/2021, was weit weniger als [0-10] % des gesamten IT-Dienstleistungsmarktes in der Schweiz entspricht (geschätzt auf ca. CHF […][8] gemäss dem 2020 Gartner-Report über IT-Dienstleistungsmarktanteile). Auch im EWR ist CitiusTech nur in sehr geringem Umfang tätig.

15. Da CitiusTech in der Schweiz nur einen marginalen Umsatz von ca. CHF […] erzielt, schätzen die Parteien, dass ihre Marktanteile im Markt für IT-Dienstleistungen und in allen oben genannten Teilmärkten in der Schweiz auf weniger als [0-10] % und damit deutlich unter 20 %. Das Zusammenschlussvorhaben führt daher zu keinen betroffenen Märkten im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU.

16. Allenfalls enthaltene Nebenabreden werden der WEKO nicht explizit zur Prüfung unterbreitet. Sie sind damit nicht Gegenstand der vorliegenden Vorprüfung und erfahren keine Legalisierung durch den fusionskontrollrechtlichen Entscheid der WEKO beziehungsweise der Kammer für Unternehmenszusammenschlüsse.

17. Die vorläufige Prüfung ergibt 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.

---

[2] Verordnung vom 1. Januar 2013 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU; SR 251.4).

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

[4] RPW 2021/1, 285, Rz 24, *MHP Management und IT Beratung GmbH/TransnetBW GmbH*.

[5] RPW 2021/1, 285, Rz 25, *MHP Management- und IT-Beratung GmbH/TransnetBW GmbH*; RPW 2018/3, 685, Rz 10, *Partners Group/Canada Pension Plan Investment Board/GlobalLogic Holdings Limited*; RPW 2013/4, 667 f. Rz 54 ff., *Mediaspectrum, Inc./Publigroupe S.A./xentive sa*.

[6] RPW 2021/1, 285, Rz 26, *MHP Management- und IT-Beratung GmbH/TransnetBW GmbH*; RPW 2020/2, 642, Fn 19, *Apollo/Tech Data*; RPW 2017/1, 121, Rz 33, *Computer Sciences Corporation/Hewlett Packard Enterprise Services*.

[7] RPW 2021/1, 285, Rz 27, *MHP Management- und IT-Beratung GmbH/TransnetBW GmbH*; RPW 2020/2, 642, Rz 13, *Apollo/Tech Data*; RPW 2017/1, 122, Rz 39 f., *Computer Sciences Corporation/Hewlett Packard Enterprise Services*; RPW 2003/2, 301, Rz 25, *Accenture AG/Systor AG*.

[8] Umrechnung nach Jahresmittel der Devisenkurse 2020 gemäss Veröffentlichungen der Schweizerischen Nationalbank: USD 1 = CHF 0.9381.

B 2.3	**6. EQT AB/Baring Private Equity Asia Group Limited**

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

Prise de position de la Commission de la concurrence du 1er juillet 2022

Communication selon l'art. 16 al. 1 OCCE du 1er juillet 2022

A En fait

A.1 Concentration d'entreprises

1. Le 3 juin 2022, la Commission de la concurrence a reçu une notification annonçant que l'entreprise EQT AB (ci-après: EQT) vise l'acquisition, indirectement par l'intermédiaire d'une ou de plusieurs filiales entièrement détenues par EQT, de l'entier des actions et du contrôle exclusif de Baring Private Equity Asia Group Limited et de ses filiales (ci-après: BPEA).

2. Le 9 juin 2022, le Secrétariat a confirmé que la notification était complète.

A.2 Entreprises participantes

3. EQT est une entreprise d'investissement dans les domaines du « Private Equity » et de l'immobilier et gère à ce jour EUR 73.4 milliards d'actifs répartis entre 28 fonds au sein de ces deux segments d'activité. EQT se concentre sur des investissements en Europe, Océanie, Asie et Etats-Unis.

4. BPEA est une entreprise d'investissement dans le domaine du Private Equity basée à Hong-Kong et Singapour. Les actifs sous gestion se montent à environ USD 20 milliards. BPEA gère un programme d'investissement de Private Equity dans des entreprises de moyenne à grande capitalisation en Asie et fournit du capital de croissance à ces entreprises pour leur expansion ou leurs acquisitions. BPEA gère également des fonds dédiés à l'immobilier privé et au crédit privé. BPEA et ses filiales conseillent aussi des fonds de Private Equity, actifs sur plusieurs marchés différents, notamment dans l'éducation, les services aux entreprises, la fabrication, la logistique, les soins de santé et les secteurs de la consommation.

A.3 Objectifs poursuivis par l'opération de concentration

5. La transaction combine deux entreprises d'investissement avec des empreintes géographiques et des portefeuilles d'investissement complémentaires. En tant que telle, la transaction ne conduit à aucune addition significative de parts de marchés. La transaction vise plutôt à étendre la présence jusqu'à présent limitée d'EQT en Asie, contribuant ainsi à la réalisation de ses priorités stratégiques.

6. La réalisation de cette transaction est également subordonnée aux autorisations de la Commission européenne, de l'Administration nationale chinoise de la réglementation du marché, de Commission de la concurrence de l'Inde, de la Commission du commerce équitable du Japon, de la Commission fédérale de la concurrence économique du Mexique, de l'Institut fédéral des télécommunications du Mexique (unité de la concurrence), de la Commission du commerce équitable de la Corée du Sud et de l'Autorité de protection de la concurrence et des consommateurs du Vietnam.

B En droit

B.1 Applicabilité des prescriptions de la LCart

7. La Loi fédérale du 6 octobre 1996 sur les cartels et autres restrictions à la concurrence (LCart; RS 251) s'applique aux entreprises de droit privé ou de droit public qui sont parties à des cartels ou à d'autres accords en matière de concurrence, qui sont puissantes sur le marché ou participent à des concentrations d'entreprises (art. 2 LCart).

B.1.1 Entreprise

8. Selon la loi fédérale sur les cartels et autres restrictions de la concurrence du 23 novembre 1994 (Message), la loi sur les cartels s'applique à toute entreprise, c'est-à-dire à tout acteur qui produit des biens ou des services et participe ainsi de manière indépendante au processus économique, que ce soit du côté de l'offre ou de la demande (FF 1995 I 533). Les entreprises qui participent à la concentration tombent ainsi dans le champ d'application de la LCart.

B.1.2 Concentration d'entreprises

9. La transaction vise l'acquisition par EQT et/ou ses filiales directes ou indirectes de 100 % des actifs de BPEA et 100 % des actions des associés étant donné que BPEA sera liquidée immédiatement après la réalisation de la transaction. Par conséquent, EQT aura, après la transaction, le contrôle exclusif de BPEA au sens de l'art. 4 al. 3 let. b de la LCart et de l'art. 2 al. 1 OCCE.

B.2 Prescriptions réservées

10. Dans les marchés concernés, il n'existe aucune prescription qui exclut la concurrence. Par ailleurs, les réserves de l'art. 3 al. 1 n'ont pas été invoquées par les parties.

B.3 Obligation de notifier

11. Il y a obligation de notifier, lorsque, dans le dernier exercice précédant la concentration, les entreprises participantes ont réalisé ensemble un chiffre d'affaires minimum de CHF 2 milliards ou un chiffre d'affaires en Suisse d'au moins CHF 500 millions et qu'au moins deux des entreprises participantes ont réalisé individuellement en Suisse un chiffre d'affaires minimum de CHF 100 millions (art. 9 al. 1 LCart).

12. Tableau: Chiffres d'affaires (en CHF)

	Chiffres d'affaires (en mio.)		
	EQT (en 2020)	BPEA (en 2021)	Total
Mondial	[…]	[…]	[…]
Suisse	[…]	[…]	[…]

Sources: données des parties.

13. Tel que reflété dans ce tableau, les valeurs seuils prévues à l'art. 9 al. 1 LCart sont atteintes.

B.4 Examen préalable

14. Les concentrations d'entreprises soumises à l'obligation de notifier font l'objet d'un examen par la COMCO lorsqu'un examen préalable (art. 32 al. 1 LCart) fait apparaître des indices qu'elles créent ou renforcent une position dominante (art. 10 al. 1 LCart).

15. Afin de déterminer s'il existe des indices que la concentration crée ou renforce une position dominante, il y a d'abord lieu de délimiter les marchés (de produits et géographique) pertinents. Dans un deuxième temps, il sera examiné si la concentration entraîne une modification de la position des entreprises participantes sur ces marchés.

B.4.1 Marchés pertinents

B.4.1.1 Marchés des produits

16. Selon l'art. 11 al. 3 let. a de l'Ordonnance sur le contrôle des concentrations d'entreprises (ci-après OCCE), les marchés des produits comprennent tous les produits ou services que les partenaires potentiels de l'échange considèrent comme substituables en raison de leurs caractéristiques et de l'usage auquel ils sont destinés.

17. Les parties ont identifié des additions de parts de marchés minimes dues à leurs propres activités dans les domaines du Private Equity et de l'immobilier. Les parties ont fourni également une description du marché des services informatiques, pour lequel elles ont identifié un chevauchement en Suisse.

B.4.1.1.1 Marché du Private Equity

18. Selon la pratique de la Comco, le Private Equity est un segment du marché de la gestion d'actifs, qui comprend la gestion d'actifs et les services de conseil aux investisseurs institutionnels et privés. La Comco a en effet considéré que la gestion d'actifs peut être divisée en deux segments: la gestion d'actifs pour les individus privés (gestion d'actifs « traditionnelle ») ou collective (fonds et produits assimilés, ci-après définis comme Private Equity)[1]. La Comco a laissé ouverte la question de savoir si elle devait plutôt définir un marché de produits pour le Private Equity distinct de la gestion d'actifs traditionnelle[2], et si le marché de la gestion d'actifs devait être davantage segmenté par groupes de clients et/ou par classes d'actifs.

19. Selon la pratique de la Commission européenne, le marché des investissements en Private Equity consiste à des prises de participations (ou apports en capitaux) dans des sociétés non cotées (sociétés dont les actions ne sont pas cotées sur une bourse publique). L'apport en capital dans le domaine du Private Equity peut comprendre des fonds propres et des fonds empruntés.[3] La Commission européenne a envisagé une distinction supplémentaire entre les investissements de Private Equity issus des capitaux propres ou fonds empruntés, mais a laissé ouverte la définition du marché à cet égard.[4] La Commission européenne a également envisagé le Private Equity comme un segment du marché du financement des entreprises ou des services de gestion d'actifs, mais a finalement laissé ouverte la définition du marché.[5]

20. Suite aux récents développements des marchés financiers, la Comco pourrait définir un marché pour les investissements dans le domaine du Private Equity. La Comco pourrait également considérer le Private Equity comme un segment du financement des entreprises ou des services de gestion d'actifs. La définition précise du marché des produits dans le domaine du Private Equity peut être laissée ouverte, dès lors que la transaction n'entraînerait, selon les informations livrées, pas d'entrave significative à la concurrence.

[1] DPC 2008/1, 127 N 32 ss, *Joint Venture: General Electric Company/Credit Suisse Private Equity, Inc./Mubadala Development Company PJSC*.
[2] DPC 2008/1, 127 N 37, *Joint Venture: General Electric Company/Credit Suisse Private Equity, Inc./Mubadala Development Company PJSC*.
[3] COMP/M.8837 du 20.07.2018, N 44, *Blackstone / Thomson Reuters F&R Business*.
[4] COMP/M.2577 du 23.10.2001, N 15, *GE Capital / Heller Financial*.
[5] COMP/M.6738, *Goldman Sachs / KKR / QMH*.

B.4.1.1.2 Marché de l'immobilier

21. Dans ses précédentes décisions, la Comco a considéré que le marché immobilier comprend la promotion, la gestion et la location, ainsi que l'achat et la vente de biens immobiliers. Les acteurs du marché sont les locataires ainsi que les acheteurs et les vendeurs de biens immobiliers.[6] La Comco a également considéré que les activités immobilières pouvaient être subdivisées en deux segments: l'immobilier commercial (bureaux et commerces) et l'immobilier résidentiel, tout en laissant finalement la définition exacte du marché des produits ouverte.[7]

B.4.1.1.3 Marché des services informatiques

22. La Comco a évalué le marché des services informatiques à plusieurs reprises. Dans l'affaire Swisscom IT Services AG/Entris Banking AG[8], la Comco a segmenté le marché des services informatiques selon les catégories suivantes : (i) maintenance du matériel informatique (hardware), (ii) maintenance des logiciels (soflware), (iii) services de gestion d'entreprise (externalisation), (iv) éducation et formation, (v) services de développement et d'intégration, (vi) services de gestion informatique et (vii) conseil.

23. Plus récemment, la Comco a segmenté le marché de produits en fonction des fonctionnalités des services d'une part, et des secteurs d'activité concernés d'autre part. Ainsi, dans l'affaire Computer Sciences Corporation/Hewlett Packard Enterprise Services[9], la catégorisation suivante a été effectuée sur la base des fonctionnalités: (i) conseil informatique, (ii) implémentation, (iii) services d'externalisation informatique, (iv) externalisation des processus d'entreprise, (v) support logiciel et (vi) support matériel.

B.4.1.2 Marché géographique

24. Selon l'art. 11 al. 3 let. b OCCE, le marché géographique comprend le territoire sur lequel les partenaires potentiels de l'échange sont engagés du côté de l'offre ou de la demande pour les produits ou services qui composent le marché des produits.

B.4.1.2.1 Marché géographique du Private Equity

25. La Comco a en outre considéré que le marché géographique de la gestion d'actifs se situait à l'échelle mondiale, à l'exception de la gestion d'actifs pour les caisses de pension suisses. Le marché géographique du Private Equity a été délimité jusqu'à présent comme étant au moins national. La Comco a par ailleurs estimé qu'il pourrait également s'agir d'un marché de l'EEE ou d'un marché international mais a finalement laissé la question ouverte.[10]

B.4.1.2.2 Marché géographique de l'immobilier

26. La Comco a délimité le marché géographique de l'immobilier comme étant de dimension nationale.[11] Compte tenu des différences régionales ainsi que de la mobilité géographique parfois limitée, la Comco a réservé la possibilité que ce marché soit de portée régionale.[12] Étant donné que transaction ne poserait pas de problèmes de concurrence quelle que soit la délimitation plausible du marché de l'immobilier, la délimitation de ce marché peut être laissée ouverte.

B.4.1.2.3 Marché géographique pour les services informatiques

27. La Comco a estimé le marché comme étant au moins de portée nationale, laissant ouverte la question de savoir si sa délimitation pourrait être plus large.[13]

B.4.2 Position future des entreprises participantes sur les marchés concernés

28. Selon l'art. 11 al. 1 let. d OCCE, seuls les marchés de produits et les marchés géographiques sur lesquels la part de marché totale en Suisse de deux ou plusieurs entreprises participantes est de 20 % ou plus, ou sur lesquels la part de marché en Suisse de l'une des entreprises participantes est de 30 % ou plus, sont soumis à une analyse détaillée. Ces marchés sont décrits comme « marchés affectés par l'opération de concentration ». Si les seuils précités ne sont pas atteints, l'opération de concentration est supposée n'avoir pas d'effets pertinents dans les marchés concernés et il n'est généralement pas utile de procéder à une analyse plus approfondie.

B.4.2.1 Estimation de la position des entreprises participantes dans le marché du Private Equity

29. Les entreprises actives dans le Private Equity sont généralement classées en fonction de leurs « Assets under Management » (ou AUM). Les parties ont utilisé des données relatives aux AUM fournis par Preqin[14] pour estimer les parts de marché de EQT et de BPEA.

---

[6] DPC 2010/2, 237 N 24, *Stoffel Participations Group/Bauengineering/ Swissbuilding Concept*; DPC 2009/2, 187 N 16, *Swiss Prime Site AG/Jelmoli Holding AG*.

[7] DPC 2009/2, 187 N 16, *Swiss Prime Site AG/Jelmoli Holding AG*; DPC 2017/2, 327, N23, *La Bâloise Vie SA/Pax SA de placements*.

[8] DPC 2013/2, 265 N 27.

[9] DPC 2017/1, 121 N 21.

[10] DPC 2019/4, 1180 N 19-20, *Brookfield Asset Management/Oaktree Capital Group*; DPC 2008/1, 127 N 39, *Joint Venture: General Electric Company/Credit Suisse Private Equity, Inc./Mubadala Development Company PJSC*.

[11] DPC 2010/2, 237 N 25, *Stoffel Participations Group/Bauengineering/ Swissbuilding Concept*.

[12] DPC 2010/2, 237 N 25, *Stoffel Participations Group/Bauengineering/ Swissbuilding Concept*; DPC 2009/2, 188 N 22, *Swiss Prime Site AGJelmoli Holding AG*.

[13] DPC 2017/1, 121 N39-40, *Computer Sciences Corporation/Hewlett Packard Enterprise Services*; DPC 2013/2, 265 N 48, *Swisscom IT Services AG/Entris Banking AG*; DPC 2009/2, 162, N 47, *Hewlett-Packard Company/Electronic Data Systems Corporation*.

[14] <www.preqin.com> (9.06.2022).

30. Tableau 1: Estimation des parts de marché dans le Private Equity (en milliards de USD, 2021)[15]

	Asie-Pacifique		Europe		Amérique du Nord		Monde	
	AUM	Part de marché	AUM	Part de marché	AUM	Part de marché	AUM	Part de marché
EQT	[…]	[0-10%]	[…]	[0-10%]	[…]	[0-10%]	[…]	[0-10%]
BPEA	[…]	[0-10%]	[…]	[0-10%]	[…]	[0-10%]	[…]	[0-10%]
Parts combinée	[…]	[0-10%]	[…]	[0-10%]	[…]	[0-10%]	[…]	[0-10%]
Marché global	[…]		[…]		[…]		[…]	

Sources: données des parties

31. Compte tenu des parts de marché estimées par les parties, la transaction ne soulèverait aucun problème de concurrence dans le marché du Private Equity, quelle que soit la délimitation du marché. L'examen préalable ne fait apparaitre aucun indice que la concentration créera ou renforcera une position dominante sur le marché du Private Equity.

B.4.2.2 Estimation de la position des entreprises participantes dans le marché de l'investissement dans l'immobilier

32. Les entreprises actives dans le domaine des investissements immobiliers sont généralement classées selon leurs AUM. Les parties ont utilisé les données fournies Preqin pour estimer les parts de marché de EQT et de BPEA.

33. Tableau 2: Estimation des parts de marché dans le domaine des investissements immobiliers (en milliards de USD, 2021)[16]

	Asie-Pacifique		Europe		Amérique du Nord		Monde	
	AUM	Part de marché	AUM	Part de marché	AUM	Part de marché	AUM	Part de marché
EQT	[…]	[0-10%]	[…]	[0-10%]	[…]	[0-10%]	[…]	[0-10%]
BPEA	[…]	[0-10%]	[…]	[0-10%]	[…]	[0-10%]	[…]	[0-10%]
Parts combinée	[…]	[0-10%]	[…]	[0-10%]	[…]	[0-10%]	[…]	[0-10%]
Marché global	[…]		[…]		[…]		[…]	

Sources: données des parties

34. Compte tenu des parts de marché estimées par les parties, la transaction ne soulèverait aucun problème de concurrence dans le marché de l'investissement dans l'immobilier, quelle que soit la délimitation plausible du marché. L'examen préalable ne fait apparaitre aucun indice que la concentration créera ou renforcera une position dominante sur le marché de l'investissement dans l'immobilier.

B.4.2.3 Estimation de la position des entreprises participantes dans le marché des services informatiques

35. D'après les données de Gartner, la valeur du marché global des services informatiques était d'environ USD 1'000 milliards au niveau mondial et de USD 200 milliards dans l'EEE (2020). Le segment le plus étroit de la taxonomie de Gartner, à savoir le IaaS[17], était évalué à environ USD 64 milliards à l'échelle mondiale et à USD 9,6 milliards dans l'EEE (2020).

[15] Les montants du marché total ont été calculés en utilisant les chiffres de 2020 contenus dans le rapport Preqin « The future of alternatives 2025 » en combinaison avec le CAGR 2020-2025 tel qu'estimé par Preqin pour déduire les chiffres de 2021.

[16] Les montants du marché total ont été calculés en utilisant les chiffres de 2020 contenus dans le rapport Preqin « The future of alternatives 2025 » en combinaison avec le CAGR 2020-2025 tel qu'estimé par Preqin pour déduire les chiffres de 2021. Les actifs immobiliers comprennent (i) les biens immobiliers, (ii) les infrastructures et (iii) les ressources naturelles.

[17] Infractructure as a Service.

36. Selon les données des parties, le chiffre d'affaires cumulé de toutes les sociétés du portefeuille d'EQT actives dans le domaine des services Informatiques s'élevait approximativement à USD […] à l'échelle mondiale, à USD […] dans l'EEE et à USD […] en Suisse (2020). Les montants correspondants pour les sociétés du portefeuille du Groupe BPEA étaient d'environ USD […], USD […], respectivement USD […].[18]

37. Selon les parties, les parts de marché cumulées des entreprises participantes seraient inférieures à [10-20] % pour l'ensemble des services informatiques pour le marché suisse.

38. Compte tenu des parts de marché estimées par les parties, la transaction ne soulèverait aucun problème de concurrence dans le marché des services informatiques, quelle que soit la délimitation plausible du marché. L'examen préalable ne fait apparaitre aucun indice que la concentration créera ou renforcera une position dominante sur le marché des services informatiques.

B.5 Résultat de l'analyse

39. L'examen préalable ne fait pas apparaître d'indice que la concentration créera ou renforcera une position dominante capable de supprimer une concurrence efficace. Par conséquent, il n'y a pas lieu de procéder à un examen approfondi de l'opération de concentration au sens de l'art. 10 LCart.

[18] Les données fournies par les parties reflètent la compréhension qu'a le Groupe BPEA du chiffre d'affaires consolidé des sociétés de son portefeuille pour leurs exercices les plus récents pour lesquels le Groupe BPEA dispose de données.

B 2.3	**7. TA Associates/Vista Equity Partners/iCIMS**

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

Examen préalable; art. 4 al. 3, art. 10 et art. 32 al. 1 LCart

Esame preliminare; art. 4 cpv. 3, art. 10 e art. 32 cpv. 1 LCart

Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 11. August 2022

1. Am 19. Juli 2022 hat die Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben zwischen der TA Associates L.P. (nachfolgend: TA Associates), der Vista Equity Partners Management LLC (nachfolgend: Vista) und der iCIMS Holdings LLC (nachfolgend: iCIMS) erhalten. Danach beabsichtigen TA Associates und Vista die gemeinsame Kontrolle über iCIMS zu erwerben, welche derzeit alleinig von Vista kontrolliert wird. Das Zusammenschlussvorhaben führt demgemäss zu einem Wechsel von alleiniger zu gemeinsamer Kontrolle.

2. **TA Associates** ist eine Private-Equity-Gesellschaft mit Sitz in Boston (Massachusetts, USA) und ist in Nordamerika, Europa und Asien tätig. TA Associates konzentriert sich auf Unternehmensbeteiligungen in den Sektoren Business Services (Unternehmensdienstleistungen), Consumer (Konsumgüterbranche), Financial Services (Finanzdienstleistungssektor), Healthcare (Gesundheitswesen) und Technology (Technologie-Sektor).

3. **Vista** ist eine Private-Equity-Gesellschaft mit Sitz in Austin (Texas, USA). Vista investiert in Unternehmen, die IT-Dienstleistungen anbieten, indem sie z.B. Unternehmenssoftware bereitstellen oder andere daten- bzw. technologiegestützte Leistungen erbringen.

4. **iCIMS** hat Sitz in New Jersey (USA) und ist ein Anbieter von cloudbasierter Software im Personalwesen. Die Softwarelösungen von iCIMS unterstützen Unternehmen bei der Rekrutierung, Einstellung und der Förderung von Mitarbeitern.

5. Die geplante Transaktion besteht aus dem Erwerb der gemeinsamen Kontrolle über iCIMS durch TA Associates und Vista im Sinne von Art. 4 Abs. 3 KG. TA Associates soll iCIMS durch den Beteiligungserwerb zusammen mit Vista gemeinsam kontrollieren, wobei iCIMS derzeit alleine von Vista kontrolliert wird. Das Zielunternehmen iCIMS ist vorwiegend in den USA tätig und erwirtschaftet dort […] seines Umsatzes. Der Umsatz von iCIMS in der Schweiz ist minimal und betrug im Geschäftsjahr 2021 nur […]

6. Das Zusammenschlussvorhaben findet im Rahmen der normalen Geschäftstätigkeit von TA Associates als Private-Equity-Investorin statt. Das Vorhaben bietet TA Associates die Möglichkeit, in ein attraktives Softwareunternehmen mit Wachstumspotenzial zu investieren, das von der Unterstützung engagierter und erfahrener Investoren profitieren kann. Dies steht im Einklang mit der Strategie von TA Associates, in attraktive Unternehmen zu investieren, um ihnen zu helfen, ihr langfristiges Wachstumspotenzial auszuschöpfen, bessere Geschäftsprozesse aufzubauen und den Wert des Unternehmens zu steigern. TA Associates und Vista wollen das unabhängige Wachstum von iCIMS als Software-Plattform für das Human Capital Management fortsetzen.

7. Nach Vollzug des Zusammenschlussvorhabens wird iCIMS als Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmen im Sinne von Art. 2 Abs. 1 VKU weiterhin wirtschaftlich selbständig auf den Märkten aktiv sein, auf denen iCIMS zurzeit tätig ist.

8. Die Parteien erzielten 2020 (TA Associates und Vista[1]) und 2021 (iCIMS) gemeinsam einen weltweiten Gesamtumsatz von mehr als CHF 2 Milliarden. In der Schweiz erzielten die Parteien 2020 (TA Associates und Vista) einen Umsatz von je über CHF 100 Millionen. Damit sind die Schwellenwerte gemäss Art. 9 Abs. 1 Bst. a und b KG überschritten und das vorliegende Zusammenschlussvorhaben ist meldepflichtig[2].

9. Das Zusammenschlussvorhaben wurde der Europäischen Kommission am 19. Juli 2022 gemeldet und von dieser geprüft. Am 15. April 2022 hat sie den Zusammenschluss freigegeben.

10. iCIMS ist in der Bereitstellung von Softwarelösungen tätig, die sich an Unternehmen richten (Unternehmenssoftware) und für das Human Capital Management (HCM) genutzt werden. In diesem Bereich gibt es geringfügige Überschneidungen der Tätigkeiten von iCIMS mit den Tätigkeiten von Portfoliounternehmen von TA Associates und Vista (siehe Rz 14).

11. In Bezug auf nicht überlappende Aktivitäten bestätigen die Parteien, dass TA Associates und Vista bzw. ihre Portfoliounternehmen keinen Marktanteil von 30 % oder mehr in der Schweiz in einem Markt haben, (i) welcher der Tätigkeit von iCIMS vor- oder nachgelagert oder benachbart ist, (ii) in den iCIMS einzutreten beabsichtigt oder in den letzten zwei Jahren einzutreten beabsichtigte, (iii) in dem iCIMS geistige Eigentumsrechte besitzt, oder (iv) auf dem iCIMS zwar auf dem relevanten Produktmarkt, nicht aber auf dem geografischen Markt in der Schweiz tätig ist.

12. Gemäss Art. 11 Abs. 3 Bst. a VKU umfasst der relevante Produktmarkt alle Waren oder Leistungen, die einerseits von den Abnehmern und andererseits von den Anbietern hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar angesehen werden.

[1] TA Associates und Vista sind dabei, die Umsätze ihrer Portfoliounternehmen für das Geschäftsjahr 2021 zu erfassen und aufzubereiten, wobei sich diese Daten voraussichtlich nicht wesentlich von den Daten für das Geschäftsjahr 2020 unterscheiden werden.

[2] Meldung, Rz 35 ff.

13. Die WEKO und ihr Sekretariat haben bereits in der Vergangenheit die Märkte für Enterprise Application Software (EAS) und Enterprise Resource Planning (ERP) untersucht[3]. Sie betrachteten dabei den Markt für ERP-Software als einen eigenen sachlich relevanten Markt. Die genaue Marktabgrenzung wurde jedoch offengelassen, da in den jeweiligen Fällen (wie auch hier) keine wettbewerbsrechtlichen Bedenken bestanden.

14. Die geringfügigen Überschneidungen zwischen den jeweiligen Portfoliounternehmen von TA Associates und Vista beziehen sich auf das HCM-Segment[4], in dem die Aktivitäten von iCIMS nach Angaben von Gartner angesiedelt sind.

15. Die genaue Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes kann im vorliegenden Fall offengelassen werden. Die Parteien haben ihre geschätzten Marktanteile in den Segmenten, in denen iCIMS tätig ist, ausgewiesen, sowohl für den enger gefassten Markt für HCM-Software als Teilsegment von ERP-Software als auch für den breiter gefassten Markt für ERP-Software insgesamt. Unabhängig von der genauen Definition des sachlich relevanten Marktes bestehen vor diesem Hintergrund keine Wettbewerbsbedenken (siehe Rz 21 und 22).

16. Im Bereich IT-Dienstleistungen ist die WEKO in ihrer bisherigen Praxis von nationalen Märkten ausgegangen, erwog jedoch, dass der räumlich relevante Markt aufgrund des nachfrageseitigen Verhaltens unter Umständen auch weiter abgegrenzt werden könnte.[5] Im Schlussbericht zur Vorabklärung in Sachen SAP aus dem Jahr 2010 betrachtete das Sekretariat der Wettbewerbskommission den Markt für ERP-Software als nationalen Markt[6]. betonte jedoch ebenfalls, dass es Anzeichen für eine Internationalisierung des Marktes für ERP-Software gebe. Die Europäische Kommission hat bisher der Ansicht vertreten, dass die Märkte für Unternehmenssoftwarelösungen zumindest EWR-weit und möglicherweise weltweit abzugrenzen sind.[7] Da keine wettbewerbsrechtliche Bedenken bestehen, kann im vorliegenden Fall die definitive räumliche Marktabgrenzung offenbleiben.

17. Durch den Zusammenschluss kommt es zu geringen Marktanteilsadditionen bei der Bereitstellung von HCM-Softwarelösungen. In diesem Marktsegment sind sowohl iCIMS als auch vier von TA Associates (mit-)kontrollierte Portfoliounternehmen (Aptean, IFS, Unit4, und Access) sowie zwei von Vista (mit-)kontrollierte Portfoliounternehmen (Aptean und Advanced) tätig.

18. Der gemeinsame Marktanteil der Parteien liegt in diesem Segment allerdings deutlich unter [10-20] %, dies unabhängig davon, ob der sachlich relevante Markt enger (Markt für HCM-Software) oder weiter (Markt für ERP-Software insgesamt) definiert wird: Im engeren Markt für HCM-Software haben die Parteien die folgenden gemeinsamen Marktanteile: weniger als [0-10] % auf dem weltweiten Markt und weniger als [0-10] % auf dem «Schweiz plus EWR»-Markt.[8] Im (weiter gefassten) Markt für ERP-Software bestehen die folgenden gemeinsamen Marktanteile: [0-10] % auf dem weltweiten Markt und [0-10] % auf dem «Schweiz plus EWR»-Markt.[9]

19. Obwohl es angemessener erscheint, den geografischen Markt weiter als national zu betrachten, ist anzumerken, dass die Parteien keine Informationen über Marktanteile in der Schweiz vorgelegt haben. Gemäss den Informationen, die das Sekretariat dem Gartner-Bericht entnommen hat, sind die Marktanteile der beteiligten Unternehmen auf dem Markt für ERP-Software in der Schweiz marginal. Von den Parteien verfügt TA Associates mit [0-10] % über den grössten Marktanteil im Jahr 2020 in der Schweiz. Den grössten Marktanteil auf diesem Markt hat demgegenüber SAP mit [50-60] % im Jahr 2020.

20. Die vorläufige Prüfung ergibt aus den oben 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.

[3] RPW 2010/3, 435 ff. Rz 44, *SAP Wartungspreiserhöhung*; RPW 2017/1, 121 Rz 31 ff., *Computer Sciences Corporation/Hewlett Packard Enterprise Services*; RPW 2021/1, 287 ff. Rz 35, *Arcadia Verlag AG/Post CHF AG/cinfoni AG*.
[4] HCM: Human Capital Management.
[5] RPW 2017/1, 122, Rz 39 f., *Computer Sciences Corporation/Hewlett Packard Enterprise Services*.
[6] RPW 2010/3, 435 ff., Rz 46, *SAP Wartungspreiserhöhung*.
[7] COMP/M.5904 SAP / SYBASE; COMP/M4944 *SAP / Business*; COMP/M.3978 *Oracle / Siebel*.
[8] Meldung, Rz 63.
[9] Meldung, Rz 64.

B 2.3	**8. Sony/Honda/JV**

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

Examen préalable; art. 4 al. 3, art. 10 et art. 32 al. 1 LCart

Esame preliminare; art. 4 cpv. 3, art. 10 e art. 32 cpv. 1 LCart

Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 4. September 2022

Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU vom 6. September 2022

1. Am 8. August 2022 hat die Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Dieses betrifft die gemeinsame Kontrolle über ein Gemeinschaftsunternehmen (nachfolgend: GU) durch die Sony Group Corporation (nachfolgend: Sony) und durch die Honda Motor Co. (nachfolgend: Honda).

2. Sony ist eine mit Hauptsitz in Tokyo (Japan) ansässige, börsenkotierte Gesellschaft, welche weltweit in verschiedenen Geschäftsbereichen tätig ist, darunter Elektronikprodukte (z.B. Audio-, Video-, Fernsehgeräte, Digitalkameras, Camcorder, Smartphones, Tablets, Halbleiter und Elektronikkomponenten), Videospiele (z.B. Spielkonsolen und Software), Unterhaltungsdienstleistungen (z.B. Kinofilme, Fernsehprogramme, Musikaufnahmen und Musikveröffentlichungen) und Finanzdienstleistungen (z.B. Lebensversicherungen und Banken).

3. Honda ist eine mit Hauptsitz in Tokyo (Japan) ansässige, börsenkotierte Gesellschaft, welche weltweit in verschiedenen Geschäftsbereichen tätig ist, darunter Automobile, Motorräder, Finanzdienstleistungen und andere Geschäftstätigkeiten (mit Allzweckmotoren, Schiffsaussenbordmotoren, Generatoren, Wasserpumpen, Rasenmähern, Aufsitzmähern, Robotermähern, Freischneidern, Bodenfräsen, Schneefräsen und Gehhilfen). Im Automobilbereich stellt Honda Fahrzeuge mit Drei-, Vier- oder Sechszylinder-Benzinmotoren, Dieselmotoren, Benzin-Elektro-Hybridsysteme und Benzin-Elektro-Plug-in-Hybridsysteme her. Honda produziert auch andere Fahrzeuge mit alternativem Kraftstoffantrieb, wie batterieelektrische Fahrzeuge (battery electric vehicles, nachfolgend: BEV), Brennstoffzellenfahrzeuge und Fahrzeuge mit flexiblem Kraftstoff. Zu den wichtigsten Automobilprodukten von Honda gehören Personenkraftwagen, leichte Nutzfahrzeuge und Kleinwagen.

4. Laut Angaben von Sony und Honda (nachfolgend: die Parteien) werde das neu zu gründende GU in der ersten Generation […] BEV voraussichtlich im Segment […] entwerfen, entwickeln, produzieren, vermarkten und verkaufen. Der Verkauf von BEV werde voraussichtlich im Jahr 2025 beginnen und das GU werde bis dahin im Europäischen Wirtschaftsraum und der Schweiz (EWR+CH) voraussichtlich keine Umsätze erzielen und keine Geschäftstätigkeiten ausüben. Zudem sei geplant, dass das GU Mobilitätsdienstleistungen anbieten werde.

5. Mit dem Zusammenschlussvorhaben bezwecken die Parteien bei der Entwicklung von BEV des Gemeinschaftsunternehmens von ihren komplementären Kompetenzen und Technologien zu profitieren. Konkret werde Honda seine Expertise in der Mobilitätsentwicklung, der Karosseriefertigung und dem Kundendienstmanagement und Sony seine Fähigkeiten in der Entwicklung und Anwendung von Bildgebungs-, Sensorik-, Telekommunikations-, Netzwerk- und Unterhaltungstechnologien einbringen.

6. Das vorliegende Zusammenschlussvorhaben wurde am 1. Juli 2022 auch bei der Europäischen Kommission angemeldet.[1]

7. Die Parteien beabsichtigen, dass Sony und Honda jeweils eine Beteiligung von 50 % über das neu zu gründende GU erwerben. Hierzu tragen Sony und Honda zu gleichen Teilen eine Kapitalinvestition in der Höhe von […] zum Aktienkapital bei. Der Verwaltungsrat werde paritätisch mit Direktoren durch die Parteien besetzt sein und jede Partei könne strategische Entscheidungen einseitig blockieren. Sony und Honda werden daher die gemeinsame Kontrolle über das GU ausüben.

8. Das GU wird über eine eigene Marktpräsenz verfügen, d.h. es wird als unabhängige Nachfragerin und Anbieterin auf dem Markt auftreten. Das GU wird über ein eigenes Management und ausreichend Ressourcen verfügen, um als unabhängige Marktteilnehmerin tätig zu sein. Es ist zudem auf Dauer angelegt. Demnach sind die Anforderungen an ein Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmen mit dem vorliegenden Zusammenschlussvorhaben erfüllt.[2]

9. Aus den obigen Ausführungen ergibt sich, dass das geplante GU einen Unternehmenszusammenschluss im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG und Art. 2 VKU darstellt.

10. Die Parteien erzielten im letzten Geschäftsjahr insgesamt einen weltweiten Umsatz von über CHF 2 Mrd. und schweizweit jeweils einen solchen von über CHF 100 Mio., womit die Umsatzschwellen gemäss Art. 9 Abs. 1 KG erreicht sind und das vorliegende Zusammenschlussvorhaben meldepflichtig ist.

[1] Case COMP M.10787 - *Sony/Honda/JV*.

[2] Vgl. u.a. RPW 2013/4, 664 Rz 21, *Mediaspectrum, Inc./Publigroupe S.A./xentive sa*; RPW 2016/1, 261 ff. Rz 36, *Tamedia/Tradono Denmark/Tradono Switzerland*.

11. Die nachfolgende Analyse beschränkt sich auf Bereiche, in welchen das GU künftige Aktivitäten in der Schweiz plant und daher die Wettbewerbssituation ändern könnte, sowie die entsprechenden Aktivitäten der Parteien in diesen Bereichen. Konkret handelt es sich um die Bereiche Herstellung und Lieferung von Fahrzeugen und deren Vertrieb auf der Grosshandels- und Retailhandelsstufe.

12. Die WEKO ist in ihrer bisherigen Praxis von einem separaten Markt für die Herstellung und Lieferung von Fahrzeugen ausgegangen.[3] In Bezug auf den Bereich für den Vertrieb von Fahrzeugen ist die WEKO von einem separaten Markt für den Vertrieb von Fahrzeugen auf der Grosshandelsstufe und von einem separaten Markt für den Vertrieb von Fahrzeugen auf der Retailstufe ausgegangen.[4] Auch die Europäische Kommission hat in ihrer bisherigen Praxis zwischen dem Markt für den Grosshandel von Fahrzeugen und dem Markt für den Retailvertrieb von Fahrzeugen unterschieden.[5]

13. Entsprechend der bisherigen Praxis wird vorliegend von einem sachlichen Markt für die Herstellung und Lieferung von Fahrzeugen (ohne Unterteilung in Segmente) ausgegangen, welcher die Fahrzeuge der Segmente[6] Kleinstwagen, Kleinwagen, Mittelklasse, Obere Mittelklasse, Oberklasse, Luxusklasse (oder Sportwagen), SUV und Mehrzweckfahrzeuge sowie leichte Nutzfahrzeuge (LCV) umfasst.[7] Die genaue sachliche Abgrenzung kann offengelassen werden, da dies die Beurteilung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens nicht verändert.

14. In räumlicher Hinsicht ist die WEKO für den sachlichen Markt für die Herstellung und Lieferung von Fahrzeugen sowohl von nationalen Märkten als auch von mindestens EWR+CH weiten Märkten ausgegangen, liess eine genaue räumliche Abgrenzung aber letztlich offen.[8] Für den sachlichen Markt für die Herstellung und Lieferung von Fahrzeugen ist vorliegend in räumlicher Hinsicht von mindestens EWR+CH weiten Märkten (nachfolgend: europaweiten Märkten) auszugehen. Eine genaue räumliche Abgrenzung kann offengelassen werden, da diese das Ergebnis der nachfolgenden Analyse, auch bei einer engeren schweizweiten Abgrenzung, nicht verändert.

15. Entsprechend der bisherigen Praxis wird von einem sachlichen Markt für den Vertrieb von Fahrzeugen auf der Grosshandelsstufe (ohne Unterteilung in Segmente) ausgegangen, welcher die Fahrzeuge der Segmente Kleinstwagen, Kleinwagen, Mittelklasse, Obere Mittelklasse, Oberklasse, Luxusklasse (oder Sportwagen), SUV und Mehrzweckfahrzeuge sowie leichte Nutzfahrzeuge (LCV) umfasst.[9] Die genaue sachliche Abgrenzung kann offengelassen werden, da dies die Beurteilung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens nicht verändert. Zudem wird vorliegend praxisgemäss von einem sachlichen Markt für den Vertrieb von Fahrzeugen auf der Retailstufe unterteilt in die Segmente Kleinstwagen, Kleinwagen, Mittelklasse, Obere Mittelklasse, Oberklasse, Luxusklasse (oder Sportwagen), SUV und Mehrzweckfahrzeuge sowie leichte Nutzfahrzeuge (LCV) ausgegangen.[10] Die genaue sachliche Abgrenzung, insbesondere die Frage, ob die Segmente anders zu definieren sind, kann offengelassen werden, da dies die Beurteilung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens nicht verändert.

16. Entsprechend der bisherigen Praxis der WEKO ist für den sachlichen Markt für den Vertrieb von Fahrzeugen auf der Grosshandelsstufe und den sachlichen Markt für den Vertrieb von Fahrzeugen auf der Retailstufe in räumlicher Hinsicht von einem schweizweiten Markt auszugehen.[11] Eine genaue räumliche Abgrenzung kann offengelassen werden, da diese das Ergebnis der nachfolgenden Analyse nicht verändert.

17. Bisher ist lediglich Honda in der Schweiz auf dem Markt für die Herstellung und Lieferung von Fahrzeugen, dem Markt für den Vertrieb von Fahrzeugen auf der Grosshandelsstufe und dem Markt für den Vertrieb von Fahrzeugen auf der Retailstufe tätig. Das GU plant, BEV voraussichtlich im Segment […] herzustellen und zu vertreiben (vgl. Rz 4).

18. Der nachfolgenden Tabelle 1 sind die Marktanteile der Parteien auf dem Markt für die Herstellung und Lieferung von Fahrzeugen zu entnehmen.

Tabelle 1: Marktanteile Herstellung und Lieferung – EWR+CH

Marktanteile Herstellung und Lieferung (2021, EWR+CH)			
	Honda	**Sony**	**GU**
Personenwagen und leichte NFZ	[0–10] %	0.0 %	0.0 %

Legende: NFZ=Nutzfahrzeuge; Quelle: Angaben und Schätzungen der Parteien.

[3] Vgl. u.a. RPW 2020/4b, 1907 Rz 12, *Fiat Chrysler Automobiles N.V./Peugeot S.A*.
[4] Vgl. u.a. RPW 2019/1, 148 Rz 12 und Rz 15, *AMAG Import AG/ASAG-Betriebsaktivitäten*.
[5] Vgl. u.a. Case COMP M.2832, Rz 17 *General Motors/Daewoo*; Case COMP M.7747, Rz 11 ff., *PGA/MSA*; Case COMP M.6718, Rz 11, *TTC/CFAO*; Case COMP M.1825, Rz 9, *Suzuki Motor/Suzuki KG/FAFIN*; Case COMP M.182, Rz 8, *Inchape/TKM*; Case COMP M.1452, Rz 10, *Ford/Volvo*; Case COMP M.5709, Rz 10 *Volkswagen/Mahag*.
[6] Vgl. u.a. RPW 2020/4b, 1907 Rz 12, *Fiat Chrysler Automobiles N.V./Peugeot S.A*; RPW 2020/1, 260 Rz 13 f., *Daimler/Geely/smart Automobile*.
[7] Vgl. u.a. RPW 2020/1, 260 Rz 15, *Daimler/Geely/smart Automobile*.
[8] RPW 2017/4, 569 Rz 27, *Peugeot SA/Opel*, RPW 2020/1, 260 Rz 17, *Daimler/Geely/smart Automobile*; RPW 2020/4b, 1907 Rz 13, *Fiat Chrysler Automobiles N.V./Peugeot S.A*.
[9] Vgl. u.a. RPW 2021/4, 910 Rz 9, *Bersan/FCA Switzerland*; RPW 2022/1, 270 Rz 9, *Bersan/NCE Betriebsaktivitäten*.
[10] Vgl. u.a. RPW 2020/1, 260 Rz 13, *Daimler/Geely/smart Automobile*.
[11] Vgl. RPW 2019/1, 149 Rz 22, *AMAG Import AG/ASAG-Betriebsaktivitäten*; RPW 2017/4, 570 Rz 31, *Peugeot SA/Opel*; RPW 2020/1, 260 Rz 16, *Daimler/Geely/smart Automobile*.

19. Der nachfolgenden Tabelle 2 sind die Marktanteile der Parteien auf dem Markt für den Vertrieb von Fahrzeugen auf der Grosshandelsstufe zu entnehmen.

Tabelle 2: Marktanteile Vertrieb Grosshandelsstufe – Schweiz

Marktanteile Vertrieb Grosshandelsstufe (2021, Schweiz)			
	Honda	**Sony**	**GU**
Personenwagen und leichte NFZ	[0–10] %	0.0 %	0.0 %

Legende: NFZ=Nutzfahrzeuge; Quelle: Angaben und Schätzungen der Parteien.

20. Der nachfolgenden Tabelle 3 sind die hypothetischen Marktanteile der Parteien auf dem Markt für den Vertrieb von Fahrzeugen auf der Grosshandelsstufe bei einer Unterteilung in Segmente zu entnehmen.

Tabelle 3: Marktanteile Vertrieb Grosshandelsstufe (nach Segmenten) – Schweiz

Marktanteile Vertrieb Grosshandelsstufe (2021, Schweiz, segmentbezogen)			
Segment	**Honda**	**Sony**	**GU**
Kleinstwagen	0.0 %	0.0 %	0.0 %
Kleinwagen	[0–10] %	0.0 %	0.0 %
Mittelklasse	[0–10] %	0.0 %	0.0 %
Obere Mittelklasse	0.0 %	0.0 %	0.0 %
Oberklasse	0.0 %	0.0 %	0.0 %
Luxusklasse (oder Sportwagen)	[0–10] %	0.0 %	0.0 %
Mehrzweckfahrzeuge	0.0 %	0.0 %	0.0 %
SUV (Geländewagen)	[0–10] %	0.0 %	0.0 %
LCV	0.0 %	0.0 %	0.0 %

Legende: LCV = leichte Nutzfahrzeuge; Quelle: Angaben und Schätzungen der Parteien.

21. Der nachfolgenden Tabelle 4 sind die Marktanteile der Parteien auf dem Markt für den Vertrieb von Fahrzeugen auf der Retailstufe in den einzelnen Marktsegmenten zu entnehmen.

Tabelle 4: Marktanteile Vertrieb Retailstufe (nach Segmenten) – Schweiz

Marktanteile Vertrieb Retailstufe (2021, Schweiz, segmentbezogen)			
Segment	**Honda**	**Sony**	**GU**
Kleinstwagen	0.0 %	0.0 %	0.0 %
Kleinwagen	[0–10] %	0.0 %	0.0 %
Mittelklasse	[0–10] %	0.0 %	0.0 %
Obere Mittelklasse	0.0 %	0.0 %	0.0 %
Oberklasse	0.0 %	0.0 %	0.0 %
Luxusklasse (oder Sportwagen)	[0–10] %	0.0 %	0.0 %
Mehrzweckfahrzeuge	0.0 %	0.0 %	0.0 %
SUV (Geländewagen)	[0–10] %	0.0 %	0.0 %
LCV	0.0 %	0.0 %	0.0 %

Legende: LCV = leichte Nutzfahrzeuge; Quelle: Angaben und Schätzungen der Parteien.

22. Damit führt das Zusammenschlussvorhaben zu keinen betroffenen Märkten und zu keinen wettbewerbsrechtlichen Bedenken.

23. 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	**9. CSL Limited/Vifor Pharma 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

Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 23. Mai 2022

Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU vom 31. Mai 2022

1. Am 26. April 2022 hat die Wettbewerbskommission (nachfolgend WEKO) die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Danach beabsichtigt die CSL Limited die alleinige Kontrolle über die Vifor Pharma AG zu erlangen.

2. **CSL Limited** (nachfolgend: **CSL**) ist eine nach australischem Recht errichtete Company limited by Shares mit Sitz in Melbourne. Die Aktien von CSL sind an der Australian Securities Exchange (ASX) notiert und gehandelt. CSL ist ein weltweit tätiges Biotechnologieunternehmen, das Arzneimittel zur Behandlung von Menschen mit seltenen und schweren Krankheiten entwickelt und vertreibt. Über die **CSL Behring AG** – eine ihrer beiden Geschäftspartner – verfügt CSL über ein Portfolio lebensrettender Arzneimittel, unter anderem zur Behandlung von Hämophilie und Immunschwäche.

3. **CSL Behring AG** (nachfolgend: **CSL Behring**) ist eine nach Schweizer Recht konstituierte und bestehende Gesellschaft mit Sitz in Bern und ist die Tochtergesellschaft von CSL. Die Geschäftstätigkeit von CSL Behring umfasst Forschung, Entwicklung, Herstellung, Vertrieb, Marketing und Verkauf von pharmazeutischen Produkten. CSL Behring ist die wichtigste operative Einheit in der Schweiz. Sie betreibt den Produktionsstandort in Bern und nimmt Unternehmensfunktionen wahr, darunter Forschung und Entwicklung, Produktion, Verwaltung, Marketing und Vertrieb. Die Aktivitäten von CSL Behring konzentrieren sich auf fünf Therapiebereiche: Immunologie, Hämatologie, Herz-Kreislauf- und Stoffwechselkrankheiten, Atemwegserkrankungen und Transplantationstherapie. CSL Behring erwirtschaftet mehr als 80% des Gesamtumsatzes von CSL und ist in mehr als 100 Ländern tätig.

4. **Vifor Pharma AG** (nachfolgend: **Vifor Pharma**) ist eine nach Schweizer Recht konstituierte Aktiengesellschaft mit Sitz in St. Gallen. Die Aktien von Vifor Pharma AG sind an der SIX Swiss Exchange (SIX) kotiert. Vifor ist ein weltweit tätiges Pharmaunternehmen, das Arzneimittel und innovative Behandlungslösungen für Patienten mit schweren und chronischen Krankheiten entwickelt und vermarktet. Vifor ist hauptsächlich in den drei therapeutischen Bereichen Eisenmangel, Nephrologie und kardio-renale Therapien tätig.

5. CSL ist das die Kontrolle erwerbende Unternehmen. Konkret wird CSL Behring die Aktien der Vifor Pharma AG im Rahm6en des öffentlichen Übernahmeangebots[1] erwerben.[2] CSL hält indirekt 100 % der Aktien der CSL Behring. Nach Abschluss der Übernahme der Aktien, wird CSL indirekt mind. 94 % der Aktien halten.[3] Dabei handelt es sich um einen Erwerb der Kontrolle im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG[4] i.V.m. Art. 1 VKU[5]. [6]

6. Der Zusammenschluss wurde der Europäischen Kommission am 26. April 2022 gemeldet. Des Weiteren wurde der Zusammenschluss auch in Russland, in Saudi Arabien, der Türkei und den USA, sowie in Australien (im Rahmen einer freiwilligen Meldung) gemeldet. Bis zum 16. Juni 2022 ist die fusionskontrollrechtliche Freigabe mit Ausnahme der USA in allen Jurisdiktionen erfolgt.

[1] Mit Verfügung vom 14. Januar 2022 hat die Übernahmekommission festgestellt, dass das öffentliche Kaufangebot von CSL Behring AG an die Aktionäre von Vifor Pharma AG den gesetzlichen Bestimmungen über öffentliche Kaufangebote entspricht (Übernahmekommission (takeover.ch)). Zuletzt besucht am 27. April 2022.

[2] Das Angebot unterliegt den in der Transaktionsvereinbarung festgelegten Bedingungen. Insbesondere unterliegt das Angebot einer Mindestandienungsquote von 80 % auf der Basis des vollständig verwässerten Aktienkapitals von Vifor Pharma. Die grösste Aktionärin von Vifor Pharma, die Patinex AG, die per 14. Dezember 2021 23.2 % aller Vifor Pharma Aktien hielt, hat mit CSL eine Andienungsvereinbarung unterzeichnet, wonach Patinex sich verpflichtet hat, ihre Aktien anzudienen. Der Verwaltungsrat von Vifor Pharma hat einstimmig beschlossen, das Angebot den Inhabern von Vifor Pharma Aktien zur Annahme zu empfehlen. Bis zum Ende der Angebotsfrist betrug die Andienungsquote rund 74 %. Da die Mindestandienungsquote von 80 % gemäss Ziffer B.7(1)(a) des Angebotsprospekts per Ende der Angebotsfrist am 2. März 2022 nicht erreicht wurde, hat CSL auf diese Angebotsbedingung verzichtet. In der Folge hat CSL das Angebot als zustande gekommen erklärt. Die Nachfrist von 10 Börsentagen begann am 9. März 2022 und endete am 22. März 2022. Per Ende der Nachfrist wurden gemäss provisorischer Meldung des Endergebnisses rund 94 % aller Vifor Aktien, auf die sich das Angebot per Ende der Nachfrist erstreckt, angedient.

[3] Für den Fall, dass CSL und ihre direkten und indirekten Tochtergesellschaften nach dem Vollzug zwischen 90 % und 98 % der Stimmrechte von Vifor Pharma halten, beabsichtigt die Anbieterin, Vifor mit einer von CSL direkt oder indirekt kontrollierten Gesellschaft zu fusionieren, wobei die verbliebenen Publikumsinhaber von Vifor Pharma Aktien eine Abfindung in bar oder in anderer Form erhalten würden, aber keine Anteile an der übernehmenden Gesellschaft.
Für den Fall, dass CSL und ihre direkten und indirekten Tochtergesellschaften (einschliesslich der Anbieterin) nach dem Vollzug mehr als 98 % der Stimmrechte von Vifor Pharma halten, beabsichtigt die Anbieterin, die Kraftloserklärung der im Publikum verbliebenen Vifor Pharma Aktien zu beantragen (Art. 137 Bundesgesetz über die Finanzmarktinfrastrukturen und das Marktverhalten im Effekten- und Derivatehandel, Finanzmarktinfrastrukturgesetz, FinfraG; SR 958.1).

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

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

[6] Die CSL wird während der Angebotsfrist keine Kontrolle über Vifor Pharma erlangen. Die Andienung von Aktien in das Angebot während der Angebotsfrist (Verpflichtungsgeschäft) führt nicht zu einer Übertragung des Eigentums an den jeweiligen Aktien. CSL erwirbt die Kontrolle erst mit dem Vollzug des Angebots, d.h., wenn das Eigentum an den angedienten Vifor Pharma Aktien gegen Zahlung des Angebotspreises auf CSL übertragen wird (Verfügungsgeschäft). Der Vollzug des Angebots (und damit der Erwerb der Kontrolle durch CSL) unterliegt den üblichen Angebotsbedingungen und wird erst nach Erhalt aller behördlichen Genehmigungen erfolgen.

7. Gemäss Meldung biete Vifor Pharma Zugang zu neuen Anwendungsgebieten in den Bereichen Nierenerkrankungen und Eisenmangel mit Wachstumschancen in jedem dieser Bereiche. Für Vifor Pharma biete das Zusammenschlussvorhaben eine strategische Gelegenheit, künftige Marktchancen zu optimieren und Mehrwert für alle Anspruchsgruppen zu schaffen. Die globale Reichweite, die Forschungs- und Entwicklungskapazitäten (F&E) und die Ressourcen von CSL würden es Vifor Pharma zudem ermöglichen, das Wachstum in seinem Kerngeschäft im Bereich Eisenmangel zu beschleunigen.

8. Die nachfolgende Tabelle zeigt, dass die Schwellenwerte gemäss Art. 9 Abs. 1 Bst. a und Bst. b KG *in casu* überschritten sind und das Zusammenschlussvorhaben somit meldepflichtig ist.

9. Tabelle 1: Umsätze im Geschäftsjahr 2020/2021 der CSL und Umsätze im Geschäftsjahr 2020 der Vifor Pharma

Beteiligtes Unternehmen	Weltweiter Umsatz in Mio. CHF	Schweizweiter Umsatz in Mio. CHF
CSL	[…]	[…]
Vifor Pharma	[…]	[…]
Total	**[…]**	**[…]**

Quelle: Angaben der Parteien.

10. 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).

Sachlich relevante Märkte

11. 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.

12. 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).

13. Arzneimittel können gemäss der ATC-Klassifikation (Anatomical Therapeutic Chemical Classification) eingeordnet werden. Die ATC-Klassifikation ist ein fünfstufiges Klassifikationssystem für Arzneimittel und wird zur Angabe von Indikationen verwendet. Die erste Stufe gibt die generellen therapeutischen Gruppen wieder. In den höheren Stufen (2, 3, 4 und 5) werden diese Therapiegruppen nach medizinischen Kriterien weiter aufgegliedert (Stufe 1 = anatomische Hauptgruppe, Stufe 2 = therapeutische Hauptgruppe, Stufe 3 = pharmakologische Hauptgruppe, Stufe 4 = chemischtherapeutische Untergruppe, Stufe 5 = Wirkstoff). Durch den hierarchischen Aufbau bietet dieses Klassifikationssystem die Möglichkeit, Arzneimittel differenziert zu betrachten. Ähnliche Stoffe lassen sich je nach Fragestellung sinnvoll zu Gruppen zusammenfassen. Arzneimittel derselben höheren Stufe sind in der Regel engere Substitute als diejenigen auf einer tieferen Stufe. Von den fünf ATC-Klassifikationsstufen ist die erste Stufe (ATC-1) die allgemeinste und die fünfte Stufe (ATC-5) die detailliertest.

14. Die ATC-Klassifikation wird von der World Health Organisation (WHO) anerkannt und wird sowohl von der WEKO als auch von der EU-Kommission angewandt.

15. Für die Abgrenzung der einzelnen sachlich relevanten Produktmärkte wird den therapeutischen Klassen der ATC-Klassifikation (vorwiegend) der Stufe 3 gefolgt. Es kann davon ausgegangen werden, dass die Medikamente innerhalb der höheren ATC-Klassen funktional austauschbar sind, selbst wenn sie den Wirkstoffeinteilungen innerhalb der therapeutischen Gruppen des Arzneimittelkompendiums nicht immer entsprechen. Es kann jedoch sinnvoll sein, Analysen auf anderen Stufen der ATC-Klassifikation durchzuführen (insbesondere ATC – 4 oder ATC - 5). So kann es sich beispielsweise aufdrängen, bestimmte Gruppen zusammenzufassen. Dies ist insbesondere dann angebracht, wenn bestimmte Produkte aus verschiedenen ATC-Klassen Substitute für die Behandlung einer spezifischen Krankheit darstellen.

16. Es können indes zusätzliche, nachfrageseitige Kriterien zur Marktabgrenzung beigezogen werden, etwa die Unterscheidung in rezeptpflichtige und nicht rezeptpflichtige oder kassenpflichtige (gemäss Spezialitätenliste) und nicht kassenpflichtige Arzneimittel.[7]

[7] RPW 2011/4, 659 f., Rz 50 ff., *Galenica/Fresenius Medical Care*; RPW 2009/4, 351, Rz 25 ff., *Pfizer/Wyeth*; RPW 2004/3, 816, Rz 19, *Sanofi-Synthélabo SA/Aventis SA*; KOMM, COMP Co IV/M.495, Rz 14, *Behringwerke AG / Armour Pharmaceutical*.

17. Nachfolgend wird nur auf diejenigen pharmazeutischen Produkte eingegangen, welche vom Zusammenschluss betroffen sind. Von Seiten Vifor sind dies *Eisenpräparate*, *Östrogene* und *Progesterone*. Auf Seite von CSL handelt es sich um aus *Plasma gewonnene Präparate*.

Produkte von Vifor Pharma zur Behandlung von Eisenmangel

18. Vifor stellt die Eisenpräpate Ferinject (intravenös verabreicht), Venofer (intravenös verabreicht), Maltofer (orales Präparat) und Ferrum Hausmann (orales Präparat) her.

19. Im Entscheid Galenica/Fresenius Medical Care[8] hat die WEKO festgestellt, dass Eisenpräparate auf der ACT-Stufe 3 zur Klasse B3A ("HAEMATINICS, IRON AND ALL COMBINATIONS") gehören. Das Element Eisen ist ein wichtiges Spurenelement im menschlichen Körper. Der Sauerstofftransport, die Sauerstoffaufnahme, Zellfunktionen und letztlich der gesamte Energiestoffwechsel sind von einem ausreichenden Eisenangebot abhängig. Bei Eisenmangel können Blutarmut, Abwehrschwäche, starke Müdigkeitserscheinungen, Konzentrationsschwäche sowie Sehstörungen auftreten. Die Eisenmangelanämie ist heutzutage die weltweit häufigste Mangelerkrankung. Zur Behandlung können oral und intravenös einzunehmende Eisenpräparate eingesetzt werden. Die WEKO tendierte dazu, dass zumindest für Dialyse- und Nierenpatienten orale Eisenpräparate im Allgemeinen keine Substitute für intravenöse Eisenpräparate darstellen, liess die Definition des sachlich relevanten Marktes letztlich offen.

20. Auch vorliegend kann die genaue Definition des sachlich relevanten Marktes offen gelassen werden, da – wie nachfolgend gezeigt wird (vgl. Rz 33 ff.) – selbst bei einer Unterteilung des sachlich relevanten Marktes auf Stufe ATC-3 B3A in intravenös verabreichte Eisenpräparate einerseits und einer Unterteilung in oral verabreichte Eisenpräparate andererseits keine Anhaltspunkte bestehen, wonach der Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung von Vifor Pharma im Bereich Eisenpräparate in der Schweiz verstärkt.

Von Vifor Pharma vertriebene Produkte Dritter: Östrogene

21. Die WEKO hat sich bisher nicht mit Östrogenprodukten auseinandergesetzt. Die EU-Kommission hielt im Entscheid Mylan/Meda eine auf Östrogenprodukte der ATC-3-Klasse beschränkte Marktdefinition für wahrscheinlich, liess die sachliche Marktdefinition aber letztlich offen.[9]

22. Im Sinne einer Arbeitshypothese wird für dieses Zusammenschlussvorhaben für Östrogenprodukte auf die ATC-3-Klasse G3C abgestützt.

Von Vifor Pharma vertriebene Produkte Dritter: Progestogene

23. Die WEKO hat sich bisher nicht mit Progestogenpräparaten beschäftigt. Die Europäische Kommission befasste sich in ihrer Entscheidung Monsanto/Pharmacia & Upjohn mit dem Markt für Progestogene (auch als Gestagene bezeichnet). Die Marktuntersuchung ergab, dass die ATC-3-Stufe für die Definition des Marktes geeignet ist.[10] Die ATC-3-Klasse G3D besteht aus Progestogen-Ersatzprodukten, die zur Behandlung von Dysmenorrhoe, Menorrhagie, Endometriose, Unfruchtbarkeit, Menopause, PMS, Wochenbettdepression und Brustkrebs eingesetzt werden.

24. Im Sinne einer Arbeitshypothese wird für dieses Zusammenschlussvorhaben für Progestogen-Präparate auf die ATC-3-Klasse G3D abgestützt.

Immunologie: Aus Plasma gewonnene Produkte von CSL (Privigen, Hizentra und Albumin)

25. Gemäss Art. 4 Abs. 1 HMG[11] gelten Blut und Blutprodukte ebenfalls als Arzneimittel. Daher kann die ATC-Klassifikation als Ausgangspunkt für die Abgrenzung der sachlich relevanten Märkte herangezogen werden.

26. Die WEKO hat sich bisher nicht mit Plasmaprodukten auseinandergesetzt. Die Europäische Kommission kam bei der Betrachtung der Märkte für Plasmaprodukte zum Schluss, dass diese aufgrund ihrer besonderen Merkmale in Bezug auf Gewinnung, Herstellung und Verwendung für den Arzneimittelbereich ungewöhnlich seien.[12] Die Europäische Kommission stellte fest, dass Plasmaprodukte aus menschlichem Plasma, einem der Bestandteile von Vollblut, durch Fraktionierung gewonnen werden und von einer staatlichen Behörde zugelassen werden müssen.[13] In einer ihrer früheren Marktdefinitionen hat die Europäische Kommission die Verwendung der vierten und fünften Stufe der ATC-Klassifikation erwogen. So hat die Europäische Kommission in ihrer Entscheidung Behringwerke AG/Armour Pharmaceuticals Co. getrennte Produktmärkte für Humanalbumin und intravenöses Immunglobulin in Betracht gezogen.[14]

27. Die UK Competition and Markets Authority (CMA) folgte dem Ansatz der Europäischen Kommission und orientierte sich an getrennten Märkte für intravenöse Immunglobuline und Albumin[15]:

- Immunglobuline sind schützende Antikörper, die der Körper produziert, um eindringende Viren oder Bakterien zu bekämpfen. Unspezifische Immunglobuline enthalten eine breite Palette von Antikörpern und werden Patienten verabreicht, die keine eigenen Antikörper bilden können.[16]

[8] RPW 2011/4, 660, Rz 59 ff., *Galenica/Fresenius Medical Care*.
[9] KOMM, Case COMP/M.7975 – *Mylan/Meda*, Rz 383.
[10] KOMM, Case COMP/M.1835 – *Monsanto/Pharmacia & Upjohn*, Rz 35.
[11] Bundesgesetz vom 15. Dezember 2000 über Arzneimittel und Medizinprodukte (Heilmittelgesetz, HMG; SR 812.21).
[12] KOMM, COMP IV/M.821 – Baxter / Immuno, Rz 6.
[13] KOMM, COMP Co IV/M.495 – *Behringwerke AG / Armour Pharmaceutical*, Rz 15.
[14] KOMM, COMP Co IV/M.495 – *Behringwerke AG / Armour Pharmaceutical*, Rz 14 und Rz 16.
[15] CMA Case No. ME/6711/17, Rz. 4, *Tiancheng International Investment Limited/Biotest AG*.
[16] CMA Case No. ME/6711/17, Rz. 30, *Tiancheng International Investment Limited/Biotest AG*.

- Albumin ist das am häufigsten vorkommende Protein im Blutplasma. Nach Angaben der CMA hätten die Antworten zum Zusammenschluss bestätigt, dass Albumin eine Handelsware (commodity) ist. Dies bedeutet, dass es sich bei Albumin um weitgehend standardisierte und homogene Produkte handelt, die unabhängig vom Hersteller austauschbar sind. Daher kann grundsätzlich jede Marke für die Behandlung jedes Patienten verwendet werden.[17]

28. Gemäss Meldung stelle bei den Immunglobulinen gemäss klinischer Praxis die ATC-4-Klassifikation die engste denkbare Marktdefinition dar.

29. Die Parteien schlagen dementsprechend vor, für die sachliche Marktabgrenzung bei den Immunglobulinen Privigen und Hizentra auf die ATC-4-Klassifikation abzustellen. Bei Albumin schlagen sie vor, für die sachliche Marktabgrenzung auf ATC-5-Klassifikation abzustellen.

30. Für die Analyse dieses Zusammenschlussvorhabens wird im Sinne einer Arbeitshypothese für die Immunglobuline Privigen und Hizentra auf eine Betrachtung eines sachlich relevanten Marktes gemäss ATC-4-Klassifikaiton J6BA abgestützt. Dabei kann nicht ausgeschlossen werden, dass künftig auf ATC-5-Klassifikation oder noch zwischen intravenös und subkutan verabreichten Immunglobulinen unterschieden werden müsste. Für Albumin wird auf die ATC-5-Klassifikation B5AA1 abgestellt.

Räumlich relevanter 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. Gemäss ständiger Praxis der WEKO ist bei Arzneimitteln von einem nationalen Markt auszugehen.[18] Es gibt vorliegend keinen Grund von dieser Praxis abzuweichen.

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.

Eisenpräparate

Tabelle 1: (ATC-3 Klasse B3A): Geschätzte Marktanteile Schweiz 2019-2021 für intravenöse und orale Eisenpräparate zusammen

Hersteller	Produkt	2019		2020		2021	
		Umsatz in Mio. CHF	Marktanteil (%)	Umsatz in Mio. CHF	Marktanteil (%)	Umsatz in Mio. CHF	Marktanteil (%)
CSL	–	–	–	–	–	–	
Vifor Pharma	Ferinject	[…]	[80-90]%	[…]	[80-90]%	[…]	[80-90]%
	Ferrum Hausmann	[…]	[0-10]%	[…]	[0-10]%	[…]	[0-10]%
	Maltofer / Maltofer Fol	[…]	[0-10]%	[…]	[0-10]%	[…]	[0-10]%
	Venofer	[…]	[0-10]%	[…]	[0-10]%	[…]	[0-10]%
Pierre Fabre Pharma SA	Monofer	[…]	[0-10]%	[…]	[0-10]%	[…]	[0-10]%
	Tardyferon / Gyno Tardyferon	[…]	[0-10]%	[…]	[0-10]%	[…]	[0-10]%
Andere	–	[…]	[0-10]%	[…]	[0-10]%	[…]	[0-10]%
Gesamter Markt	**–**	**[…]**	**100%**	**[…]**	**100%**	**[…]**	**100.0%**

Quelle: IQVIA National Sales Data.

[17] CMA Case No. ME/6711/17, Rz. 49, *Tiancheng International Investment Limited/Biotest AG*.
[18] RPW 2011/4, 659 f., Rz 50 ff., *Galenica/Fresenius Medical Care*; RPW 2009/4, 351, Rz 25 ff., *Pfizer/Wyeth*; RPW 2003/2, 314 ff.

Tabelle 2: (ATC-3 Klasse B3A): Geschätzte Marktanteile Schweiz 2021 für intravenöse und orale Eisenpräparate getrennt

Hersteller	Produkt	i.v. Eisenpräparate		Orale Eisenpräparate	
		Umsatz in Mio. CHF	Markt-anteil (%)	Umsatz in Mio. CHF	Markt-anteil (%)
CSL	–	–	–	–	–
Vifor Pharma	Ferinject Ferrum Hausmann Maltofer / Maltofer Fol Venofer	[…] – – […]	[90-100]% – – [0-10]%	– […] […] –	– [0-10]% [50-60]% –
Pierre Fabre Pharma SA	Monofer Tardyferon / Gyno Tardyferon	[…] –	[0-10]% –	– […]	– [20-30]%
Andere	–	–	–	[…]	[10-20]%
Gesamter Markt	**–**	**[…]**	**100%**	**[…]**	**100%**

Quelle: IQVIA National Sales Data.

34. Aufgrund der in den beiden Tabellen aufgeführten Marktanteile der Vifor Pharma sowie der nachfolgenden Ausführungen wird im Rahmen der vorläufigen Prüfung davon ausgegangen, dass Vifor Pharma, unabhängig von der Frage, ob orale bzw. intravenös verabreichte Eisenpräparate dem gleichen oder verschiedenen Märkten zugeordnet werden, über eine höchstwahrscheinlich marktbeherrschende Stellung in der Schweiz verfügt.

35. In den Jahren 2019-2021 hielt Vifor Pharma in der Schweiz im Bereich **orale und intravenöse Eisenpräparate zusammen** einen Marktanteil zwischen [90-100] %,-[90-100] %. Vifor Pharma ist damit bereits bei der weiteren Marktabgrenzung höchstwahrscheinlich marktbeherrschend.

36. Auf Vifor Pharma entfiel bereits im Jahre 2008 auf **orale und intravenöse Eisenpräparate zusammen** ein Marktanteil von [80-90%]. In den Jahren 2009 und 2010 hielt Vifor Pharma jeweils einen Marktanteil von [90-100 %].[19] Dies zeigt, dass Vifor Pharma seit über 10 Jahren im Bereich Eisenpräparate (intravenös und oral zusammen) höchstwahrscheinlich über eine marktbeherrschende Stellung verfügt und die aktuell angegebenen Marktanteile für den weiteren Markt plausibel sind (vgl. Rz 35).

37. Bis 2019 war die Vifor Pharma das einzige Unternehmen in der Schweiz, welches intravenöse Eisenpräparaten vermarktete und hatte demensprechend bei der engeren Marktabgrenzung (**intravenöse Eisenpräparate**) 100 % Marktanteil.[20] Im Dezember 2019 wurde in der Schweiz das intravenöse Eisenpräparat Monofer von der Pierre Fabre Pharma SA zugelassen.[21] Damit ist der Marktanteil von Vifor Pharma mit den intravenösen Eisenpräparaten Ferinject und Venofer leicht zu Gunsten von Monofer gesunken. Dabei entfielen auf Vifor Pharma [90-100] % Marktanteil, auf Pierre Fabre Pharma SA [0-10] %.

38. Da CSL im Markt für Eisenpräparate nicht tätig ist, kommt es jedoch durch den Zusammenschluss zu keinen Marktanteilsadditionen. Überdies hat CSL im Bereich Eisenpräparate auch keine Produkte in der Pipeline. Des Weiteren bestätigen die Parteien, dass CSL weder auf dem vor- oder nachgelagerten Markt noch auf einem benachbarten Markt tätig ist.

39. Zusammenfassend kann damit festgehalten werden, dass im Bereich Eisenpräparate durch den Zusammenschluss keine marktbeherrschende Stellung verstärkt wird.

[19] RPW 2011/4, 659 f., Rz 50 ff., *Galenica/Fresenius Medical Care*.
[20] RPW 2011/4, 662, Rz 70 Abb. 7 und Rz 73, *Galenica/Fresenius Medical Care*.
[21] Vgl. https://compendium.ch/product/1423093-monfer-inj,inf-prap-100-mg-ml; https://compendium.ch/product/1423094-monofer-inj-inf-prap-500-mg-5ml; https://compendium.ch/ product/1423095-monofer-inj-inf-prap-1000-mg-10ml.

Östrogene

Tabelle 3: (ATC-3 Klasse G3C): Geschätzte Marktanteile Schweiz 2019-2021

Hersteller	Produkt	2019		2020		2021	
		Umsatz in Mio. CHF	Marktanteil (%)	Umsatz in Mio. CHF	Marktanteil (%)	Umsatz in Mio. CHF	Marktanteil (%)
CSL	–	–	–	–	–	–	–
Vifor Pharma	Oestrogel	[…]	[30-40]%	[…]	[30-40]%	[…]	[30-40]%
Novartis Pharma Schweiz AG	Estradot TTS	[…]	[40-50]%	[…]	[40-50]%	[…]	[40-50]%
Novo Nordisk Pharma AG	Estrofem	[…]	[10-20]%	[…]	[10-20]%	[…]	[10-20]%
Orion Pharma AG	Divigel	[…]	[10-20]	[…]	[0-10]%	[…]	[0-10]%
Bayer (Schweiz) AG	Progynova	[…]	[0-10]%	[…]	[0-10]%	[…]	[0-10]%
Mylan Pharma GmbH	Femoston Mono	[…]	[0-10]%	[…]	[0-10]%	[…]	[0-10]%
Andere	–	[…]	[0-10]%	[…]	[0-10]%	[…]	[0-10]%
Gesamter Markt	**–**	**[…]**	**100%**	**[…]**	**100%**	**[…]**	**100%**

Quelle: IQVIA National Sales Data.

40. Vifor Pharma vertreibt in der Schweiz das Östrogenpräparat Oestrogel und hielt 2021 damit einen Marktanteil von [30-40] %. Mit der Novartis Pharma Schweiz AG gibt es jedoch eine Konkurrentin, welche mit dem Produkt Estradot TTS in der Schweiz mit [40-50] % Marktanteil höhere Marktanteile hält. Des Weiteren existieren in diesem Bereich genügend andere Konkurrenten.

41. Überdies ist CSL in diesem Bereich nicht tätig, so dass es zu keinen Marktanteilsadditionen kommt. CSL hat auch keine Produkte in der Pipeline im Bereich Östrogene. Ausserdem bestätigen die Parteien, dass CSL auch nicht auf einem vor- oder nachgelagerten Markt oder einem benachbarten Markt tätig ist.

42. Zusammenfassend kann damit festgehalten werden, dass im Bereich Östrogenpräparat durch den Zusammenschluss weder eine marktbeherrschende Stellung begründet noch verstärkt wird.

Progestogene

Tabelle 4: (ATC-3 Klasse G3D): Geschätzte Marktanteile Schweiz 2019-2021

Hersteller	Produkt	2019		2020		2021	
		Umsatz in Mio. CHF	Marktanteil (%)	Umsatz in Mio. CHF	Marktanteil (%)	Umsatz in Mio. CHF	Marktanteil (%)
CSL	–	–	–	–	–	–	–
Vifor Pharma	Progestogel Utrogestan	[…] […]	[0-10]% [30-40]%	[…] […]	[0-10]% [30-40]%	[…] […]	[0-10]% [30-40]%
Bayer (Schweiz) AG	Visanne	[…]	[40-50]%	[…]	[30-40]%	[…]	[30-40]%
Berlis AG	Visanette	[…]	[0-10]%	[…]	[0-10]%	[…]	[10-20]%
IBSA Institut Biochimique SA	Protulex	[…]	[0-10]%	[…]	[0-10]%	[…]	[0-10]%
Mepha Pharma AG	Dienogest-Mepha	[…]	[0-10]%	[…]	[0-10]%	[…]	[0-10]%
Mylan Pharma GmbH	Duphaston	[…]	[0-10]%	[…]	[0-10]%	[…]	[0-10]%
Merck (Schweiz) AG	Crinone	[…]	[0-10]%	[…]	[0-10]%	[…]	[0-10]%
Bayer Schweiz AG	Primolut N	[…]	[0-10]%	[…]	[0-10]%	[…]	[0-10]%
Mepha Pharma AG	Dienogest Spirit HC	[…]	[0-10]%	[…]	[0-10]%	[…]	[0-10]%
Andere	–	[…]	[0-10]%	[…]	[0-10]%	[…]	[0-10]%
Gesamter Markt	**–**	**[…]**	**100%**	**[…]**	**100%**	**[…]**	**100%**

Quelle: IQVIA National Sales Data.

43. Vifor Pharma vertreibt in der Schweiz die beiden Progestogenpräparate Progestogel und Utrogestan. Mit Progestogel erzielte Vifor Pharma im Jahr 2021 keinen Umsatz und die beiden Jahre zuvor derart tiefe Umsätze, dass sich ihr Marktanteil auf weniger als [0-10] % belief. Mit dem Präparat Utrogestan ist der Marktanteil von [30-40] % im Jahre 2019 auf [30-40] % im Jahr 2021 leicht gestiegen.

44. Mit der Bayer AG gibt es jedoch eine Konkurrentin mit vergleichbar hohen Marktanteilen wie die Vifor Pharma. In den Jahren 2019 und 2020 hielt die Bayer AG mit [40-50] % bzw. [30-40] % gar höhere Marktanteile als die Vifor Pharma. Erst 2021 hat die Vifor Pharma mit [30-40] % einen leicht höheren Marktanteil als die Bayer AG verzeichnet, welche mit Visanne einen Marktanteil von [30-40] % hielt.

45. Ausserdem sind auf dem Markt für Progestogene Markteintritte zu beobachten: So sind die Herstellerinnen Berlis AG und Mepha Pharma AG mit ihren Präparaten erst kürzlich in den Markt eingetreten. Der Markteintritt von Visanette der Berlis AG erfolgte im März 2019. Ihr Marktanteil stieg von [0-10] % auf [10-20] % im Jahre 2021. Der Markteintritt der Mepha Pharma AG erfolgte im Januar 2020. Deren Marktanteil stieg von [0-10] % auf [0-10] %. Damit sind zwei neue Progestogenpräparate im Markt, deren Marktanteile seit Markteinführung gestiegen sind.

46. Überdies ist CSL in diesem Bereich nicht tätig, so dass es zu keinen Marktanteilsadditionen kommt. CSL hat auch keine Produkte in der Pipeline im Bereich Progestogene. Des Weiteren bestätigen die Parteien, dass CSL auch nicht auf einem vor- oder nachgelagerten Markt oder einem benachbarten Markt tätig ist.

47. Zusammenfassend kann damit festgehalten werden, dass durch den Zusammenschluss im Bereich Progestogenpräparate keine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt wird.

Tabelle 5: (ATC-4 Klasse J6BA): Geschätzte Marktanteile Schweiz 2019-2021

Hersteller	Produkt	2019		2020		2021	
		Umsatz in Mio. CHF	Markt-anteil (%)	Umsatz in Mio. CHF	Markt-anteil (%)	Umsatz in Mio. CHF	Markt-anteil (%)
Vifor Pharma	–	–	–	–	–	–	–
CSL	Privigen Hizentra	[…] […]	[40-50]% [0-10]%	[…] […]	[40-50]% [0-10]%	[…] […]	[50-60]% [0-10]%
Takeda	Kiovig Cuvitr HyQvia	[…] […] […]	[10-20]% [0-10]% [0-10]%	[…] […] […]	[10-20]% [0-10]% [0-10]%	[…] […] […]	[10-20]% [0-10]% [0-10]%
Octapharma	Octagam Gammanorm	[…] […]	[10-20]% [0-10]%	[…] […]	[10-20]% [0-10]	[…] […]	[0-10]% [0-10]%
Biotest	Intratect	[…]	[10-20]%	[…]	[10-20]%	[…]	[0-10]%
Dudler Pharma	Ig Vena Kedrion	[…]	[0-10]%	[…]	[0-10]%	[…]	[0-10]%
Opopharma	Iqymune	[…]	[0-10]%	[…]	[0-10]%	[…]	[0-10]%
Gesamter Markt	–	**[…]**	**100%**	**[…]**	**100%**	**[…]**	**100%**

Quelle: IQVIA National Sales Data.

Immunoglobulin

a) Privigen und Hizentra

48. Mit Privigen hat CSL einen hohen Marktanteil, der in den letzten drei Jahren von [40-50] % auf [50-60] % gestiegen ist. Mit Hizentra erzielte CSL im letzten Jahr einen Markanteil von [0-10] %. Im Markt gibt es jedoch einige Konkurrenten, die sich disziplinierend auf CSL auswirken können, so z.B. Takeda mit Kiovig. Damit erzielte Takeda letztes Jahr einen Marktanteil von [10-20] %. Octapharma erzielte letztes Jahr mit dem Präparat Octagam einen Marktanteil von [0-10] % und Biotest erzielte mit Intratect einen Marktanteil von [0-10] %. Damit gibt es aktuelle Konkurrenz, die sich disziplinierend auf CSL auswirken könnte.

49. Zudem kommt es durch den Zusammenschluss zu keinen Marktanteilsadditionen, da Vifor in diesem Bereich nicht tätig ist. Vifor hat auch keine Produkte in der Pipeline im Bereich Humane Immunglobuline. Überdies bestätigen die Parteien, dass Vifor auch nicht auf einem vor- oder nachgelagerten Markt oder einem benachbarten Markt tätig ist.

50. Zusammenfassend kann damit festgehalten werden, dass durch den Zusammenschluss im Bereich Humane Immunglobuline keine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt wird.

Albumin

Tabelle 6: (ATC-5 Klasse B5AA1): Geschätzte Marktanteile Schweiz 2019-2021

Hersteller	Produkt	2019		2020		2021	
		Umsatz in Mio. CHF	Markt-anteil (%)	Umsatz in Mio. CHF	Markt-anteil (%)	Umsatz in Mio. CHF	Markt-anteil (%)
Vifor Pharma	–	–	–	–	–	–	–
CSL	Albumin 5% Albumin 20%	[…] […]	[10-20]% [40-50]%	[…] […]	[10-20]% [50-60]%	[…] […]	[10-20]% [30-40]%
Biotest	Albumin Bio-test	[…]	[10-20]%	[…]	[10-20]%	[…]	[10-20]%
Octapharma	Albunorm	[…]	[20-30]%%	[…]	[20-30]%	[…]	[40-50]%
Dudler Pharma	Uman Al-buman Kedrion	[…]	[0-10]%	[…]	[0-10]%	[…]	[0-10]%
Gesamter Markt	**–**	**[…]**	**100%**	**[…]**	**100%**	**[…]**	**100%**

Quelle: IQVIA National Sales Data.

51. CSL hat mit Albumin 5 % und Albumin 20 % einen Marktanteil von [10-20] % bzw. [30-40] % im Jahre 2021 gehalten. Mit Albunorm von Octapharma ist ein Konkurrenzprodukt im Markt, welches seinen Marktanteil von [30-40] % im Jahr 2019 auf [40-50] % im Jahr 2021 steigern konnte und nun vergleichbar hohe Marktanteile hält. Ein weiteres Konkurrenzprodukt ist Albumin Biotest von Biotest. Biotest konnte seinen Marktanteil von [10-20] % im Jahr 2019 auf [10-20] % im Jahr 2021 steigern. Somit gibt es aktuelle Konkurrenz, welche sich disziplinierend auf CSL auswirken könnte. Ausserdem ist Vifor in diesem Bereich nicht tätig, so dass es zu keinen Marktanteilsadditionen kommt. Vifor hat auch keine Produkte in der Pipeline im Bereich Albumine. Überdies bestätigen die Parteien, dass Vifor auch nicht auf einem vor- oder nachgelagerten Markt oder einem benachbarten Markt tätig ist.

52. Zusammenfassend kann damit festgehalten werden, dass durch den Zusammenschluss im Bereich Albumine keine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt wird.

Ergebnis

53. 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	**10. KKR/PAI Partners/BCI/Refresco**

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

Examen préalable; art. 4 al. 3, art. 10 et art. 32 al. 1 LCart

Esame preliminare; art. 4 cpv. 3, art. 10 e art. 32 cpv. 1 LCart

Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 5. Juni 2022

Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU vom 9. Juni 2022

1. Am 12. Mai 2022 hat die Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Dieses betrifft die Erlangung gemeinsamer Kontrolle über die Refresco Deutschland Holding GmbH (nachfolgend: Refresco oder Zielunternehmen) – indirekt mittels Special Purpose Vehicles – durch die KKR & Co. Inc. (nachfolgend: KKR), die PAI Partners S.a.r.l. (nachfolgend: PAI Partners) und die British Columbia Investment Management Corporation (nachfolgend: BCI).

2. KKR mit Sitz in New York (USA) ist eine globale Investmentgesellschaft, welche über eine Beteiligung auch die Petainer UK Holdings Limited (nachfolgend: Petainer) mit Sitz in London (Vereinigtes Königreich) kontrolliert.[1] Petainer produziert und vertreibt PET Vorformlinge, Flaschen und Plastikbehälter für Nahrungsmittel, Chemikalien, Haushalt-Fruchtsäfte, kohlensäurehaltige Getränke und Mineralwasser sowie Fässer für Bier und Wein und Wasserkühler.

3. PAI Partners mit Sitz in Luxemburg (Luxemburg) ist eine Tochtergesellschaft von PAI Partners S.A.S. PAI Partners verwaltet spezielle Private-Equity-Fonds, welche die Strategie verfolgen, Mehrheitsbeteiligungen an Unternehmen zu erwerben, welche in den Sektoren Unternehmensdienstleistungen, Nahrungsmittel und Konsumgüter, allgemeine Industrie sowie Gesundheitswesen tätig sind.

4. BCI mit Sitz in Victoria (Kanada) ist eine Investmentgesellschaft, die im Auftrag von Kunden aus dem öffentlichen Sektor der Provinz Britisch-Kolumbien (Kanada) investiert. Das Portfolio umfasst eine Vielzahl von Anlagekategorien, darunter festverzinsliche Wertpapiere, Aktien, Private Equity, Infrastrukturprojekte, erneuerbare Energien, Immobilien sowie gewerbliche Hypotheken.

5. Refresco mit Sitz in Mönchengladbach (Deutschland) wird von Sunshine Equity B.V. mit Sitz in Amsterdam (Niederlande) kontrolliert. Refresco ist weltweit in der Herstellung und Abfüllung von alkoholhaltigen und alkoholfreien Getränken tätig. Unter anderem ist Refresco in der Herstellung und Abfüllung von alkoholfreien Getränken für Eigenmarken des Einzelhandels sowie in der Auftragsproduktion und Verpackung von alkoholfreien Getränken für Markeninhaber tätig. Zudem stellt Refresco im Rahmen der Abfülltätigkeit aus PET-Vorformlingen entsprechende PET-Flaschen für den Eigenbedarf her.

6. KKR, PAI Partners und BCI (nachfolgend: Parteien) bezwecken mit dem Zusammenschlussvorhaben, attraktive Renditen für die Investitionen im Rahmen ihrer üblichen Anlagestrategien zu erzielen.

7. Das vorliegende Zusammenschlussvorhaben wurde am 23. Mai 2022 auch bei der Europäischen Kommission angemeldet.[2]

8. Das Zielunternehmen wird derzeit gemeinsam von PAI Partners mit einem Anteil von […] %, von BCI mit einem Anteil von […] % sowie von Sunshine Manco B.V. mit einem Anteil von […] % gehalten. Im Kaufvertrag vom 22. Februar 2022 haben die Parteien vereinbart, dass KKR nach Abschluss der Transaktion indirekt ca. […] % der Anteile sowie PAI Partners zusammen mit BCI – indirekt mittels Special Purpose Vehicle[3] (nachfolgend: Co-Investorin) – einen gemeinsamen Anteil von ca. […] % am Zielunternehmen halten werden. Zudem gehen die Parteien davon aus, dass das Management des Zielunternehmens eine Minderheitsbeteiligung an diesem halten werde.

9. Die Parteien beabsichtigen, dass KKR nach Abschluss der Transaktion […] Mitglieder und die Co Investorin […] Mitglieder im Aufsichtsrat des Zielunternehmens ernennen können. Der Aufsichtsrat wird seine Beschlüsse mittels […] fällen, wobei für […] zusätzlich die Zustimmung eines von KKR ernannten Mitglieds notwendig sein wird. Dadurch wird KKR bei […] des Aufsichtsrates ein Vetorecht haben. Darüber hinaus wird für bestimmte strategischen Entscheidungen die zusätzliche Zustimmung der Co Investorin benötigt. KKR, PAI Partners und BCI werden daher die gemeinsame Kontrolle[4] über das Zielunternehmen ausüben.

10. Das Zielunternehmen wird über eine eigene Marktpräsenz verfügen, d.h. es wird als unabhängige Nachfragerin und Anbieterin auf dem Markt auftreten. Das Zielunternehmen wird ein eigenes Management und ausreichend Ressourcen haben, um als unabhängige Marktteilnehmerin tätig zu sein. Es ist zudem auf Dauer angelegt. Demnach sind die Anforderungen an ein Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmen mit dem vorliegenden Zusammenschlussvorhaben erfüllt.[5]

[1] Vgl. RPW 2015/4, 771 Rz 2, *KKR & Co. L.P/Selecta AG*.
[2] Case COMP M.10717 – *KKR/PAI Partners/BCI/Refresco*.
[3] An diesem Special Purpose Vehicle wird PAI Partners voraussichtlich […] % und BCI […] % halten.
[4] Vgl. u.a. RPW 2016/1, 263 Rz 30 ff., *Tamedia/Tradono Denmark/Tradono Switzerland.*
[5] Vgl. u.a. RPW 2013/4, 664 Rz 21, *Mediaspectrum, Inc./Publigroupe S.A./xentive sa*; RPW 2016/1, 263 f. Rz 36, *Tamedia/Tradono Denmark/Tradono Switzerland.*

11. Erlangen zwei oder mehr Unternehmen gemeinsam die Kontrolle über ein Unternehmen, welches sie bisher nicht gemeinsam kontrollierten, so stellt dies einen Unternehmenszusammenschluss dar, sofern das GU auf Dauer alle Funktionen einer selbständigen wirtschaftlichen Einheit erfüllt (vgl. Art. 2 VKU). Aus den obigen Ausführungen ergibt sich, dass das geplante GU einen Unternehmenszusammenschluss im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG darstellt.

12. Die Parteien erzielten im Geschäftsjahr 2020 insgesamt einen weltweiten Umsatz von über CHF 2 Mrd. und mindestens zwei der Parteien erzielten schweizweit einen Umsatz von über CHF 100 Mio., womit die Umsatzschwellen gemäss Art. 9 Abs. 1 KG erreicht sind und das vorliegende Zusammenschlussvorhaben meldepflichtig ist.

13. Das Zielunternehmen ist im Bereich des Absatzes von Getränken sowie dem Bereich der Herstellung von PET-Behältnissen tätig (vgl. Rz 5).

14. In Bezug auf den Bereich des Absatzes von Getränken unterschied die WEKO in sachlicher Hinsicht (absatzseitig) grundsätzlich in Bereiche für alkoholhaltige und alkoholfreie Getränke.[6] Im Bereich der alkoholfreien Getränke nahm die WEKO aufgrund ihrer Eigenschaften und ihres Verwendungszwecks eine weitere Unterteilung in vier Bereiche vor, dies konkret in Heissgetränke, Mineralwasser, kohlensäurehaltige Softgetränke sowie Fruchtsäfte. Letztlich liess die WEKO aber eine genaue sachliche Abgrenzung offen.[7]

15. Die EU-Kommission unterschied in sachlicher Hinsicht zwischen alkoholhaltigen und alkoholfreien Getränken.[8] Eine Unterteilung von alkoholfreien Getränken in weitere Bereiche (Mineralwasser, kohlensäurehaltige Softgetränke, Fruchtsäfte, nicht kohlensäurehaltige Getränke und Eistee) erwog die EU-Kommission zwar, liess aber eine genaue sachliche Abgrenzung letztlich offen.[9]

16. Vorliegend wird von einem sachlich relevanten Markt für den Absatz von alkoholfreien Getränken ausgegangen. Die genaue sachliche Abgrenzung, insbesondere ob der Markt in weitere Segmente oder nach Absatzkanälen zu unterteilen ist, kann vorliegend offengelassen werden, da dies die Beurteilung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens nicht verändert.

17. In räumlicher Hinsicht grenzte die WEKO den Markt für den Absatz von alkoholfreien Getränken national ab oder liess eine genaue räumliche Abgrenzung letztlich offen.[10] Auch die EU-Kommission grenzte einen solchen Markt entweder national ab oder liess eine genaue räumliche Abgrenzung offen.[11] Die Parteien teilen grundsätzlich die Ansicht der WEKO und der EU-Kommission, insbesondere mit Verweis auf die Transportkosten, und schlagen eine nationale Abgrenzung des Marktes für den Absatz von alkoholfreien Getränken vor. Vorliegend wird für den Markt für den Absatz von alkoholfreien Getränken in räumlicher Hinsicht von einem schweizweiten Markt ausgegangen, eine genaue räumliche Abgrenzung kann offengelassen werden, da bei allen denkbaren räumlichen Abgrenzungen das Ergebnis der Analyse des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens dasselbe bleibt.

18. Die WEKO befasste sich bislang noch nicht mit einer sachlichen Marktabgrenzung im Zusammenhang mit der Herstellung von PET-Behältnissen. Die EU-Kommission unterteilte die Produktion von PET-Behältnissen in drei Stufen: (1) Herstellung von PET-Harz, (2) Herstellung von PET-Vorformlingen aus PET-Harz und (3) Herstellung (Blasen) von PET-Behälter und Flaschen aus leeren PET-Vorformlingen.[12] Die EU-Kommission kam zum Ergebnis, dass jede dieser Stufen einen sachlich relevanten Markt bilden würden.[13] Bei einigen dieser sachlich relevanten Märkten erwog die EU-Kommission, diese weiter zu unterteilen, liess eine genaue sachliche Abgrenzung aber letztlich offen.[14]

19. Vorliegend wird im Sinne einer Arbeitshypothese von einem sachlich relevanten Markt für die Herstellung von PET-Harz, von einem sachlich relevanten Markt für die Herstellung von PET-Vorformlingen aus PET-Harz und von einem sachlich relevanten Markt für die Herstellung (Blasen) von PET-Behälter und Flaschen aus leeren PET-Vorformlingen ausgegangen. Die genaue sachliche Abgrenzung kann offengelassen werden, da dies die Beurteilung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens nicht verändert.

20. In räumlicher Hinsicht grenzte die EU-Kommission den Markt für die Herstellung von PET-Harz EWR-weit oder grösser ab, den Markt für die Herstellung von PET-Vorformlingen aus PET-Harz EWR-weit, in Gruppen von Ländern (wie z.B. die Benelux-Staaten) oder national und den Markt für die Herstellung (Blasen) von PET-Behälter und Flaschen aus leeren PET-Vorformlingen als EWR-weit oder kleiner. Letztlich liess sie aber eine genaue räumliche Marktabgrenzung jeweils offen.[15]

[6] Vgl. RPW 2008/3, 427 Rz 59, *Heineken/Eichhof*; RPW 2005/1, 118 Rz 56, *Feldschlösschen Getränke Holding/Coca Cola AG/Coca Cola Beverages AG*; RPW 2020/4a, 1587 Rz 66, *Lieferkonditionen eines Getränkeherstellers.*

[7] Vgl. RPW 2005/1, 118 Rz 59*, Feldschlösschen Getränke Holding/Coca Cola AG/Coca Cola Beverages AG;* RPW 2008/3, 427 Rz 59f., *Heineken/Eichhof*; RPW 2020/4a, 1587 Rz 66 ff., *Lieferkonditionen eines Getränkeherstellers*; RPW 2007/3, 469 Rz 20, *Fenaco/Granador.*

[8] Vgl. u.a. Case COMP M.7763, Rz 13, *TCCC/Cobega/CCEP;* Case COMP M.9122, Rz 19, *TCCC/Costa.*

[9] Vgl. u.a. Case COMP M.7763, Rz 13*, TCCC/Cobega/CCEP;* Case COMP M.9122, Rz 19, *TCCC/Costa.*

[10] Vgl. RPW 2005/1, 119 Rz 62, *Feldschlösschen Getränke Holding/Coca Cola AG/Coca Cola Beverages AG*; RPW 2020/4a, 1588 Rz 76, *Lieferkonditionen eines Getränkeherstellers*, RPW 2007/3, 469 Rz 22, *Fenaco/Granador*; RPW 2008/3, 432 Rz 110 f., *Heineken/Eichhof*

[11] Vgl. u.a. Case COMP M.7763, Rz 14 f., *TCCC/Cobega/CCEP;* Case COMP M.9122, Rz 37*, TCCC/Costa.*

[12] Vgl. u.a. Case COMP M.7484, Rz 10*, Plastikpak/APPE.*

[13] Vgl. u.a. Case COMP M.7484, Rz 12, 16, 26, *Plastikpak/APPE.*

[14] Vgl. u.a. Case COMP M.7484, Rz 15, 25, 29, *Plastikpak/APPE.*

[15] Vgl. u.a. Case COMP M.7484, Rz 32, 44, 48*, Plastikpak/APPE.*

21. Vorliegend wird im Sinne einer Arbeitshypothese für den Markt für die Herstellung von PET-Harz, den Markt für die Herstellung von PET-Vorformlingen aus PET-Harz und den Markt für die Herstellung (Blasen) von PET-Behälter und Flaschen aus leeren PET-Vorformlingen in räumlicher Hinsicht jeweils von einem EWR+CH-weiten Markt ausgegangen. Eine genaue räumliche Abgrenzung, insbesondere ob die Märkte auch enger abzugrenzen sind, kann aber letztlich offengelassen werden, da das Ergebnis der Analyse des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens dasselbe bleibt.

22. Keines der von den Parteien kontrollierte Unternehmen ist in einem Markt tätig, in welchem auch das Zielunternehmen tätig ist. Das Zielunternehmen stellt zwar wie Petainer auch PET-Flaschen aus PET-Vorformlingen her (vgl. Rz 2 und Rz 5). Allerdings stelle das Zielunternehmen, gemäss Angaben der Parteien, die PET-Flaschen nur im Rahmen des Abfüllprozesses her und verkaufe selbst keine leeren PET-Flaschen am Markt. Dadurch sei es entsprechend auch nicht am Markt tätig. Im Ergebnis kommt es auch zu keiner horizontalen Marktanteiladdition in diesem Bereich. Im vertikalen Verhältnis beziehe das Zielunternehmen gemäss Angaben der Parteien PET Vorformlinge von verschiedenen Herstellern. In geringen Mengen würden PET Vorformlinge im Rahmen eines Auftragsfertigungsvertrages für einen Kunden (ausserhalb der Schweiz) auch von Petainer bezogen.

23. Die Parteien schätzen die Marktanteile des Zielunternehmens im Markt für den Absatz von alkoholfreien Getränken in der Schweiz auf [0–10] %. Bei einer Segmentierung des Marktes für alkoholfreie Getränken (vgl. Rz 14) schätzen die Parteien ihren Marktanteil auf allfälligen Teilmärkten auf maximal [0–10] %. Den Marktanteil von Petainer schätzen die Parteien auf dem Markt für die Herstellung von PET-Vorformlingen aus PET-Harz im EWR und der Schweiz auf [0–10] %. Auf dem Markt für die Herstellung (Blasen) von PET-Behälter und Flaschen aus leeren PET-Vorformlingen hat Petainer bei einer nationalen Abgrenzung in der Schweiz einen Marktanteil von [0–10] %, da Petainer in der Schweiz keine PET-Flaschen oder Behälter produziert. Bei einer EWR+CH-weiten Abgrenzung schätzen die Parteien den Marktanteil von Petainer auf diesem Markt auf unter 30 %.

24. Damit führt das Zusammenschlussvorhaben zu keinen betroffenen Märkten und zu keinen wettbewerbsrechtlichen Bedenken.

25. 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	**11. DT Holding/TRATON/Volvo/JV**

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

Examen préalable; art. 4 al. 3, art. 10 et art. 32 al. 1 LCart

Esame preliminare; art. 4 cpv. 3, art. 10 e art. 32 cpv. 1 LCart

Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 20. Juni 2022

Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU vom 23. Juni 2022

1. Am 27. Mai 2022 hat die Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Dieses betrifft die Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens (nachfolgend: GU oder Gemeinschaftsunternehmen) durch die TRATON SE (nachfolgend: Traton), die Aktiebolaget Volvo (nachfolgend: Volvo) und (indirekt mittels die Daimler Truck AG) die Daimler Truck Holding AG (nachfolgend: DT Holding).

2. Die Daimler Truck AG mit Sitz in Leinfelden-Echterdingen (Deutschland) ist eine Tochtergesellschaft der DT Holding. Die Daimler Truck AG ist hauptsächlich in der Entwicklung, der Herstellung und dem Vertrieb von (schweren) Nutzfahrzeugen und Bussen tätig, darunter beispielsweise die Marken Mercedes Benz Trucks, Freightliner, Mitsubishi Fuso, Western Star und Setra.

3. Traton mit Sitz in München (Deutschland) ist eine Tochtergesellschaft der Volkswagen AG mit Sitz in Wolfsburg (Deutschland). Die Volkswagen AG ist eine weltweit tätige Automobilherstellerin, welche zudem über ihre Tochtergesellschaften, insbesondere die Volkswagen Financial Services AG, auch diverse Finanzdienstleistungen anbietet. Traton ist im Geschäft mit (schweren) Nutzfahrzeugen und Bussen tätig, darunter die Marken MAN, Scania, Navistar und Volkswagen Caminhoes e Onibus.

4. Volvo mit Hauptsitz in Göteborg (Schweden) ist weltweit im Bereich der Entwicklung, der Herstellung und des Verkaufs von (schweren) Nutzfahrzeugen, Bussen, Baumaschinen sowie Schiffs-, und Industriemotoren tätig. Zudem bietet Volvo in der Schweiz auch Ersatzteile und Finanzierungsdienstleistungen für ihre Produkte an. In Europa werden die (schweren) Nutzfahrzeuge unter dem Markennamen Volvo sowie Renault Trucks und Busse unter dem Markennamen Volvo vermarktet.

5. Das Gemeinschaftsunternehmen (nachfolgend: GU) soll ein öffentlich zugängliches Hochleistungsladenetz für batteriebetriebene schwere Nutzfahrzeuge und Reisebusse (nachfolgend: HPCI) entlang und in der Nähe von wichtigen Autobahnen sowie an logistisch interessanten Standorten (Point of Interest, nachfolgend: POI) in ausgewählten Ländern in Europa aufbauen und betreiben. Die direkten Kundinnen des GU sollen Anbieterinnen von Elektromobilitätsdienstleistungen (E-Mobility Service Provider, nachfolgend: EMSP) der Parteien, EMSP von Drittparteien, Aggregatoren oder Betreiberinnen von Roaming-Netzen sowie die Betreiberinnen von schweren Nutzfahrzeugen und Reisebussen sein (z. B. Kundinnen ohne EMSP Abonnement). Die erste Priorität des GU werde das öffentlich zugängliche Schnellladen während der Fahrt und an POI sowie das Laden an öffentlich zugänglichen, privaten Standorten sein. Als zweite Priorität werde sich das GU auf das Aufladen an halb-öffentlichen Standorten konzentrieren. Das Schnellladen soll später durch das Laden über Nacht ergänzt werden. Das kommerzielle Angebot des JV werde sich auf schwere Nutzfahrzeuge konzentrieren, aber auch für Reisebusse offen sein. Das HPCI werde für alle Marken von schweren Nutzfahrzeugen und Reisebussen offen und zugänglich sein (OEM[1]-unabhängig). Auch werde das GU allen seinen Kundinnen vergleichbare Bedingungen für vergleichbare Transaktionen anbieten. Die Ausrüstung für die Ladestationen, die Elektrizität, die Installation und die Wartungsdienste würden jedoch von Dritten bezogen werden.

6. Mit dem Zusammenschlussvorhaben bezwecken DT Holding, Traton und Volvo (nachfolgend: die Parteien), über das GU einen Beitrag zu den Nachhaltigkeitsanstrengungen der Europäischen Union und der Welt zu leisten, indem sie eine aktive Rolle bei der Schaffung eines Hochleistungsladenetzes für batteriebetriebene Nutzfahrzeuge und Reisebusse übernehmen. Die Parteien sind der Überzeugung, dass ihr Angebot erheblich verbessert werde (in Bezug auf den Zeitpunkt der Markteinführung, die Gesamtkosten und die Qualität), indem sie ihre Ressourcen und Volumen bündeln und das Risiko in Bezug auf den Aufbau eines Hochleistungsladenetzes teilen. Zudem werde das GU für die Kundinnen und die Gesellschaft insgesamt bei der Suche nach nachhaltigen Verkehrslösungen von Vorteil sein.

7. Das vorliegende Zusammenschlussvorhaben wurde am 6. Mai 2022 auch bei der Europäischen Kommission angemeldet.[2]

8. Die Parteien beabsichtigen, dass DT Holding, Traton und Volvo (direkt oder indirekt) jeweils ein Drittel des Aktienkapitals und der Stimmrechte am GU halten werden. Der Verwaltungsrat wird sich aus […] Mitgliedern zusammensetzten und jede Partei wird […] benennen. […] Strategische Entscheidungen benötigen […]. DT Holding, Traton und Volvo werden daher die gemeinsame Kontrolle über das GU ausüben.

[1] Original Equipment Manufacturer.
[2] Case COMP M.10534 - *TRATON/Aktiebolaget Volvo/Daimler Truck/JV*.

9. Das GU wird über eine eigene Marktpräsenz verfügen, d.h. es wird als unabhängige Nachfragerin und Anbieterin auf dem Markt auftreten. Das GU wird über ein eigenes Management und ausreichend Ressourcen verfügen, um als unabhängige Marktteilnehmerin tätig zu sein. Es ist zudem auf Dauer angelegt. Demnach sind die Anforderungen an ein Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmen mit dem vorliegenden Zusammenschlussvorhaben erfüllt.[3]

10. Aus den obigen Ausführungen ergibt sich, dass das geplante GU einen Unternehmenszusammenschluss im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG und Art. 2 VKU darstellt.

11. Die Parteien erzielten im Geschäftsjahr 2021 insgesamt einen weltweiten Umsatz von über CHF 2 Mrd. und schweizweit jeweils einen solchen von über CHF 100 Mio., womit die Umsatzschwellen gemäss Art. 9 Abs. 1 KG erreicht sind und das vorliegende Zusammenschlussvorhaben meldepflichtig ist.

12. Die Parteien sind bereits unabhängig voneinander in einem Bereich mit Bezug zu den zukünftigen Aktivitäten des GU tätig (vgl. Rz 2 ff.). Konkret handelt es sich um den Bereich der Herstellung und Lieferung von Fahrzeugen, zu welchen insbesondere die (Teil-)Bereiche von schweren Nutzfahrzeugen (>16 Tonnen) sowie Reisebusse gehören. In diesen Bereichen kommt es aufgrund von Marktanteilen der Parteien zu betroffenen Märkten. Die Parteien geben an, dass sich die (geplante) Zusammenarbeit im GU einzig auf den Aufbau und Betrieb eines öffentlich zugängliches HPCI beziehe (vgl. Rz 5). Das GU werde weder schwere Nutzfahrzeuge noch Reisebusse oder Komponenten für diese Fahrzeuge entwickeln, herstellen oder verkaufen. Die Parteien würden zwar schwere Nutzfahrzeuge und Reisebusse selber herstellen und vertreiben, allerdings seien sie in den Bereichen Entwicklung, Produktion und Vermarktung dieser Fahrzeuge vollkommen unabhängig voneinander tätig. Daran werde auch das vorliegende Zusammenschlussverfahren nichts ändern, denn die Parteien würden schwere Nutzfahrzeuge und Reisebusse auch künftig vollkommen getrennt voneinander entwickeln, produzieren und vermarkten. Das Zusammenschlussvorhaben werde daher keinen spürbaren Einfluss auf die Bereiche der Herstellung und Lieferung von schweren Nutzfahrzeugen sowie Reisebussen haben. Zudem sind in diesen Bereichen weitere etablierte Wettbewerber (wie Hyundai, DAF, Iveco, Ford, VDL, Van Hool und Beulas) mit entsprechender Marktpräsenz und Markenbekanntheit tätig.

13. Die nachfolgende Analyse beschränkt sich auf die Aktivitäten des GU, welche die Errichtung und den Betrieb einer öffentlich zugänglichen HPCI für batteriebetriebene schwere Nutzfahrzeuge und Reisebusse (in Europa) bezwecken, und auf (geplante) Aktivitäten der Parteien in einem Bereich, der dem Tätigkeitsbereich des GU nachgelagert ist. Konkret beschränkt sich die Analyse auf den Bereich für die Errichtung, den Betrieb und den Unterhalt einer öffentlich zugänglichen HPCI für batteriebetriebene schwere Nutzfahrzeuge und Reisebusse und den nachgelagerten Bereich für die Erbringung von Elektromobilitätsdienstleistungen (E-Mobility Services).

14. In Bezug auf den Bereich für die Errichtung, den Betrieb und den Unterhalt einer öffentlich zugänglichen HPCI bringen die Parteien vor, dass die Errichtung und der Betrieb von Ladelösungen für schwere Nutzfahrzeuge und Reisebusse (nachfolgend: Schwerlastverkehr) grundsätzlich von der Errichtung und dem Betrieb von Ladelösungen für Personenwagen (nachfolgend: PW-Verkehr) zu unterscheiden sei. Insbesondere seien der Platzbedarf und die Konstruktion der Ladestationen für Schwerlastverkehr und PW-Verkehr grundsätzlich verschieden. Zudem liessen ein effizienter Betrieb der Ladestationen und das Risiko von Unfällen eine Vermischung von Schwerlastverkehr und PW-Verkehr nicht zu. Hinsichtlich einer Unterscheidung in verschiedene Ladegeschwindigkeiten an den Ladestationen (beispielsweise in reguläres, schnelles und ultraschnelles Laden) sind die Parteien der Ansicht, dass diese Unterscheidung aktuell nicht angezeigt sei, da der Markt sich derzeit noch im Entstehen befinde und die Ladegeschwindigkeit von zukünftigen technischen Möglichkeiten und auch vom Nachfrageverhalten der Kundinnen abhänge.

15. In Bezug auf den Bereich für die Errichtung, den Betrieb und den Unterhalt einer öffentlich zugänglichen HPCI betrachtete die WEKO in ihrer bisherigen Praxis lediglich batterieelektrische Fahrzeuge (battery electric vehicles, nachfolgend: BEV). Die WEKO 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) ausgegangen.[4] Zudem wies die WEKO auf einen klaren Trend zur Interoperabilität (beispielsweise durch Adapter) hin, was eine Unterscheidung in verschiedene Standards (z.B. CSS-Standard) unnötig mache.[5]

16. Vorliegend geht die WEKO im Sinne einer Arbeitshypothese von einem sachlichen relevanten Markt für die Errichtung, den Betrieb und den Unterhalt einer öffentlich zugänglichen HPCI für batteriebetriebene schwere Nutzfahrzeugen und Reisebusse aus.[6] Die genaue sachliche Abgrenzung, insbesondere ob der Markt weiter nach Standards oder in weitere Segmente zu unterteilen ist, kann offengelassen werden, da dies das Ergebnis der nachfolgenden Analyse nicht verändert.

[3] Vgl. u.a. RPW 2013/4, 664 Rz 21, *Mediaspectrum, Inc./Publigroupe S.A./xentive sa*; RPW 2016/1, 261 ff. Rz 36, *Tamedia/Tradono Denmark/Tradono Switzerland*.
[4] Vgl. RPW 2020/4b, 1913 Rz 17, *BMW/Daimler/Ford/Porsche/Hyundai /Kia/Ionity*; RPW 2017/3, 463 Rz 25, *BMW/Daimler/Ford/Porsche*.
[5] Vgl. RPW 2020/4b, 1913 Rz 16, *BMW/Daimler/Ford/Porsche/Hyundai /Kia/Ionity*.
[6] Vgl. RPW 2017/3, 463 Rz 25, *BMW/Daimler/Ford/Porsche*.

17. Die WEKO ist in ihrer bisherigen Praxis im Sinne einer Arbeitshypothese von einem sachlich relevanten Markt für die Erbringung von Elektromobilitätsdienstleistungen ausgegangen, liess aber letztlich eine genaue sachliche Abgrenzung offen; dies insbesondere auch hinsichtlich der Frage, ob der Markt weiter zu unterteilen ist beispielsweise in (verschiedene) Endkundinnen und Endkunden sowie (verschiedene) Geschäftskundinnen (B2B).[7] Im vorliegenden Fall ist im Sinne einer Arbeitshypothese von einem sachlich relevanten Markt für die Erbringung von Elektromobilitätsdienstleistungen auszugehen. Die genaue sachliche Abgrenzung kann offengelassen werden, da dies die Beurteilung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens nicht verändert.

18. Entsprechend der bisherigen Praxis der WEKO ist für den sachlichen Markt für die Errichtung, den Betrieb und den Unterhalt einer öffentlich zugänglichen HPCI für batteriebetriebene schwere Nutzfahrzeugen und Reisebusse in räumlicher Hinsicht von einem EWR+CH weiten Markt auszugehen.[8] Für den sachlichen Markt für die Erbringung von Elektromobilitätsdienstleistungen ist in räumlicher Hinsicht von einem schweizweiten Markt auszugehen.[9] Eine genaue räumliche Abgrenzung, insbesondere ob es sich bei letzterem um einen EWR+CH weiten Markt handeln könnte, kann offengelassen werden, da dies das Ergebnis der nachfolgenden Analyse nicht verändert.

19. Auf dem Markt für die Errichtung, den Betrieb und den Unterhalt einer öffentlich zugänglichen HPCI für batteriebetriebene schwere Nutzfahrzeugen und Reisebusse haben die Parteien EWR+CH-weit einen gemeinsamen Marktanteil von nahezu [0–10] % und auf einem schweizweiten Markt einen gemeinsamen Marktanteil von [0–10] %. Das GU hat auf beiden geografischen Märkten einen Marktanteil von jeweils 0 %, da es seine Geschäftstätigkeit erst in Zukunft aufnimmt. Damit führt das Zusammenschlussvorhaben zu keinen betroffenen Märkten im Tätigkeitsbereich des GU. Bei der Beurteilung dieser Märkte ist zu beachten, dass es sich um eine Momentaufnahme handelt und die zukünftigen Marktentwicklungen zum aktuellen Zeitpunkt schwierig abzuschätzen sind.

20. Im nachgelagerten Markt für die Erbringung von Elektromobilitätsdienstleistungen schätzen die Parteien ihren Marktanteil auf rund [10–20] % in einem EWR+CH weiten Markt und auf rund [10–20] % in der Schweiz. Im Ergebnis ist dieser Markt kein vom Zusammenschluss betroffener Markt und führt zu keinen wettbewerbsrechtlichen Bedenken.

21. 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.

[7] RPW 2016/3, 775 Rz 53, *BKW/AEK*; RPW 2017/3, 463 Rz 28, *BMW/Daimler/Ford/Porsche*; RPW 2019/1, 163, Rz 45, *GU von BMW und Daimler*; RPW 2020/4b, 1913 Rz 18, *BMW/Daimler/Ford/Porsche/Hyundai/Kia/IONITY*; RPW 2021/4, 893 Rz 15, *BMW/Daimler/BP/Digital Charging Solutions*.

[8] Vgl. RPW 2017/3, 464 Rz 35, *BMW/Daimler/Ford/Porsche*; RPW 2020/4b, 1914 Rz 20, *BMW/Daimler/Ford/Porsche/Hyundai/Kia/Ionity*.

[9] Vgl. RPW 2017/3, 464 Rz 37 und Rz 40, *BMW/Daimler/Ford/Porsche*; RPW 2020/4b, 1914 Rz 20, *BMW/Daimler/Ford/Porsche/Hyundai/Kia/Ionity*; RPW 2021/4, 893 Rz 16, *BMW/Daimler/BP/Digital Charging Solutions*.

B 2.3	**12. Permira/Hellmann & Friedman/Zendesk**

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

Examen préalable; art. 4 al. 3, art. 10 et art. 32 al. 1 LCart

Esame preliminare; art. 4 cpv. 3, art. 10 e art. 32 cpv. 1 LCart

Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 7. September 2022

Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU vom 8. September 2022

1. Am 19. August 2022 hat die Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Das Zusammenschlussvorhaben betrifft den indirekten Erwerb aller ausstehenden Aktien der Zendesk, Inc. (nachfolgend: Zendesk oder das Zielunternehmen) durch von Permira Holdings Limited (nachfolgend: Permira) und von Hellman & Friedman LLC (nachfolgend: Hellman & Friedman) kontrollierte Fonds, gemeinsam mit einer Reihe anderer, nicht kontrollierender Investoren. Es ist vorgesehen, dass Permira und Hellman & Friedman nach dem Vollzug des Vorhabens Zendesk im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG und Art. 1 und 2 VKU gemeinsam kontrollieren werden.

2. Permira ist ein Private-Equity-Unternehmen, das für eine Reihe von Investmentfonds Dienstleistungen im Bereich der Investitionsverwaltung erbringt. Permira hat Kontrolle über die Private-Equity-Fonds […], zu denen Portfoliounternehmen gehören, die in den Sektoren Konsumenten, Finanzdienstleistungen, Gesundheitswesen, Industrie und Technologie tätig sind. Sie kontrolliert auch die Fonds der Permira […]. Der Permira […]-Fonds wird vorliegend die indirekte Kontrolle über Zendesk erwerben.

3. Hellman & Friedman ist eine private Kapitalbeteiligungsgesellschaft mit Büros in San Francisco, New York und London. Seit ihrer Gründung im Jahr 1984 hat Hellman & Friedman in über 100 Unternehmen investiert. Das Unternehmen investiert derzeit in seinen zehnten Fonds mit einem zugesagten Kapital von USD 24,4 Mrd. und verwaltet zum 31. März 2022 ein Vermögen von über USD 85 Mrd. Hellman & Friedman konzentriert sich auf Investitionen in erstklassige Unternehmen und fungiert als Wertschöpfungspartner für das Management in ausgewählten Branchen wie Software, Technologie, Finanzdienstleistungen, Gesundheitswesen, Konsumgüter und Einzelhandel sowie andere Unternehmensdienstleistungen.

4. Zendesk bietet Software-as-a-Service (SaaS) für das Kundenbeziehungsmanagement (CRM). Zendesk wurde 2007 gegründet und stellt Software zur Verbesserung der Kundenbeziehungen her. Mit mehr als 110'000 bezahlten Kundenkonten und 5'860 Mitarbeitern weltweit bedient es Unternehmen direkt (Stand: 31. Dezember 2021). Das Unternehmen bietet Softwarelösungen für eine Vielzahl von Kundeninteraktionen an, mit denen Unternehmen einen kanalübergreifenden Kundenservice über die gesamte «Customer Journey» hinweg anbieten können. Die Software von Zendesk umfasst eine Reihe von Funktionen, darunter (i) Ticketing, (ii) Messaging, (iii) Live-Chat, (iv) Voice, (v) Vertriebsmanagement, (vi) Help Center und (vii) Datenanalyse.

5. Das Zusammenschlussvorhaben betrifft den Erwerb der gemeinsamen Kontrolle durch Permira und Hellman & Friedman über Zendesk im Sinne von Art. 2 Abs. 1 VKU. Für die Durchführung der Transaktion hat Zendesk mit Zoro Bidco, Inc. (nachfolgend: Bidco) und Zoro Merger Sub, Inc., eine hundertprozentige Tochtergesellschaft von Bidco (nachfolgend: Zusammenschluss-Tochtergesellschaft) ein «Agreement and Plan of Merger» abgeschlossen, wonach die Zusammenschluss-Tochtergesellschaft mit Zendesk verschmolzen wird, woraufhin Zendesk die weiterführende Gesellschaft des Zusammenschlussvorhabens ist, die als hundertprozentige Tochtergesellschaft von Bidco fortbesteht. Verbundene Unternehmen von Fonds, die je von Permira bzw. Hellman & Friedman beraten werden, haben sich zusammen mit anderen, nicht kontrollierenden Investoren (nachfolgend gemeinsam: Investoren) verpflichtet, Bidco bei Abschluss der Transaktion zu kapitalisieren. Nach Abschluss des Zusammenschlussvorhabens werden Permira und Hellman & Friedman indirekt einen Anteil von jeweils […] % bzw. […] % an Zoro TopCo halten, während […] gehalten wird.

6. Im Rahmen einer Vereinbarung vorgesehene «Governance»-Rechte werden Permira und Hellman & Friedman die Kontrolle über Zoro Topco und indirekt auch über Zendesk verleihen. Folglich erwerben Permira und Hellman & Friedman mit dem vorliegenden Zusammenschlussvorhaben indirekt die gemeinsame Kontrolle im Sinne von Art. 2 Abs. 1 VKU über Zendesk. Da die Anforderungen an ein Vollfunktionsunternehmen vorliegend keinen Anlass zu weiteren Ausführungen geben, handelt es sich somit um einen Unternehmenszusammenschluss im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG.

7. Das Zusammenschlussvorhaben findet im Rahmen der normalen Geschäftsaktivitäten von Permira und Hellman & Friedman als Private Equity Investoren statt. Permira und Hellman & Friedman sind der Ansicht, dass das Zielunternehmen eine attraktive Investitionsmöglichkeit darstellt und von der kontinuierlichen Unterstützung engagierter und erfahrener Investoren profitieren wird.

8. Das vorliegende Zusammenschlussvorhaben wurde am 17. August 2022 auch bei der Europäischen Kommission angemeldet und wird von dieser derzeit ebenfalls geprüft.[1] Darüber hinaus unterliegt das Zusammenschlussvorhaben der Freigabe durch die Wettbewerbsbehörden in China, Kolumbien, Südafrika und den USA.

[1] Vgl. EU KOMM, COMP/M. 10848 PERMIRA / H&F / ZENDESK.

9. Gemäss Art. 9 Abs. 1 KG müssen Unternehmenszusammenschlüsse vor ihrem Vollzug der WEKO gemeldet werden, wenn die Schwellenwerte im letzten Geschäftsjahr vor dem Zusammenschluss erreicht werden. Der Gesamtumsatz aller beteiligten Unternehmen im jeweils relevanten letzten Geschäftsjahr beläuft sich auf insgesamt CHF […] weltweit und CHF [...] in der Schweiz. Die Schwellenwerte von Art. 9 Abs. 1 Bst. a und Bst. b KG sind somit erfüllt.

10. Das Zusammenschlussvorhaben betrifft den Bereich der Geschäftssoftware (oder Unternehmenssoftware oder Business Software) (in Abgrenzung zu Software für Konsumenten). Zendesk bietet SaaS CRM Software («Software-as-a-service Customer Relationship Management») an; der weitaus grösste Teil ihrer Einnahmen (ca. 98 %) stammt aus der Bereitstellung einer bestimmten Art von SaaS CRM Software, nämlich der CEC Software («Customer Engagement Center Software»). CEC Software ist eine Form von CSS Software («Customer Service Support Software»), wobei letztere ein Teilsegment innerhalb der SaaS CRM Software ist. Das Herzstück eines CEC Produkts ist ein Fallmanagement- und Problemlösungssystem, das von Mitarbeitern mit Kundenkontakt verwendet wird, um einen Workflow von Interaktionen zu verwalten und eine Aufzeichnung von Kunden- und Interaktionsdaten zu speichern.

11. Im Fusionskontrollverfahren *Mediaspectrum, Inc./Publigroupe S.A./xentive sa* ging die WEKO von einem Markt für EAS Software («Enterprise Application Software» oder «Unternehmensanwendungssoftware») aus, wobei sie in Anlehnung an die einschlägige Praxis der Europäischen Kommission eine weitere Unterteilung dieses Marktes in Teilmärkte, einschliesslich der Märkte für CRM und SCM («Supply Chain Management»), diskutierte. Die WEKO hat jedoch die genaue Marktdefinition letztlich offengelassen.[2]

12. Die Europäische Kommission hat sich in einer Reihe von Fällen mit den relevanten Märkten befasst, aber letztlich den genauen Umfang des Marktes offengelassen. Im Verfahren *Oracle/PeopleSoft* hat die Europäische Kommission bei der Betrachtung eines hypothetischen Marktes für "Business"-Software (heute üblicherweise als "Enterprise" Software bezeichnet) zwischen "Infrastruktursoftware" und "Anwendungssoftware" unterschieden.[3] Anwendungssoftware umfasst Softwareprogramme, die einen Aspekt der Planung, Ausführung oder Zusammenarbeit in einem Unternehmen betreffen. Diese Anwendungen können im Allgemeinen in persönliche Produktivitätsanwendungen und Unternehmensanwendungssoftware (Enterprise Application Software oder «EAS») unterteilt werden. Schliesslich hat die Europäische Kommission die genaue Produktmarktdefinition offengelassen.

13. Wie in der bisherigen Praxis der WEKO kann die definitive sachliche Marktabgrenzung auch vorliegend offengelassen werden, da das Zusammenschlussvorhaben unabhängig von der Marktdefinition keinen Anlass zu wettbewerbsrechtlichen Bedenken gibt.

14. Die WEKO hat in der Fusionsentscheidung *Mediaspectrum, Inc./Publigroupe S.A./xentive sa* festgestellt, dass sie bisher weder für EAS noch für dessen Unterkategorien CRM- und SCM-Software abschliessend über die räumliche Marktabgrenzung entschieden hat. Neben einem Verweis auf die Praxis der Europäischen Kommission, einen EWR-weiten oder weltweiten Markt anzunehmen, hat die WEKO zumindest einen nationalen Markt in Betracht gezogen, die genaue räumliche Abgrenzung des relevanten Marktes aber letztlich offen gelassen.[4] In einem jüngeren Fusionsverfahren *Arcadia Verlag AG/Post CH AG/cinfoni AG* verwies die WEKO auf ihre Praxis bei Softwaremärkten und führte aus, dass sie in der Vergangenheit sowohl eine globale als auch eine nationale Marktabgrenzung diskutiert, die räumliche Marktabgrenzung aber letztlich wegen der Unbedenklichkeit aller räumlichen Abgrenzungen offengelassen habe.[5] Auch im vorliegenden Fall kann die Frage der definitiven räumlichen Marktabgrenzung offengelassen werden, da das Zusammenschlussvorhaben selbst bei einer nationalen Marktabgrenzung zu keinen betroffenen Märkten im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU führt. Das Zusammenschlussvorhaben gibt gemäss Meldung darüber hinaus unabhängig von den Marktdefinitionen keinen Anlass zu wettbewerbsrechtlichen Bedenken.

15. Das Zusammenschlussvorhaben begründet keine vertikalen Beziehungen zwischen den von Permira und Hellman & Friedman kontrollierten Portfoliounternehmen und Zendesk. Angesichts der Art der Aktivitäten von Zendesk zählt Zendesk eine Reihe von Portfoliounternehmen von Permira und/oder Hellman & Friedman zu ihren Kunden. Diese begrenzten Kunden-/Lieferantenbeziehungen führen jedoch nicht zu vertikalen Beziehungen im Sinne der Schweizer Fusionskontrollvorschriften, so dass die geplante Transaktion keine vertikal betroffenen Märkte mit sich bringt.

16. Es bestehen zwar horizontale Beziehungen zwischen den Tätigkeiten von Zendesk einerseits und den Tätigkeiten von Portfoliounternehmen von Permira und Hellman & Friedman andererseits in der Schweiz, diese führen jedoch nicht zu einem horizontal betroffenen Markt, wie aus den untenstehenden Marktanteilsangaben hervorgeht. Zendesk ist im Bereich SaaS CRM-Softwarelösungen tätig, insbesondere im Teilsegment der CSS-Software (mit ihrem CEC-Softwareprodukt). Genesys[6], ein von Permira und Hellman & Friedman gemeinsam kontrolliertes Portfoliounternehmen, ist zwar auf dem Markt für CRM-Software tätig, von dem die CSS-Software ein Teilsegment bildet, und bietet ebenfalls eine Art von CSS-Software an (nämlich ein CCaaS-

[2] RPW 2013/4, 669, Rz 63-67, *Mediaspectrum, Inc./Publigroupe S.A./xentive sa.*

[3] EU-KOMM, COMP/M. 3216 vom 26.10.2004, Rz 15, *Oracle/PeopleSoft*.

[4] RPW 2013/4, 670, Rz 72-74, *Mediaspectrum, Inc./Publigroupe S.A./xentive sa*.

[5] RPW 2021/1, 290, Rz 31, *Arcadia Verlag AG/Post CH AG/cinfoni AG*.

[6] Genesys ist weltweit in der Entwicklung, der Herstellung und dem Verkauf von Softwareprodukten und damit verbundenen Dienstleistungen für das Kundeninteraktionsmanagement (über Telefon, Computer/Web und/oder mobile Geräte) tätig, wobei das Kernangebot CCaaS Softwarelösungen (d. h. Contact Center- oder Call Center-Software) sind, die in erster Linie eingehende Anrufe weiterleiten, das Call Center bei der Verwaltung der Arbeitsabläufe zwischen den Kundendienstmitarbeitern unterstützen und die telefonische Kommunikation zwischen den Mitarbeitern und den Kunden ermöglichen, so dass die Kundendienstmitarbeiter Fragen und Probleme der Kunden synchron und in Echtzeit lösen können.

Softwareprodukt oder Contact Center as a Service-Softwareprodukt), doch die jeweiligen Produktangebote von Zendesk und Genesys sind unterschiedlich, weshalb die beiden Unternehmen keine tatsächlichen oder potentiellen Wettbewerber sind. Das CEC Softwareprodukt von Zendesk und das CCaaS-Produkt von Genesys sind verschieden und bedienen unterschiedliche Kundenbedürfnisse. [...][7], ein Portfoliounternehmen von Hellman & Friedman, ist in einem sehr begrenzten Umfang auf dem Markt für CRM-Software tätig, von dem wie gesagt die CSS-Software ein Teilsegment bildet. Im Teilbereich CSS ist [...] jedoch nicht aktiv.

17. Die gemeinsamen Marktanteile von Zendesk, Genesys und [...] in einen hypothetischen geografischen schweizerischen Markt erreichen 2021 nicht 20 % und führen damit nicht zu einem betroffenen Markt.

18. Tabelle 1: Markanteile für einen hypothetischen breiten Produktmarkt für CRM Software

CRM Software - Schweiz 2021

	Umsätze (EUR Mio.)	Marktanteil
Genesys	[…]	[0–5] %
[...]	[…]	[0–5] %
Zendesk	[…]	**[0–5] %**
Gesamtgrösse des Segments	[…]	100 %

Quelle: Gartner Daten für die Gesamtgrösse des Segments und tatsächliche Umsätze (2021)

19. Tabelle 2: Markanteile für einen hypothetischen Produktmarkt für CSS Software

CSS Software - Schweiz 2021

	Umsätze (EUR Mio.)	Marktanteil
Genesys	[…]	[0–10] %
Zendesk	[…]	**[0–5] %**
[...][10]	-	-
Gesamtgrösse des Segments	[…]	100 %

Quelle: Gartner Daten für die Gesamtgrösse des Segments und tatsächliche Umsätze (2021)

20. Der gemeinsame Marktanteil der Parteien wäre [0–5] % für einen hypothetischen breiten Produktmarkt für CRM Software und [10–20] % für einen hypothetischen engen Produktmarkt für CSS Software. In Anbetracht der genannten Marktanteile führt das Zusammenschlussvorhaben nicht zu betroffenen Märkten. Zendesk und Genesys und, in einem sehr begrenzten Umfang, [...], sind zwar auf demselben weit gefassten sachlichen und räumlichen Markt tätig, aber ihre Tätigkeiten sind verschieden, und ihr gemeinsamer Marktanteil erreicht unter Zugrundelegung jeglicher plausiblen Marktdefinition nicht 20 %.

21. Weiter verfügt auch keines der beteiligten Unternehmen in der Schweiz über einen Marktanteil von 30 % oder mehr in Geschäftsbereichen, auf die sich das Zusammenschlussvorhaben bezieht.

22. Zusammenfassend kann von der Unbedenklichkeit des gemeldeten Zusammenschlusses ausgegangen werden, da keine betroffenen Märkte im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU vorliegen.

23. Allenfalls enthaltene Nebenabreden werden der WEKO nicht explizit zur Prüfung unterbreitet. Sie sind damit nicht Gegenstand der vorliegenden Vorprüfung und erfahren keine Legalisierung durch den fusionskontrollrechtlichen Entscheid der WEKO beziehungsweise der Kammer für Unternehmenszusammenschlüsse.[11]

24.Die vorläufige Prüfung ergibt aus den genannten Gründen keine Anhaltspunkte, dass der Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken wird. Die Voraussetzungen für eine Prüfung des Zusammenschlusses nach Art. 10 KG sind daher nicht gegeben.

[7] [...] ist ein italienisches Unternehmen, das Software für Buchhaltung, Lohnbuchhaltung und Unternehmensverwaltung anbietet. [...] konzentriert sich in erster Linie darauf, Unternehmen mit internen Lösungen für die Verwaltung von Finanz- und anderen Geschäftsverwaltungsdiensten zu versorgen. Als Teil der [...]-Produktpallette bietet [...] eine Cloud-basierte CRM-Lösung für die Verwaltung von Vertriebs- und Marketingaktivitäten und eine IP-PBX-Plattform an, die für grundlegende Contact-Center-Funktionen genutzt werden kann.

[8] [...] ist nicht auf dem Markt für CSS Software tätig.

[9] Vgl. auch Merkblatt und Formular der WEKO, Meldung eines Zusammenschlussvorhabens vom 21.10.2014, Rz 19, <www.weko.admin.ch> > Rechtliches / Dokumentation > Meldeformulare > Merkblatt und Formular Zusammenschlussvorhaben (31.8.2022); sowie statt vieler RPW 2019/4, 1187 Rz 17 f., *Spital STS AG/Medbase AG*

B 2.3	**13. DigitalBridge/Brookfield/Deutsche Telekom/DFMG**

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

Examen préalable; art. 4 al. 3, art. 10 et art. 32 al. 1 LCart

Esame preliminare; art. 4 cpv. 3, art. 10 e art. 32 cpv. 1 LCart

Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 19. September 2022

Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU vom 19. September 2022

1. Am 24. August 2022 hat die Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Diese Meldung betrifft die Erlangung der gemeinsamen Kontrolle über die DFMG Holding GmbH, einschliesslich all ihrer Tochtergesellschaften (nachfolgend: DFMG) durch Investmentfonds, die von verbundenen Unternehmen der DigitalBridge Group Inc. (nachfolgend: DigitalBridge) verwaltet werden, durch Investmentfonds, die von verbundenen Unternehmen der Brookfield Asset Management Inc. (nachfolgend: Brookfield) verwaltet werden sowie durch die Deutsche Telekom AG (nachfolgend: DTAG).

2. DigitalBridge sei eine nach dem Recht von Maryland, USA, konstituierte Investmentgesellschaft mit Hauptsitz in den USA. DigitalBridge sei eine spezialisierte, weltweit tätige Private-Equity-Gesellschaft für digitale Infrastruktur, die direkt und über ihre Portfoliounternehmen in fünf Schlüsselbereiche investiere: (i) Rechenzentren, (ii) Funktürme, (iii) Glasfasernetze, (iv) Kleinzellen und (v) Edge-Infrastruktur.[1] Aufgrund der Angaben in der Meldung sind DigitalBridge und die von ihr kontrollierten Gesellschaften vorliegend als Ganzes das erste kontrollerlangende Unternehmen im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG[2] bzw. Art. 9 Abs. 1 Bst. b VKU[3] und damit beteiligtes Unternehmen gemäss Art. 3 Abs. 1 Bst. b VKU.

3. Brookfield sei eine nach kanadischem Recht konstituierte Investmentgesellschaft mit Hauptsitz in Kanada. Brookfield sei ein globaler Vermögensverwalter, der eine Reihe von öffentlichen und privaten Anlageprodukten und -dienstleistungen anbiete. Der Investitionsschwerpunkt von Brookfield liege in den Bereichen Immobilien, Infrastruktur, erneuerbare Energien und Private Equity.[4] Aufgrund der Angaben in der Meldung sind Brookfield und die von ihr kontrollierten Gesellschaften vorliegend als Ganzes das zweite kontrollerlangende Unternehmen im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG bzw. Art. 9 Abs. 1 Bst. b VKU und damit beteiligtes Unternehmen gemäss Art. 3 Abs. 1 Bst. b VKU.

4. Die DTAG sei eine deutsche Aktiengesellschaft mit Hauptsitz in Deutschland. DTAG sei ein integrierter Telekommunikations- und Informationstechnologie-Dienstleister mit weltweiten Aktivitäten in mehr als 50 Ländern. Die DTAG biete Telekommunikationsdienste im Fest- und Mobilfunknetz, Internet- und IPTV-Produkte sowie IT-Produkte für Konsumenten vor allem in Europa und den USA an. Darüber hinaus biete die DTAG anderen Netzbetreibern und Internet Service Providern (ISPs) Telekommunikationsdienste auf Grosshandelsebene sowie Informations- und Kommunikationstechnologielösungen (ICT) für mittlere und grosse Kunden in aller Welt an.[5] Aufgrund der Angaben in der Meldung sind DTAG und die von ihr kontrollierten Gesellschaften vorliegend als Ganzes das dritte kontrollerlangende Unternehmen im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG bzw. Art. 9 Abs. 1 Bst. b VKU und damit beteiligtes Unternehmen gemäss Art. 3 Abs. 1 Bst. b VKU.

5. Die NewCo, die das Geschäft des Zielunternehmens DFMG vor dem Closing halten werde, werde eine deutsche Gesellschaft mit beschränkter Haftung sein. Die DTAG sei gegenwärtig alleinige Eigentümerin des Zielunternehmens DFMG und übe die alleinige Kontrolle über dieses aus. DFMG besitze und betreibe passive drahtlose Telekommunikationsinfrastruktur (d.h. Türme, Dachstandorte und sogenannte kleine Zellen) in Deutschland und Österreich. DFMG biete Telekommunikationsinfrastruktur-Hospitality-Dienstleistungen (Vermietung von Flächen auf bestehenden und zukünftigen Mobilfunkstandorten) für Mobilfunknetzbetreiber und Rundfunkanstalten sowie für Digitalfunknetze von Behörden in Österreich und Deutschland an, und sei in der Schweiz nur im de minimis Umfang tätig. Die Geschäftstätigkeiten von DFMG umfassten keine aktiven Telekommunikationsinfrastrukturen wie installierte Funkanlagen oder Antennen. DFMG habe keine Schweizer Tochtergesellschaften.[6] Aufgrund der Angaben in der Meldung sind NewCo bzw. DFMG und die von ihr kontrollierten Gesellschaften vorliegend als Ganzes das kontrollierte und damit beteiligtes Unternehmen gemäss Art. 3 Abs. 1 Bst. b VKU.

6. Der gemeldete Zusammenschluss hat die Erlangung der gemeinsamen Kontrolle im Sinne von Art. 4 Abs. 3 KG i. V. m. Art. 2 Abs. 1 VKU über einen Teil eines unabhängigen Unternehmens (NewCo bzw. DFMG als Teil der DTAG-Gruppe) zum Gegenstand.

7. Gemäss Meldung werde vor dem Closing die DTAG im Rahmen einer konzerninternen Reorganisation die DFMG (DFMG Holding AG zusammen mit allen ihren Tochtergesellschaften) in die neu gegründete 100 % Tochtergesellschaft (NewCo) der […], ihrerseits eine 100 % Tochtergesellschaft der DTAG, einbringen.[7]

[1] Vgl. Meldung, Rz 11 und 13.
[2] Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 6. Oktober 1995 (Kartellgesetz, KG; SR 251).
[3] Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen vom 17. Juni 1996 (VKU; SR 251.4).
[4] Vgl. Meldung, Rz 17 und 19.
[5] Vgl. Meldung, Rz 24 und 26.
[6] Vgl. Meldung, Rz 30 und 32 ff.
[7] Vgl. Meldung, Rz 45 und 47.

8. Danach würden DigitalBridge und Brookfield indirekt über Zweckgesellschaften […] der Anteile an NewCo […] erwerben. Die verbleibenden […] der Anteile an NewCo und damit indirekt an der DFMG verblieben nach Abschluss der Transaktion bei […] DTAG.[8]

9. Die gemeinsame Kontrolle von DigitalBridge, Brookfield und DTAG über NewCo bzw. DFMG wird gemäss Meldung auf folgender Grundlage ausgeübt: […] Gemäss Meldung werden DigitalBridge, Brookfield und DTAG daher in der Lage sein, entscheidenden Einfluss auf die NewCo auszuüben, und damit eine gemeinsame Kontrolle im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG und Art. 1 und 2 VKU innehaben.[9]

10. 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).

11. Die Kriterien der gemeinsamen Kontrolle und des Vollfunktionscharakters werden vorliegend erfüllt.[10] Insbesondere bestehen keine Zweifel daran, dass DFMG auf Dauer alle Funktionen einer selbständigen wirtschaftlichen Einheit erfüllt.[11]

12. Nach Angaben in der Meldung erzielten die beteiligten Unternehmen im Geschäftsjahr 2020 bzw. 2021 insgesamt einen weltweiten Umsatz von über 2 Mrd. Franken und mindestens zwei der beteiligten Unternehmen einen Umsatz in der Schweiz von je mindestens 100 Mio. Franken.[12] Damit sind die Umsatzschwellen gemäss Art. 9 Abs. 1 KG erreicht. Das vorliegende Zusammenschlussvorhaben ist meldepflichtig.

13. Der sachliche Markt umfasst alle Waren oder Leistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar angesehen werden (Art. 11 Abs. 3 Bst. a VKU). Der räumliche Markt umfasst das Gebiet, in welchem die Marktgegenseite die den sachlichen Markt umfassenden Waren oder Leistungen nachfragt oder anbietet (Art. 11 Abs. 3 Bst. b VKU).[13]

14. 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 (Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU). Wo diese Schwellen nicht erreicht werden, kann von der Unbedenklichkeit des Zusammenschlusses ausgegangen werden. In der Regel erübrigt sich dann eine nähere Prüfung.

15. Die Tätigkeiten von DFMG umfassen gemäss Meldung die Identifikation von geeigneten Standorten für den Aufbau einer passiven Netzinfrastruktur, die Planung des jeweiligen Standortes, die Realisierung des Standortes sowie den Betrieb und die Wartung der Standorte.[14] Der Umsatz von DFMG in der Schweiz stamme von […] in der Schweiz, welche an der Grenze zu Deutschland lägen. Alle diese Standorte umfassten passive Netzinfrastruktur. […]

16. Gemäss Meldung umfasst der Betrieb passiver drahtloser Kommunikationsinfrastrukturen die Bereitstellung eines Portfolios von Standorten, auf denen Infrastrukturen (Masten oder Türme) errichtet werden, die für die Aufnahme aktiver drahtloser Kommunikationsgeräte geeignet sind. Die Netzbetreiber würden ihre aktive Ausrüstung an diesen Türmen anbringen, um ihren Kunden zellulare Sprach- und Datendienste sowie Rundfunkdienste anzubieten.[15] Standorte könnten viele Formen annehmen, die je nach Lage bis zu einem gewissen Grad untereinander austauschbar seien. Kommunikationseinrichtungen könnten an fast jeder erhöhten Struktur angebracht werden, z. B. an eigens dafür errichteten Masten oder Türmen, Dächern, anderen Gebäudeteilen, Wassertürmen, Pylonen oder Laternenpfählen und anderem Stadtmobiliar.[16] Es gebe zwei Hauptkategorien von Standorten, die passive Infrastruktur beherbergen: (i) Makrostandorte, die Makrozellen mit hoher Leistung beherbergen und für eine breite Abdeckung sorgen, und (ii) Mikrostandorte (auch als Submakrostandorte bezeichnet), die Mikrozellen mit geringerer Leistung beherbergen und in stark genutzten Gebieten (z. B. in städtischen Gebieten) für eine zusätzliche Abdeckung und Verdichtung sorgen und es den Mobilfunknetzbetreibern ermöglichen, die Netzabdeckung und Kapazität zu verbessern.[17]

17. Aufgrund der in der Meldung angegebenen Tätigkeiten von DFMG steht für die Abgrenzung der relevanten Märkte der Bereich der Erbringung von passiven Telekommunikationsinfrastrukturdiensten (sog. Hospitality Dienstleistungen) im Vordergrund.

18. Die WEKO hat in diesem Bereich bislang keine relevanten Märkte abgegrenzt. Die WEKO hat sich bisher nur mit den nachgelagerten eigentlichen Diensten der Netzbetreiber befasst, nicht aber mit den passiven Telekommunikationsinfrastrukturdiensten, die diese nachgelagerten Aktivitäten ermöglichen.[18]

19. Die Europäische Kommission hat in ihrer Praxis einen Markt für Standorte und Standort-infrastruktur für digitale Mobilfunk-Telekommunikationsgeräte identifiziert.[19] Dieser Markt unterscheidet sich vom Markt für Hospitality-Dienstleistungen für Fernseh- und Rundfunkbetreiber.[20] Die Europäische Kommission hat den relevanten Markt sodann unterteilt in einen Markt für Hospi-

[8] Vgl. Meldung, Rz 43 f. und 50.
[9] Vgl. Meldung, Rz 51 ff.
[10] Vgl. dazu RPW 2020/2, 672 ff. Rz 144 ff., *SBB/Hupac/Rethmann/GBN*.
[11] Vgl. Meldung, Rz 68 ff.
[12] Vgl. Meldung, Rz 103 ff.
[13] Vgl. dazu auch RPW 2021/3, 659 Rz 39, *TX Group/Acheter-Louer.ch*, m.w.Hinw.
[14] Vgl. Meldung, Rz 108.
[15] Vgl. Meldung, Rz 131.
[16] Vgl. Meldung, Rz 132.
[17] Vgl. Meldung, Rz 133.
[18] Vgl. bspw. RPW 2021/2, 441 ff. Rz 53 ff., *Liberty Global/Sunrise*.
[19] EU-KOMM, M.9674 vom 6.3.2020, Rz 72, *Vodafone Italia / TIM / INWIT JV*.
[20] EU-KOMM, M.9674 vom 6.3.2020, Rz 78, *Vodafone Italia / TIM / INWIT JV*.

tality-Dienstleistungen auf Makro-Standorten und einen Markt für Hospitality-Dienstleistungen auf Mikro-Standorten.[21]

20. Die Europäische Kommission betrachtet den räumlichen Umfang des Marktes für die Erbringung von Hospitality-Dienstleistungen als national. Dies weil diese Märkte durch national zugelassene Betreiber gekennzeichnet sind, sich die einschlägigen Planungsvorschriften nach nationalem Recht richten, und alle Hospitality-Aktivitäten dem nationalen Regulierungsumfeld unterliegen.[22]

21. Angesichts der äusserst beschränkten Aktivitäten von DFMG in der Schweiz kann für die Zwecke der Prüfung des vorliegend gemeldeten Zusammenschlussvorhabens die von der Europäischen Kommission vorgenommene Marktabgrenzung als Orientierungspunkt verwendet werden.

22. Gemäss Meldung betreibt DFMG in der Schweiz ausschliesslich Makro-Standorte. Für die Zwecke des vorliegenden Verfahrens ist daher von einem nationalen Markt für Makro-Standorte und -Standortinfrastruktur für digitale Mobilfunk-Telekommunikationsgeräte auszugehen, wobei die definitive Marktabgrenzung offengelassen werden kann.

23. Gestützt auf die mit der Meldung eingereichten Marktberichte ist von über 11 000 Makro-Standorten in der Schweiz auszugehen. Angesichts der von DFMG in der Schweiz betriebenen […] ist ungeachtet der Frage, ob die Marktanteile anhand des Umsatzes oder der Anzahl Standorte zu berechnen sind, der Marktanteil von DFMG auf [0 – 10 %] zu schätzen.

24. Die Angaben der Meldung zeigen, dass durch das Zusammenschlussvorhabens selbst bei einer engen Abgrenzung eines nationalen Marktes für Makro-Standorte und -Standortinfrastruktur für digitale Mobilfunk-Telekommunikationsgeräte keine Marktanteile von über 20 % im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU resultieren.

25. Gemäss Meldung bestehen nach expliziter Rückfrage durch das Sekretariat der WEKO auch weder Aktivitäten der kontrollerlangenden Unternehmen in vorgelagerten, nachgelagerten oder benachbarten Märkten in der Schweiz, noch sind solche Aktivitäten geplant.[23]

26. Die vorläufige Prüfung ergibt somit gestützt auf die Angaben der Parteien keine Anhaltspunkte, dass der Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärkten wird. Die Voraussetzungen für eine Prüfung des Zusammenschlusses nach Art. 10 KG sind daher nicht gegeben.

[21] EU-KOMM, M.9674 vom 6.3.2020, Rz 78 ff., *Vodafone Italia / TIM / INWIT JV*.
[22] EU-KOMM, M.9674 vom 6.3.2020, Rz 83, *Vodafone Italia / TIM / INWIT JV*.
[23] Vgl. Meldung, Rz 124 ff.

B 2.3	**14. Galenica AG/Medicall 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

Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 26. Februar 2022

Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU vom 28. Februar 2022

A Sachverhalt

1. Am 31. Januar 2022 hat die Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Danach beabsichtigten die Galenica AG und die Medicall AG, dass die Galenica AG auf dem Weg einer Kapitalerhöhung [...] % an der von Medicall AG bereits neu gegründeten Emeda AG übernimmt und dadurch ein gemeinsam kontrolliertes Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmen entsteht.

2. Bei der Galenica AG handelt es sich um die Konzernmuttergesellschaft der Galenica Gruppe (nachfolgend: Galenica). Galenica ist ein Gesundheitsdienstleister in der Schweiz. Galenica betreibt ein Apothekennetz mit den Amavita- und Sunstore-Apotheken. Daneben hält Galenica eine Minderheitsbeteiligung an den Coop Vitality-Apotheken. Weiter entwickelt und führt Galenica eigene Marken und Produkte sowie Marken und Produkte von Geschäftspartnern und bietet ihren Kunden vor Ort diverse Gesundheitsdienstleistungen und -checks an. Galenica bietet zudem Pre-Wholesale- und Wholesale-Distributionsdienstleistungen sowie Datenbankservices für den Schweizer Gesundheitsmarkt an.

3. Galenica ist der WEKO aus Zusammenschlussanmeldungen und anderen Verfahren bekannt. Die Gruppe hat die Geschäftstätigkeiten letztmals im Rahmen der Fusionskontrollmeldung *Galexis AG/Pharmapool Aktiengesellschaft* detailliert offengelegt.[1]

4. Die Galenica Gruppe hat ihre Organisations- und Führungsstruktur per 1. Januar 2021 angepasst.[2] Seit dem 1. Januar 2021 ist die Tätigkeit der Galenica Gruppe in die zwei Segmente „*Products & Care*“ sowie „*Logistics & IT*“ eingeteilt. Das Segment *Products & Care* umfasst die Service Units Pharmacies, Healthcare und Products & Marketing. Sie entwickeln und vermarkten Gesundheitsdienstleistungen und Produkte über die verschiedenen Kanäle an Privatkunden und Patienten wie auch an Geschäftskunden und Partner.

5. Das Segment Logistics & IT besteht aus den Service Units Wholesale & Logistics sowie IT & Digital Services. Sie entwickeln und betreiben die Logistik und die IT sowie die digitalen Infrastrukturen und Plattformen für die gesamte Galenica Gruppe sowie für Kunden und Partner im Gesundheitsmarkt.[3]

6. Die Medicall AG ist eine Tochtergesellschaft der Helvetia Holding AG, der Muttergesellschaft der Helvetia Gruppe. Die Helvetia Gruppe ist eine hauptsächlich im Versicherungsbereich tätige Schweizer Unternehmensgruppe. Ihre Aktivitäten erstrecken sich auf das Leben- und Nicht-Lebengeschäft sowie Rückversicherungen.[4]

7. Die **Medicall AG** ist im Bereich der medizinischen und technischen Assistance, im Bereich der medizinischen Dienstleistungen sowie im Personennotruf tätig. Im Bereich medizinische Assistance koordiniert die Medicall AG Dienstleistungen von der Fallaufnahme, Verlegungs- und Krankentransporten, bis hin zur Verrechnung. Im Bereich der technischen Assistance disponiert und beauftragt die Medicall AG Helfer bei Pannen und Unfällen aller Art. Im Bereich medizinische Dienstleistungen verfügt die Medicall AG über ein Kompetenzzentrum von Ärzten, die in den Bereichen Reisemedizin, Tropenmedizin und Notfallmedizin spezialisiert sind und bietet medizinische Abklärungsdienste sowie Begleitung von Verlegungs- und Krankentransporten und weltweites Patientenmanagement an (vgl. unten angegebene Webseite der Medicall AG).

8. Ein weiterer Teilbereich der Medicall AG ist ‘Emeda – die Heimärzte’. Der Geschäftsbereich Emeda ist in der medizinischen Grundversorgung von Bewohnern von Pflegeinstitutionen tätig. Emeda bietet Pflegeinstitutionen bzw. deren Bewohnern die Hausarztversorgung an, wobei sie auch Angebote im Bereich der Palliative Care, der Gerontopsychiatrie und der Advance Care Planning hat. Zusätzlich übernimmt Emeda für die Pflegeinstitutionen die Verantwortung als Heimarzt[5]. Emeda bietet auch einen telefonischen Notfalldienst an.[6]

9. Die geplante Joint-Venture-Gesellschaft wurde unter der Firma **Emeda AG** (nachfolgend auch: **JV**) bereits von der Medicall AG gegründet. Das Gemeinschaftsunternehmen Emeda AG, ein kleines Start up-Unternehmen mit wenigen Angestellten, soll Alters- und

[1] Vgl. RPW 2018/2, 386 f. Rz 2 ff., *Galexis AG/Pharmapool Aktiengesellschaft.*

[2] Medienmitteilung der Galenica AG vom 1.12.2020, <https://www.galenica.com/de/media/media-releases/2020/2020-11-30_6516937869_media-release.php>.

[3] Betreffend weitere Informationen zu den Tätigkeitssegmenten vor dem 1. Januar 2021 vgl. Geschäftsbericht S. 12 ff.; für Informationen zu den Tätigkeitssegmenten ab dem 1. Januar 2021 vgl. S. 28 ff. des Geschäftsberichts (<https://www.galenica.com/de/publikationen/downloadcenter/#anchor_2020>).

[4] Weitere Informationen finden sich im Geschäftsbericht sowie auf der Webseite der Helvetia Gruppe <https://www.helvetia.com/corporate/web/de/home.html>.

[5] Ärzte benötigen keine zusätzliche Bewilligung für die Ausübung des Mandats in Heimen. Sie benötigen einzig eine kantonale Bewilligung (Meldung, Rz 103).

[6] <https://www.emeda.ch/>.

Pflegeheimen in der Schweiz medizinische und pharmazeutische Dienstleistungen und Produkte zur Verfügung stellen. Im Sinne eines 'Alles aus einer Hand'-Konzepts soll das JV Alters- und Pflegeheimen in der Schweiz medizinische und pharmazeutische Produkte und Dienstleistungen zur Verfügung stellen. Das Gemeinschaftsunternehmen wird im Wesentlichen über angestellte Ärzte die medizinische Versorgung der Patienten sicherstellen und eine Apotheke für die Belieferung mit Medikamenten nutzen. Durch den gesamtheitlichen Versorgungsansatz sollen Alters- und Pflegeheime administrativ entlastet und die Patientensicherheit erhöht werden. Ein wesentlicher Faktor für die Gewährleistung der Patientensicherheit besteht in der individualisierten Abgabe von verblisterten Medikamenten.[7] Weiter soll damit die interprofessionelle Zusammenarbeit zur ganzheitlichen Betreuung von Patienten und Bewohnern in Heimen gefördert werden. Dadurch soll der […] werden können.[8]

B Erwägungen

Meldepflichtiges Zusammenschlussvorhaben

10. Galenica AG und Medicall AG sind die meldenden Unternehmen (Art. 9 Abs. 1 Bst. b VKU).[9] Die Galenica AG wird sich nach Freigabe des Zusammenschlussverfahrens an der Emeda AG mittels Kapitalerhöhung beteiligen. In der Folge werden Galenica AG und Medicall AG [...] % der Aktien halten. Zwischen der Galenica AG und Medicall AG wird zudem ein Aktionärsbindungsvertrag (nachfolgend: **ABV**) abgeschlossen, welcher die gemeinsame Kontrolle über die Emeda AG regeln wird. Der ABV regelt neben der Zusammensetzung des Verwaltungsrats die notwendigen Quoren, so dass im Ergebnis sämtliche strategischen und geschäftspolitischen Entscheidungen nur durch Kooperation der beiden Unternehmen erfolgen können.[10] Entsprechend planen die übernehmenden Gesellschaften den Erwerb **gemeinsamer Kontrolle** über die Emeda AG im Sinne von Art. 2 Abs. 1 VKU. Auch die Anforderungen an ein Vollfunktionsunternehmen sind gemäss Meldung in Bezug auf Emeda AG nach Vollzug des Zusammenschlussvorhabens erfüllt und geben vorliegend keinen Anlass für weitere Ausführungen.[11] Schliesslich wird Medicall AG ihren heimärztlichen Geschäftsbereich in das JV einbringen und Galenica AG der Emeda AG ein Nutzungsrecht an der von der GaleniCare AG betriebenen Zentralapotheke in Niederbipp (Offizin-Apotheke) inklusive Versandhandelsbewilligung einräumen (Art. 2 Abs. 2 VKU).[12] Es handelt sich somit um einen Unternehmenszusammenschluss im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG.

11. Gemäss den Angaben der Parteien sind mit den erzielten kumulierten Umsätzen der beteiligten Unternehmen Galenica AG und Helvetia AG vorliegend die Schwellenwerte gemäss Art. 9 Abs. 1 Bst. a und Bst. b KG erreicht.[13] Folglich ist das Zusammenschlussvorhaben meldepflichtig.

Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens im Rahmen der vorläufigen Prüfung

12. Um zu beurteilen, ob Anhaltspunkte dafür bestehen, dass durch den Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt wird, sind zunächst die **relevanten Märkte** abzugrenzen. In einem zweiten Schritt wird die Veränderung der Stellung der beteiligten Unternehmen auf diesen Märkten durch den Zusammenschluss beurteilt.

13. Die beteiligten Unternehmen liefern Marktabgrenzungen sowie Marktanteilsschätzungen für all jene Märkte, auf denen sie tätig sind, die in einem Zusammenhang zum JV stehen und die durch Erreichen der 30 %-Schwelle betroffen sein könnten (vgl. Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU). Aufgrund der plausiblen Ausführungen betreffend potentiell vor-/nachgelagerte und benachbarte Märkte in der Meldung und den Kenntnissen aus dem Prüfverfahren Galexis AG/Pharmapool Aktiengesellschaft[14], konnte im Rahmen vorliegender Vorprüfung auf eine Vertiefung in denjenigen Bereichen verzichtet werden, die nicht mit der Geschäftstätigkeit des JV in Zusammenhang stehen.

14. Mit der Meldung beschränkt sich die nachfolgende Analyse damit auf die folgenden Geschäftstätigkeiten der Emeda AG (siehe vorne, Rz 9): ärztliche ambulante Leistungen[15], psychiatrische Betreuung, Advanced Care Planning, individuelles Medikamentenblistering, Zugang zum Vertriebskanal Apotheke (Retailmarkt) und Pharmagrosshandel im Apothekenkanal.

a. Ärztliche ambulante Leistungen

15. Die Emeda AG wird ärztliche ambulante Leistungen in Alters- und Pflegeheimen anbieten. Gemäss der Meldung werden viele Menschen in Alters- und Pflegeheimen von ihrem ursprünglichen Hausarzt behandelt/betreut und es gibt viele Hausärzte, welche Geriatrische Medizin und Betreuung der Patienten im Altersheim anbieten. Somit spreche einiges dafür, dass die hausärztliche Betreuung auch im Altersheim dem Markt für die ambulante medizinische Versorgung zugeteilt werden sollte.

16. Im vorliegend interessierenden Bereich hat sich die WEKO zu den **sachlichen** Marktabgrenzungen noch nicht geäussert.[16] Die Parteien gehen entsprechend in Anlehnung an einen Beschluss des Bundeskartellamts[17] von einer engstmöglichen Abgrenzung aus. Die Frage, ob der Markt für ambulante medizinische Versorgung

[7] Meldung, Rz 2.
[8] Meldung, Rz 57.
[9] Meldung, Rz 14.
[10] Vgl. detailliert Meldung, Rz 46 f.
[11] Vgl. Meldung, Abschnitt 2.2.2.
[12] Vgl. Meldung, Rz 3, sowie weitergehend Meldung, Bereich 2.2.3.
[13] Vgl. dazu ausführlich Meldung, Abschnitt 3.
[14] RPW 2018/2, 386 ff., *Galexis AG/Pharmapool Aktiengesellschaft*.
[15] Entgegen dem Vorschlag der Parteien, die sich auf einen Beschluss des Bundeskartellamtes (vgl. zu diesem nachstehend Rz 16) berufen, ist es angebracht, den Begriff «ärztliche ambulante Leistungen» anstelle von «ambulante medizinische Versorgung» anzuwenden.
[16] Siehe aber RPW 2013/1, 65 ff., *Rotkreuz-Notrufsystem*, in der Meldung abgehandelt in Zusammenhang mit dem Angebot eines telefonischen Nachthintergrunddienstes, sowie RPW 2020/4b, 1910, *Medbase/HCH/SDH/zahnarztzentrum.ch* für den dentalmedizinischen Bereich und eine potentielle Unterteilung nach Fachbereichen.
[17] Beschluss des Bundeskartellamtes B 3 – 33/20, Rz 214 (<https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/DE/Entscheidungen/Fusionskontrolle/2020/B3-33-20.pdf?__blob=publicationFile &v=4).

nach Fachgebieten weiter zu unterteilen ist, liess das Bundeskartellamt bislang offen. Es hielt indes fest, dass aus Sicht der Nachfrager eine Austauschbarkeit der ambulanten ärztlichen Krankenbehandlung durch verschiedene Fachärzte grundsätzlich zu verneinen sei.[18] **Räumlich** gehen die Parteien in Anlehnung an das Vorgehen des Bundeskartellamtes in besagtem Beschluss vom Vorliegen eines **lokalen** oder **regionalen** Marktes aus, wobei die Grösse der Region davon abhängen dürfte, wie das Versorgungsangebot in der Region ausgebaut ist.

17. Die genaue sachliche und räumliche Marktabgrenzung könne jedoch offengelassen werden, da selbst bei einer engstmöglichen Markabgrenzung kein betroffener Markt vorliege.[19]

b. Psychiatrische Betreuung

18. Der Geschäftsbereich Emeda der Medicall AG bietet Dienstleistungen im Bereich der Gerontopsychiatrie an. Das Bundeskartellamt hat bei psychiatrischen Dienstleistungen zumindest im stationären Bereich einen eigenen Markt abgegrenzt.[20] Die psychiatrischen Dienstleistungen im ambulanten Bereich könnten daher einen eigenen Markt bilden. **Räumlich** wird der Markt gemäss Meldung regional abgegrenzt, wobei die Grösse der Region jeweils vom Ausbau des Versorgungsangebotes abhängig sein dürfte.[21]

19. In keinem Fall liegt indes ein vom Zusammenschluss betroffener Markt vor, da gemäss der Meldung ausschliesslich der Geschäftsbereich Emeda und dieser nur in sehr limitiertem Umfang in der psychiatrischen Betreuung tätig ist […], geschätzter Marktanteil von [0–5] %.[22] Die sachliche und räumliche Marktabgrenzung kann folglich offen gelassen werden.

c. Advanced Care Planning

20. Gemäss der Meldung werden beim Advanced Care Planning vereinfacht ausgedrückt die Wünsche einer Privatperson bezüglich einer zukünftigen medizinischen Behandlung so festgehalten, dass sie in einer Krisensituation oder bei einer Krankheitsverschlechterung umgesetzt werden können. Patientenverfügungen sind teilweise nicht klar genug formuliert[23], mit einem Advanced Care Planning werden detailliertere Regelungen getroffen für den Fall, dass die zu behandelnde Person selbst nicht mehr urteilsfähig ist. Es handelt sich somit um eine Art erweiterte Patientenverfügung.[24] Nachfrager von Advanced Care Planning sind Privatpersonen, typischerweise dürfte es sich dabei vor allem um Personen handeln, bei denen eine medizinische Behandlung in naher Zukunft ansteht oder ältere Personen. Nach den vorliegenden Informationen wird diese Leistung von der Grundversicherung übernommen, wenn sie von einem Arzt / einer Ärztin erbracht wird. Andernfalls muss der Patient selbst dafür aufkommen.

21. Im Sinne einer engstmöglichen sachlichen Marktabgrenzung wird für die Zwecke der vorliegenden Beurteilung von einem Markt für Advanced Care Planning ausgegangen. Die Frage des räumlich relevanten Marktes kann auch offengelassen werden, da bei keiner denkbaren Abgrenzung ein betroffener Markt resultieren wird. Advanced Care Planning wird von zahlreichen Ärzten sowie von Spitälern wie dem Universitätsspital Zürich angeboten.[25]

d. Individuelles Medikamentenblistering

22. Das JV wird nicht selbst Medikamente verblistern, sondern die Verblisterung durch die Medifilm AG der Galenica AG vornehmen lassen. Gegenüber den Heimen bzw. deren Bewohnern wird das JV jedoch die Belieferung mit verblisterten Medikamenten anbieten und die entsprechenden Verträge abschliessen.

23. In **sachlicher Hinsicht** ist die individuelle Verblisterung von Medikamenten nicht durch die industrielle Verblisterung oder andere Verpackungsarten substituierbar. Seitens der Galenica Gruppe ist die Medifilm AG in diesem Bereich tätig. Die Medifilm AG kann Blisterleistungen nur auf Auftrag einer Apotheke hin erfüllen, da ihre Betriebsbewilligung auf das Umpacken im Auftrag einer Inhaberin einer kantonalen Detailhandelsbewilligung beschränkt ist. Primär beanspruchen die Apotheken die Leistungen der Medifilm AG (= Absatzmarkt). Auf der Beschaffungsseite treten insbesondere Pharmaunternehmen und Medikamentenhersteller auf. Im Zusammenschlussvorhaben *Galexis/Pharmapool* ging die WEKO von einem Markt für individuelles Medikamentenblistering aus.[26] Es gibt keinen Anlass, vorliegend von dieser Marktabgrenzung abzukommen.

24. Auch in **räumlicher Hinsicht** treffen die damaligen Ausführungen der WEKO weiterhin zu: Die individuelle Verblisterung erfolgt typischerweise gemäss der ärztlichen Verordnung und im Auftrag einer Apotheke. Die Auslieferung der individuellen Medikamentenblister erfolgt an die Apotheke, welche die Übergabe an den Patienten organisiert. Somit sind auch keine wesentlichen Hindernisse für eine Tätigkeit von Unternehmen im Bereich der individuellen Medikamentenverblisterung gegenüber Nachfragern in der gesamten Schweiz ersichtlich. So liefere die Medifilm AG weiterhin schweizweit.[27] Dementsprechend ist für die Zwecke des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens von einem nationalen Markt auszugehen.

25. Die Parteien schätzen den Marktanteil auf [10–20] % in der Schweiz. Im Ergebnis ist dieser Markt kein vom Zusammenschluss betroffener Markt und führt zu keinen wettbewerbsrechtlichen Bedenken.

---

[18] Entsprechendes erwog die WEKO im dentalmedizinischen Bereich, liess die Frage der Marktabgrenzung aber letztlich offen (RPW 2020/4b, 1910 Rz 15, *Medbase/HCH/SDH/zahnarztzentrum.ch*).
[19] Meldung, Rz 105 f.
[20] Beschluss des Bundeskartellamtes B 3 – 33/20, Rz 202 ff. (<https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/DE/Entscheidungen/Fusionskontrolle/2020/B3-33-20.pdf?__blob=publicationFile&v=4).
[21] Meldung, Rz 112 f.
[22] Meldung, Rz 114 ff.
[23] Vgl. auch die Homepage des Vereins 'Advance Care Planning – ACP Swiss', <https://www.acp-swiss.ch/>.
[24] Siehe zur Definition auch die Webseite des Universitätsspitals Zürich: <https://www.usz.ch/advance-care-planning/> (Meldung, Rz 117).
[25] Vgl. auch die Homepage des Vereins 'Advance Care Planning – ACP Swiss', <https://www.acp-swiss.ch/>.
[26] Vgl. RPW 2018/2, 397 f. Rz 105 f., *Galexis AG/Pharmapool Aktiengesellschaft*.
[27] Meldung, Rz 129.

e. Zugang zum Vertriebskanal Apotheke

26. Die Versorgung der Bewohner der Heime mit Medikamenten erfolge gemäss Meldung über das klassische ambulante System: Der Arzt verschreibt die Medikamente und der Heimbewohner wird entweder durch eine öffentliche Apotheke oder direkt durch den SD-Arzt versorgt. Heime haben normalerweise keine Detailhandelsbewilligung und verfügen entsprechend auch nicht über eine heiminterne Apotheke. Jeder Bewohner hat seinen eigenen Arzt, der entweder Medikamente abgibt oder individuell Rezepte ausstellt. Die Abrechnung findet durch die Apotheke (nach «leistungsorientierter Abgeltung» - LOA) oder den selbstdispensierenden Arzt, je nach individuellem Versicherungsvertrag des Patienten, statt. In der Westschweiz sei mitunter auch ein Modell anzutreffen, wonach das Heim selbst über eine Detailhandelsbewilligung verfügt („Spitalform"). In diesem Fall verkauft das Heim selbst die Medikamente an die Bewohner. Ein solches Heim benötigt eine kostenpflichtige kantonale Bewilligung, welche je nach Grösse der Heimapotheke relativ teuer sein könne. In der Deutschschweiz sei dieses Modell nicht verbreitet.[28]

27. Was die Medicall AG betreffe, so verkaufe diese die von den Heimbewohnern benötigten Medikamente zurzeit einzig über die in den Heimen tätigen SD-Ärzte direkt an die Bewohner. Die Heimbewohner haben die freie Arztwahl und können auch einen anderen Arzt konsultieren oder die Medikamente in einer Apotheke beziehen, selbst wenn sie von einem Medicall-Arzt betreut werden. Nach Vollzug der Transaktion wird das JV ein Nutzungsrecht an der von GaleniCare AG betriebenen Zentralapotheke in Niederbipp erhalten und dadurch indirekt eine Offizin-Apotheke inklusive Versandhandelsbewilligung betreiben. Die Ärzte der Medicall AG werden keine Medikamente mehr abgeben, sondern den Heimbewohnern Rezepte ausstellen. Letztere würden sodann auf Rezept durch die Zentralapotheke in Niederbipp mit Medikamenten beliefert, soweit sie nicht die Medikamente über andere Apotheken beziehen. Die Zentralapotheke wird bei Bestellungen dieser Heimbewohner auf Rechnung und im Auftrag der Emeda AG handeln.[29]

28. In **sachlicher Hinsicht** grenzte die WEKO bisher einen Markt für den Zugang zum Vertriebskanal Apotheke für Arzneimittel ab (**Absatzseite**). Kunden der Apotheken sind auf der Absatzseite vor allem Privatpersonen. Daneben versorgen gewisse Apotheken auch Heime.[30] Vorliegend wird die Zentralapotheke die Medikamente direkt den Heimbewohnern abgeben bzw. an die Heimbewohner liefern lassen im Auftrag und auf Rechnung der Emeda AG. Absatzseitig ist das JV somit auf dem Retailmarkt tätig, da es die Zentralapotheke nutzt.[31]

29. In **räumlicher Hinsicht** grenzte die WEKO einerseits einen nationalen und andererseits lokale Märkte ab. Der lokale Markt umfasst einen Umkreis von 15 Autofahrminuten um die jeweilige Apotheke. Für die Zwecke vorliegender Beurteilung sind die Effekte der Transaktion auf die lokalen Apothekenmärkte um die 18 von Emeda betreuten Heime abzuschätzen/zu beurteilen. Es interessieren diejenigen Heime, bei welchen bisher die SD-Ärzte von Medical AG direkt einem Teil der Bewohner Medikamente abgegeben haben.[32]

30. Auf dem Markt für den Zugang zum Vertriebskanal Apotheken bei **nationaler** Betrachtung ist die Helvetia Gruppe nicht tätig und belaufen sich die Marktanteile der Galenica auf [10–20] %. Bei **lokaler** Betrachtung der Apotheken, welche sich im Umkreis von rund 15 Autofahrminuten um die […] Pflegeheime befinden, welche von der Medicall AG Medikamente beziehen, sind zwei Konstellationen für dieses Zusammenschlussvorhaben von Interesse: […] und […] befinden sich beide in […]. Im Umkreis dieser Pflegeheime befinden sich acht Apotheken, wobei zwei zur Galenica Gruppe gehören. Bei einem durchschnittlichen Gesamtmarktvolumen von […] Mio. ergibt dies einen Marktanteil der Galenica von [20–30] %. Im Umkreis des Pflegeheims […] befinden sich 62 Apotheken, wobei neun Apotheken zur Galenica Gruppe gehören. Bei einem durchschnittlichen Gesamtvolumen von […] Mio. ergibt dies einen Marktanteil der Galenica von [20–30] %.

31. In Anbetracht dessen kann man zum Schluss kommen, dass auf der Ebene des Verkaufs (Apotheken) ein Zuwachs des Marktes für Galenica zu verzeichnen ist, der jedoch als sehr begrenzt angesehen werden kann, weil die Zahl der potenziellen Kunden gering ist und/oder weil Galenica bei den eigenen Apotheken Marktanteile zugunsten der Zentralapotheke verlieren könnte. Im Ergebnis führt dieser Markt zu keinen wettbewerbsrechtlichen Bedenken.

32. **Beschaffungsseitig** fragen die Apotheken die Lieferung von Arzneimitteln von Herstellern und Grossisten nach.[33] Die Pharmagrossisten bilden das traditionelle Bindeglied zwischen den Pharmaherstellern und dem Detailhandel. Sie sorgen für die Verteilung der Medikamente an die einzelnen Abnehmer. Die Grossisten lagern die Medikamente in Distributionszentren und beliefern den Detailhandel, d.h. sie transportieren die durch den einzelnen Detailhandelsanbieter bestellten Medikamente termingerecht vor Ort. Schliesslich beziehen die Leistungserbringer ihre Produkte teilweise auch direkt bei den Herstellern, d.h. nicht von einem Grossisten. Der Direktvertrieb ist insbesondere im Bereich der Spitäler üblich. Die Hersteller liefern aber auch in anderen Bereichen direkt an die Detailhandelsstufe, beispielsweise an Apothekenketten oder -gruppierungen (sogenannte Einkaufsgemeinschaften von unabhängigen Apotheken). Die Hersteller liefern auch direkt an einzelne Apotheken oder einzelne SD-Ärzte.[34] In räumlicher Hinsicht ist von einem nationalen Markt auszugehen.[35]

---

[28] Meldung, Rz 132.
[29] Meldung, Rz 133 f.
[30] RPW 2018/2, 397 Rz 98, *Galexis AG/Pharmapool Aktiengesellschaft*.
[31] Meldung, Rz 137.
[32] Vgl. Meldung, Rz 148 ff.
[33] Vgl. RPW 2009/2, 178 ff. Rz 35 und 44, *Sun Store/Aristea SA/Distripharm SA/Galenica AG*.
[34] Vgl. RPW 2006/3, 500 f. Rz 14 ff., *Galenica/Unione*.
[35] Vgl. RPW 2009/2, 181 Rz 56, *Sun Store/Aristea SA/Distripharm SA/Galenica AG*.

33. Bei der Emeda AG wird der Bezug der Medikamente durch die Zentralapotheke in Niederbipp erfolgen, welche ihrerseits die Medikamente von Grossisten ([…]) beziehen wird. Daher ist der Markt Pharmagrosshandel im Apothekenkanal als vorgelagerter Markt zu betrachten.

f. Pharmagrosshandel im Apothekenkanal

34. Vorliegend wird das JV Medikamente an die Bewohner der Heime verkaufen. Das JV wird über die Zentralapotheke Medikamente bei […] beziehen. Rein rechnerisch ist davon auszugehen, dass der Umsatz […] in der Höhe des Einkaufsvolumens der von der Medicall AG bzw. des Geschäftsbereichs Emeda verkauften Medikamente an die Heimbewohner erhöht wird. Dieser Umsatz war bislang dem Pharmagrosshandel im SD-Ärztekanal zugewiesen und wird durch die Umstellung der Abgabestelle (Zentralapotheke statt Medicall-SD-Ärzte) nun […] auf dem Markt für Pharmagrosshandel im Apothekenkanal anfallen.

35. In ihrer bisherigen Praxis zu Unternehmenszusammenschlüssen im Bereich des Gesundheitswesens differenzierte die WEKO in Bezug auf den Grosshandel von Medikamenten entsprechend den unterschiedlichen Bedürfnissen der Abnehmer nach Kanälen und grenzte die sachlichen Märkte Pharmagrosshandel im Apothekenkanal, SD-Ärztekanal, Spitalkanal und Drogeriekanal voneinander ab.[36] In räumlicher Hinsicht ist aufgrund der bisherigen Praxis der WEKO von einem nationalen Markt auszugehen.

36. Der Marktanteil der Galenica betrug 2020 mit CHF […] Mio. gemäss IQVIA[37] [40–50] %. Zudem ist zu berücksichtigen, dass bei einem Verkaufsvolumen des Geschäftsbereichs Emeda der Medicall AG von CHF […] im Jahr 2021 kein messbarer Marktanteilszuwachs bei der Galenica Gruppe eintreten wird. Der Effekt ist vernachlässigbar. Im Ergebnis führt dieser Markt zu keinen wettbewerbsrechtlichen Bedenken.

37. Unter dem Titel **Nebenabreden** führen die Parteien in der Meldung einerseits Vertragsbeziehungen auf, andererseits ein Konkurrenz- sowie Abwerbeverbot.

38. […].[38]

39. Inwiefern diese Vertragsbestimmungen mit dem Zusammenschlussvorhaben unmittelbar verbunden und für dieses notwendig sein sollen und somit als Nebenabreden qualifizieren können wird nicht ausgeführt. Sie können folglich nicht beurteilt werden und erfahren keine Legalisierung durch den fusionskontrollrechtlichen Entscheid der Wettbewerbskommission bzw. der Kammer für Unternehmenszusammenschlüsse.

40. Weiter vereinbaren die JV-Parteien, dass jeder Aktionär solange er Aktien hält und während […] Jahren nach gültiger Übertragung seiner Aktien keine der folgenden Handlungen vornimmt: […]

41. Neben Abwerbeverboten vereinbaren die Parteien damit Konkurrenzverbote sowohl für die Zeit des Bestands des Gemeinschaftsunternehmens als auch für den Zeitraum weiterer […] Jahre […].

42. Bezüglich Nebenabreden in Zusammenhang mit Unternehmenszusammenschlüssen hat die WEKO ihre Praxis grundsätzlich an der entsprechenden Bekanntmachung der EU-Kommission[39] zu Wettbewerbsverboten orientiert.[40] Wettbewerbsverbote im Verhältnis der Gründerunternehmen zu einem Gemeinschaftsunternehmen müssen sich in sachlicher Hinsicht auf die Waren, Dienstleistungen und Gebiete beziehen, die in der betreffenden Gründungsvereinbarung oder in der Satzung vorgesehen sind.[41] Räumlich haben sich Wettbewerbsverbote auf das Gebiet zu beschränken, in dem die Gründer die betreffenden Waren oder Dienstleistungen vor der Gründung des Gemeinschaftsunternehmens abgesetzt bzw. erbracht haben.[42] Zeitlich können zwischen den Gründerunternehmen und einem Gemeinschaftsunternehmen bestehende Wettbewerbsverbote so lange als mit der Durchführung des Zusammenschlusses unmittelbar verbunden und für diese notwendig angesehen werden, wie das Gemeinschaftsunternehmen besteht.[43] Die für Wettbewerbsverbote geltenden Grundsätze gelten gemäss der EU-Bekanntmachung auch für Abwerbeverbote.[44]

43. Die vereinbarten Konkurrenz- und Abwerbeverbote entsprechen in sachlicher und räumlicher Hinsicht den Vorgaben der Praxis der WEKO bzw. der EU-Kommission. In **zeitlicher Hinsicht** gehen sie über diese hinaus. In diesem Zusammenhang sei darauf hingewiesen, dass die Wettbewerbs- sowie Abwerbeverbote nur für die Dauer des Gemeinschaftsunternehmens als Nebenabreden eine Legalisierung durch den fusionskontrollrechtlichen Entscheid der Wettbewerbskommission bzw. der Kammer für Unternehmenszusammenschlüsse erfahren können. Verbote für die Zeit nach Ausscheiden eines Gesellschafters aus dem Gemeinschaftsunternehmen beschlagen ein anderes, späteres Zusammenschlussvorhaben und könnten nur im Rahmen eines neuerlichen Fusionskontrollverfahrens als zulässige Nebenabreden desselben qualifiziert werden. Dies bedeutet nicht, dass die fraglichen Klauseln kartellrechtlich unzulässig wären, sondern lediglich, dass die kartellrechtliche Zulässigkeit dieser Klauseln, insofern diese über die Dauer des Gemeinschaftsunternehmens hinaus gehen, nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens ist.[45]

---

[36] Vgl. RPW 2018/2, 395 Rz 78, *Galexis AG/Pharmapool Aktiengesellschaft*.
[37] <https://www.iqvia.com>
[38] Meldung, Rz 192 f.
[39] Bekanntmachung der Kommission über Einschränkungen des Wettbewerbs, die mit der Durchführung von Unternehmenszusammenschlüssen unmittelbar verbunden und für diese notwendig sind, ABl. C 56 vom 5. März 2005 S. 24 ff. (nachfolgend: EU-Bekanntmachung).
[40] Vgl. RPW 2020/2, 645 Rz 17, *Zürich Versicherungs-Gesellschaft AG/CSS Unternehmensgeschäft*; RPW 2018/4,865 Rz 57, *Bouygues Construction SA/Alpiq InTec AG/Kraftanlagen München GmbH*; RPW 2018/2, 382 Rz 62, *SDA/Keystone*.
[41] EU-Bekanntmachung (Fn 39), Rz 36.
[42] EU-Bekanntmachung (Fn 39), Rz 37.
[43] EU-Bekanntmachung (Fn 39), Rz 36.
[44] EU-Bekanntmachung (Fn 3), Rz 41.
[45] RPW 2020/3a, 1228 Rz 24, *Porsche/Munich RE/JV*.

44. Das in der Meldung genannte Wettbewerbsverbot und das Abwerbeverbot können damit im Rahmen des Dargelegten als zulässige Nebenabreden qualifiziert werden.

C Ergebnis

45. 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	**15. PAI Partners/Carlyle/Theramex**

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

Examen préalable; art. 4 al. 3, art. 10 et art. 32 al. 1 LCart

Esame preliminare; art. 4 cpv. 3, art. 10 e art. 32 cpv. 1 LCart

Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 12. Juli 2022

Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU vom 13. Juli 2022

1. Am 21. Juni 2022 hat die Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Danach beabsichtigen PAI Partners S.à.r.l., eine hundertprozentige Tochtergesellschaft von PAI Partners SAS (nachfolgend zusammen: **PAI Partners**), und CEP V Participations S.à.r.l. SICAR, die von Fonds kontrolliert wird, welche von The Carlyle Group Inc. verwaltet werden (nachfolgend zusammen: **Carlyle**), die gemeinsame Kontrolle über Theramex Healthcare Topco Limited und ihre direkten und indirekten Tochtergesellschaften (nachfolgend zusammen: **Theramex**) zu erwerben. Dies soll indirekt über das durch von PAI Partners und Carlyle verwaltete Fonds kontrollierte Akquisitionsvehikel Stars UK Bidco Limited (nachfolgend: **Bidco**) geschehen.

2. **PAI Partners** ist ein europäisches Private-Equity-Unternehmen mit Sitz in Paris (FR), das spezielle Private-Equity-Fonds mit einem Wert von mehr als […] EUR verwaltet. Die von PAI Partners verwalteten Fonds erwerben Mehrheitsbeteiligungen an Unternehmen, die in den Sektoren Unternehmensdienstleistungen, Lebensmittel und Konsumgüter, allgemeine Industrie und Gesundheitswesen tätig sind. PAI Partners verwaltet mehrere Investmentfonds, darunter PAI Europe VII-1 SCSp und PAI Europe VII-2 SCSp (nachfolgend zusammen: PAI Fonds), welche von der Transaktion betroffen sind.[1] PAI Partners ist der WEKO bereits aus früheren Fusionskontrollverfahren bekannt.[2]

3. **Carlyle** ist ein global tätiger Alternative Asset Manager mit Sitz in Washington D.C. (USA), welcher Fonds verwaltet, die weltweit in drei Anlagekategorien investieren: Global Private-Equity (einschliesslich Fonds für Corporate Private-Equity, Immobilien und natürliche Ressourcen), Global Credit (einschliesslich liquide Kredite, illiquide Kredite und Immobilienkredite) und Investment Solutions (Private-Equity-Dachfonds-Programm, welches Primärfonds, Sekundärfonds und damit verbundene Co-Investitionen umfasst).[3] Auch Carlyle ist der WEKO aus früheren Fusionskontrollverfahren bekannt.[4]

4. **Theramex** hat ihren Sitz in London (GBR) und ist ein weltweit tätiges Spezialpharmaunternehmen, welches sich auf Frauengesundheit spezialisiert hat. Der Fokus liegt in den Bereichen Verhütung, Fruchtbarkeit, Wechseljahre und Osteoporose. Das Unternehmen vertreibt eine breite Palette an innovativen Marken- und Generikaprodukten in zahlreichen Ländern der Welt.[5] […].[6]

5. […].[7]

6. Das Zusammenschlussvorhaben betrifft den **Erwerb der gemeinsamen Kontrolle** durch PAI Partners und Carlyle über Theramex im Sinne von Art. 2 Abs. 1 VKU. Für die Durchführung der Transaktion wird Bidco gestützt auf einen Aktienkaufvertrag die rechtlichen und wirtschaftlichen Anteile am gesamten ausgegebenen Aktienkapital von Theramex erwerben. Bidco ist indirekt zu 100 % in Besitz von […]. An […] besitzen sowohl PAI Partners durch die PAI Fonds als auch Carlyle durch den CEP V Fonds, der durch von Carlyle verwaltete Fonds kontrolliert wird, jeweils […] Anteile.[8]

7. Gemäss Aktienkaufvertrag können die Vertragsparteien vereinbaren, dass […]. Das verbleibende Management wie auch die neuen Investoren werden jedoch Minderheitsaktionäre bleiben. Folglich werden PAI Partners und Carlyle nach Abschluss der Transaktion die gemeinsame Kontrolle über Theramex ausüben.[9]

[…]

Abbildung Zielstruktur

(Quelle: Angaben der Parteien)

8. Darüber hinaus haben PAI Partners und Carlyle in einem Memorandum of Understanding bestimmte Grundsätze der gemeinsamen Führung («principles of governance») festgelegt, wobei die meldenden Parteien vereinbart haben, diese Grundsätze zu einem späteren Zeitpunkt in einem Aktionärbindungsvertrag zu formalisieren. Die Grundsätze der gemeinsamen Führung in Bezug auf das Akquisitionsvehikel Bidco und indirekt in Bezug auf Theramex werden die gemeinsame Kontrolle im Sinne von Art. 2 Abs. 1 VKU sicherstellen: […].[10]

9. Folglich erwerben PAI Partners und Carlyle mit dem vorliegenden Zusammenschlussvorhaben indirekt die gemeinsame Kontrolle im Sinne von Art. 2 Abs. 1 VKU über Theramex. Da die Anforderungen an ein Vollfunktionsunternehmen vorliegend keinen Anlass zu weiteren

[1] Vgl. Meldung Rz 7 f.
[2] RPW 2021/2, 521 ff., *PAI Partners/Apleona Group*; RPW 2014/2, 438 ff., *Carlyle/PAI/CST*.
[3] Vgl. Meldung Rz 11.
[4] RPW 2021/1, 277 ff., *The Carlyle Group/Acrotec Holding S.à.r.l*; RPW 2019/4, 1175 ff., *Carlyle Group/Mubadala Investment Company PJSC/CEPSA*.
[5] Vgl. Meldung Rz 18.
[6] Vgl. Meldung Rz 48.
[7] Vgl. Meldung Rz 24 und 26.
[8] Vgl. Meldung Rz 33 f.
[9] Vgl. Meldung Rz 35; Vgl. Anhang 1 Short Form CO vom 17.6.2022, Rz 42 ff.; vgl. Ergänzende Angaben gemäss E-Mail vom 5.7.2022.
[10] Vgl. Anhang 1 Short Form CO vom 17. Juni 2022, Rz 47; vgl. Ergänzende Angaben gemäss E-Mail vom 5.7.2022.

Ausführungen geben, handelt es sich somit um einen Unternehmenszusammenschluss im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG.[11]

10. Das vorliegende Zusammenschlussvorhaben wurde am 17. Juni 2022 auch bei der Europäischen Kommission angemeldet und wird von dieser derzeit ebenfalls geprüft.[12] Darüber hinaus unterliegt das Zusammenschlussvorhaben der Freigabe durch die Wettbewerbsbehörden in China (Freigabeerteilung erfolgte am 20. Juni 2022), Israel (Freigabeerteilung erfolgte am 18. Mai 2022), Marokko, Serbien und der Türkei, sowie der Genehmigung ausländischer Direktinvestitionen in Italien (Genehmigung erfolgte am 28. April 2022) und Deutschland.[13]

11. Die nachfolgende Tabelle zeigt, dass die Schwellenwerte gemäss Art. 9 Abs. 1 Bst. a und Bst. b KG *in casu* überschritten sind und das Zusammenschlussvorhaben somit meldepflichtig ist.

Beteiligte Unternehmen	Weltweite Umsätze[14] CHF[15] in Mio.	Schweizweite Umsätze CHF in Mio.
PAI Partners (2020)	[…]	[…]
Carlyle (2020)	[…]	[…]
Theramex (2021)	[…]	[…]
Total	[…]	[…]

Kumulierte Umsätze der beteiligten Unternehmen weltweit und in der Schweiz im letzten Geschäftsjahr

(Quelle: Angaben der Parteien)

12. Um zu beurteilen, ob Anhaltspunkte dafür bestehen, dass durch den Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt wird, sind zunächst die **relevanten Märkte** abzugrenzen. In einem zweiten Schritt wird die Veränderung der Stellung der beteiligten Unternehmen auf diesen Märkten durch den Zusammenschluss beurteilt.

13. Mit der Meldung beschränkt sich die nachfolgende Analyse auf die schweizerischen Tätigkeiten von Theramex sowie die Tätigkeiten von PAI Partners und Carlyle, die in dieselben Märkte wie die schweizerischen Aktivitäten von Theramex fallen, sowie mögliche vertikale Beziehungen, die sich aus dem Zusammenschlussvorhaben ergeben.[16]

14. Die Transaktion stellt sowohl für PAI Partners als auch für Carlyle eine finanzielle Investition dar. Mit Unterstützung der beiden Unternehmen wird Theramex versuchen, ihre Produktpalette in bestehenden und angrenzenden Therapiegebieten zu erweitern und die internationale Expansion zu beschleunigen.[17]

15. Theramex vertreibt derzeit in der Schweiz die folgenden Arzneimittel:

16. **Empfängnisverhütung**: Unter den Markennamen «Zoely», «Seasonique» und «Dretine/Dretinelle» vertreibt Theramex hormonelle Verhütungsmittel zur systemischen Anwendung in Tablettenform, welche von den Patientinnen oral eingenommen werden.[18]

17. **Fruchtbarkeit**: Unter dem Markennamen «Ovaleap» vertreibt Theramex ein ovulationsförderndes Mittel in Form einer Kartusche, welches den Patientinnen injiziert wird.[19]

18. **Osteoporose**: Unter dem Markennamen «Actonel» vertreibt Theramex ein Medikament zur Behandlung von Osteoporose in Tablettenform, welches von den Patientinnen oral eingenommen wird.[20]

19. Die meldenden Parteien liefern der Vollständigkeit halber Informationen zu weiteren Arzneimitteln von Theramex, welche seit kurzem in der Schweiz zugelassen sind.[21] Unter dem Markennamen «Livogiva» hat Theramex ein weiteres Medikament auf den Markt gebracht, welches zur Behandlung von Osteoporose eingesetzt wird und den Patientinnen als subkutane Injektion (unter die Haut) verabreicht wird.[22] Unter dem Markennamen «Systen» hat Theramex ein Produkt auf den

[11] Vgl. Meldung Rz 38.
[12] Vgl. KOMM, COMP/M. 10749 PAI Partners / The Carlyle Group / Theramex.
[13] Vgl. Meldung Fn. 1.
[14] Die Umsatzzahlen für das Jahr 2021 liegen PAI Partners und Carlyle derzeit noch nicht vor, weshalb diese die Umsatzinformationen für das Jahr 2020 ausweisen. Es sind keine Anhaltspunkte ersichtlich, wonach sich die Umsatzzahlen für das Jahr 2021 fundamental von denjenigen des Jahres 2020 unterscheiden werden Theramex kann bereits die Umsatzzahlen für das Jahr 2021 vorweisen.
[15] Umrechnung in Bezug auf PAI Partners und Carlyle nach Jahresmittel der Devisenkurse 2020 gemäss Publikation der Kursliste der Schweizerischen Nationalbank: EUR 1 = CHF 1.0702 (2020); Umrechnung in Bezug auf Theramex nach Jahresmittel der Devisenkurse 2021 gemäss Publikation der Kursliste der Schweizerischen Nationalbank: EUR 1 = CHF 1.0814 (2021).
[16] Vgl. Meldung Rz 2 und 55.
[17] Vgl. Meldung Rz 40.
[18] Vgl. Meldung Rz 72.
[19] Vgl. Meldung Rz 79.
[20] Vgl. Meldung Rz 100.
[21] Vgl. Meldung Rz 50.
[22] Vgl. Meldung Rz 93.

Markt gebracht, das in Form eines transdermalen Pflasters zur Behandlung der Menopause verabreicht wird.[23] […].[24] «Livogiva» und «Systen» sind zwar in der Schweiz auf dem Markt erhältlich, generieren aber noch keine Umsätze. […]. Mangels Marktanteile von Theramex in der Schweiz wird auf die soeben genannten pharmazeutischen Produkte nachfolgend nicht weiter eingegangen.

20. Arzneimittel können gemäss der ATC-Klassifikation (Anatomic Therapeutic Chemical Classification) eingeordnet werden. Für die Abgrenzung der einzelnen sachlich relevanten Märkte wird nach ständiger Praxis der WEKO den therapeutischen Klassen der ATC-Klassifikation (vorwiegend) der Stufe 3 gefolgt.[25] Die WEKO hat bis anhin noch keinen sachlichen Markt betreffend die oben erwähnten Arzneimittel definiert und schliesst nicht aus, dass eine Abgrenzung der sachlich relevanten Märkte auf ATC-Stufe 4 in gewissen Fällen opportun wäre. Zum Zwecke der Beurteilung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens wird für die Abgrenzung der sachlich relevanten Märkte auf die ATC-Stufe 3 abgestellt. Bei Arzneimitteln ist gemäss ständiger Praxis der WEKO von einem nationalen Markt auszugehen.[26] Es gibt vorliegend keinen Grund von dieser Praxis abzuweichen, weshalb als räumlich relevanter Markt für die obgenannten Arzneimittel das Gebiet der Schweiz gilt.

21. Die Parteien weisen die folgenden geschätzten[27] Marktanteile aus:

Segmente/Arzneimittel	ATC-3-Klassifikation	Theramex	PAI Partners	Carlyle
Empfängnisverhütung («Zoely»; «Seasonique»; «Dretine/Dretinelle»)	G3A	[0–5] %	0 %	0 %
Fruchtbarkeit («Ovaleap»)	G3G	[0–5] %	0 %	0 %
Osteoporose («Actonel»)	M5B	[0–5] %	0 %	0 %

Schätzungen gestützt auf von IQVIA bereitgestellte Marktdaten.

(Quelle: Angaben der Parteien, dargestellt durch Sekretariat)

22. Die geschätzten Marktanteile an den relevanten Märkten sind mit [0–5] % gering und liegen damit unter 20 %. Die definitive Marktabgrenzung kann aber letztlich offen gelassen werden: Auch bei hypothetischer Betrachtung eines engeren Marktes gestützt auf ATC Stufe 4 würden die Marktanteile von Theramex an den relevanten Märkten in der Schweiz gemäss Schätzungen der Parteien immer noch deutlich unter [0–10] % liegen.[28] Das Zusammenschlussvorhaben gibt gemäss Meldung darüber hinaus unabhängig von den Marktdefinitionen keinen Anlass zu wettbewerbsrechtlichen Bedenken.

23. Es bestehen keine horizontalen Beziehungen zwischen den Tätigkeiten von Theramex einerseits und den Tätigkeiten von Portfoliounternehmen von PAI Partners oder Carlyle andererseits in der Schweiz.[29] Die Parteien bestätigen, dass weder PAI Partners noch Carlyle derzeit Portfoliounternehmen kontrollieren, die auf dem G3A- oder G3G-Markt in der Schweiz tätig sind.[30] Zwar verkauft Altan Pharmaceuticals S.A. (Altan), das durch Ethypharm S.A.S. (Ethypharm), ein Portfoliounternehmen von PAI Partners, erworben wurde, M5B-Produkte in EU-Ländern, nicht aber in der Schweiz, weshalb es in der Schweiz in dieser Hinsicht keine horizontalen Überschneidungen gibt. Carlyle kontrolliert derzeit kein Portfoliounternehmen, das auf dem M5B Markt in der Schweiz tätig ist.[31]

24. Ausserdem begründet das Zusammenschlussvorhaben keine vertikalen Beziehungen zwischen den von PAI Partners oder Carlyle kontrollierten Portfoliounternehmen und Theramex.[32] PAI Partners kontrolliert zum einen SGD Pharma S.A. (nachfolgend: SGD), ein Produktionsunternehmen, das hauptsächlich Glasverpackungen für die pharmazeutische Industrie herstellt und vertreibt, und zum anderen Albéa, ein Unternehmen, das in der Herstellung und Vermarktung von Kunststoffverpackungen tätig ist und dabei auch eine sehr begrenzte Menge

[23] Vgl. Meldung Rz 86.
[24] Vgl. Meldung Rz 65.
[25] RPW 2016/1, 258 Rz 21, *Astorg/Goldman Sachs/HRA Pharma*; RPW 2013/1, 110 Rz 43 ff., *BristolMyers Squibb Company/Astra Zeneca PLC/Amylin Pharmaceuticals Inc.*; RPW 2011/4, 659 f. Rz 50 ff., *Galenica/Fresenius Medical Care*; RPW 2009/4, 351 Rz 25 ff., *Pfizer/Wyeth*.
[26] RPW 2011/4, 659 f. Rz 50 ff., *Galenica/Fresenius Medical Care*; RPW 2009/4, 351 Rz 25 ff., *Pfizer/Wyeth*.
[27] Die Anteile werden von den Parteien auf Grundlage des Verkaufswertes berechnet.
[28] Vgl. Meldung Rz 70, 77 und 98.
[29] Vgl. Meldung Rz 51 f.
[30] Vgl. Meldung Rz 74 und 81.
[31] Vgl. Meldung Rz 102.
[32] Vgl. Meldung 51 f.

von Kunststoffbehältern für pharmazeutische Produkte produziert und vertreibt. […] bestehen keine tatsächlichen oder potenziellen vertikalen Verbindungen zwischen SGD beziehungsweise Albéa und Theramex.[33] Eines der Portfoliounternehmen von Carlyle ist Curia Global Inc. (nachfolgend: Curia), welches ein CDMO ist, das pharmazeutische Wirkstoffe (nachfolgend: API) und pharmazeutische Fertigpräparate (nachfolgend: FDP) liefert. […] gibt es keine möglichen vertikalen Verbindungen zwischen Curia als CDMO von API und Theramex. Ebenso stellt Curia in der Schweiz keine FDP her und verkauft auch in der Schweiz keine FDP, die zur gleichen ATC Stufe 3 gehören wie die von Theramex vertriebenen Produkte. […]. Entsprechend gibt es keine möglichen vertikalen Verbindungen zwischen Curia als CDMO von FDP und Theramex.[34]

25. Weiter verfügt auch keines der beteiligten Unternehmen in der Schweiz über einen Marktanteil von 30 % oder mehr in Geschäftsbereichen, auf die sich das Zusammenschlussvorhaben bezieht.[35]

26. Zusammenfassend kann von der Unbedenklichkeit des gemeldeten Zusammenschlusses ausgegangen werden, da keine betroffenen Märkte im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU vorliegen.

27. Allenfalls enthaltene Nebenabreden werden der WEKO nicht explizit zur Prüfung unterbreitet. Sie sind damit nicht Gegenstand der vorliegenden Vorprüfung und erfahren keine Legalisierung durch den fusionskontrollrechtlichen Entscheid der WEKO beziehungsweise der Kammer für Unternehmenszusammenschlüsse.[36]

28. Die vorläufige Prüfung ergibt folglich 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.

[33] Vgl. Meldung Rz 51.
[34] Vgl. Meldung Rz 103.
[35] Vgl. Meldung Rz 53.
[36] Vgl. auch Merkblatt und Formular der WEKO, Meldung eines Zusammenschlussvorhabens vom 21.10.2014, Rz 19, <www.weko.admin.ch> > Rechtliches / Dokumentation > Meldeformulare > Merkblatt und Formular Zusammenschlussvorhaben (7.7.2022); sowie statt vieler RPW 2019/4, 1187 Rz 17 f., *Spital STS AG/Medbase AG*.

B 2.3	**16. ELSA/AAM-Aktionäre/AAM**

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

Examen préalable; art. 4 al. 3, art. 10 et art. 32 al. 1 LCart

Esame preliminare; art. 4 cpv. 3, art. 10 e art. 32 cpv. 1 LCart

Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 2. September 2022

Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU vom 7. September 2022

1. Am 10. August 2022 hat die Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Dieses betrifft die Erlangung gemeinsamer Kontrolle über das bestehende Gemeinschaftsunternehmen aaremilch AG (nachfolgend: GU oder AAM) durch die (derzeit kontrollierenden) Aktionäre der AAM (nachfolgend: AAM-Aktionäre) einerseits und neu der Estavayer Lait SA (nachfolgend: ELSA) andererseits. Im Rahmen der Transaktion erwirbt ELSA von AAM zudem die alleinige Kontrolle über die Simmental Switzerland AG.

2. ELSA mit Sitz in Estavayer-le-Lac (Schweiz) ist über die Migros Beteiligungen AG eine Tochtergesellschaft der Migros-Gruppe[1]. ELSA ist ein industrieller Milchverarbeitungsbetrieb, welcher Rohmilch verarbeitet und daraus diverse Milchprodukte herstellt (z.B. Konsummilch, Rahm, Joghurt, Desserts). Weiter produziert ELSA Soja-Produkte und andere vegetarische Produkte. Zudem bildet ELSA mit weiteren Gesellschaften die Gruppe ELSA/Mifroma, darunter u.a. die Mifroma SA, welche hauptsächlich im Bereich der Affinage sowie Verpackung von Käse tätig ist, die Dörig Käsehandel AG, welche hauptsächlich im Bereich der Produktion und Affinage von Käse tätig ist, die Schwyzer Milchhuus AG, welche primär im Bereich der Produktion und des Vertriebs von Käse und Frischmilchprodukten tätig ist.

3. AAM mit Sitz in Lyss (Schweiz) ist die Muttergesellschaft der AAM-Gruppe, zu welcher die in Diemtigen (Schweiz) ansässigen Gesellschaften Simmental Switzerland AG (nachfolgend: SiSwi), Energie Burgholz AG und Naturparkkäserei Diemtigtal AG gehören. AAM ist als Händlerin von Rohmilch tätig und kauft Rohmilch von den Milchproduzentinnen (Landwirtinnen und Landwirten) ein, organsiert die Abholung der Milch bei den Milchproduzentinnen oder Milchsammelstellen und deren Transport und verkauft die Rohmilch an Milchverarbeiterinnen und Käseproduzenten weiter. Zu den Kunden der AAM gehört auch ELSA. SiSwi ist im Bereich der Produktion und Affinage von Käse tätig und betreibt zu diesem Zweck eine Käserei in Oey im Diemtigtal. SiSwi bezieht hierzu Rohmilch von AAM und einen Teil dieser Rohmilch wird von ihr an ELSA weiterverkauft, welche ihrerseits diesen Teil der Rohmilch pasteurisiert, verpackt und vertreibt.

4. Die AAM-Aktionäre bestehen aus 35 sogenannten Milchringen und Käsereigenossenschaften. In den Milchringen sind die einzelnen Milchproduzentinnen (Landwirtinnen und Landwirte) zusammengeschlossen, welche ihrerseits als Vereine oder als einfache Gesellschaften organisiert sind. Die Milchringe nehmen die Interessen der Milchproduzentinnen gegenüber den Abnehmerinnen der Milch wahr, sie sind aber nicht als Wiederverkäuferinnen von Milch (Milchhändlerinnen) tätig. Die Käsereigenossenschaften sind genossenschaftlich organisierte Herstellerinnen von Käse und weiteren Milchprodukten, dabei handelt es sich überwiegend um kleine Dorfkäsereien. Das vorhandene Aktienkapital der AAM verteilt sich derzeit auf die obigen AAM-Aktionäre und den Aktienanteil des Veräussernden.

5. Mit dem Zusammenschlussvorhaben bezweckt die Migros-Gruppe, mit der indirekten Beteiligung über ELSA sicherzustellen, dass sie von der AAM-Gruppe auch weiterhin mit hochwertiger Rohmilch zu kompetitiven Preisen beliefert werde. Zudem solle die durch ELSA übernommene SiSwi zukünftig mit der Mifroma SA zusammenarbeiten und […], dies aufgrund […] und Effizienzvorteilen. Die AAM-Gruppe erhoffe sich durch die Investition der Migros-Gruppe, künftig effizienter zu werden und […].

6. Die AAM-Aktionäre und die ELSA (nachfolgend: die Parteien) werden künftig jeweils rund 47 % des Aktienkapitals von AAM halten. Zudem wird AAM auch selbst eigene Aktien im Umfang von 6 % des Aktienkapitals halten. Im geplanten Aktionärsbindungsvertrag werde vereinbart, dass die Parteien […] Vertreter im Verwaltungsrat […]. Strategische Entscheide würden […]. Die AAM-Aktionäre und ELSA werden daher die gemeinsame Kontrolle über das GU ausüben.

7. Das GU wird über eine eigene Marktpräsenz verfügen, d.h. es wird als unabhängige Nachfragerin und Anbieterin auf dem Markt auftreten. Das GU wird auch über ein eigenes Management und ausreichend Ressourcen verfügen, um als unabhängige Marktteilnehmerin tätig zu sein. Es ist zudem auf Dauer angelegt. Demnach sind die Anforderungen an ein Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmen mit dem vorliegenden Zusammenschlussvorhaben erfüllt.[2]

8. Aus den obigen Ausführungen ergibt sich, dass das geplante GU einen Unternehmenszusammenschluss im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG und Art. 2 VKU darstellt.

[1] Die Migros-Gruppe umfasst die zehn regionalen Genossenschaften, den Migros-Genossenschaftsbund (MGB) sowie weitere Tochtergesellschaften und Beteiligungen, darunter auch die Migros Beteiligungen AG.

[2] Vgl. u.a. RPW 2013/4, 664 Rz 21, *Mediaspectrum, Inc./Publigroupe S.A./xentive sa*; RPW 2016/1, 261 ff. Rz 36, *Tamedia/Tradono Denmark/Tradono Switzerland*.

9. Die Parteien erzielten im Geschäftsjahr 2021 insgesamt einen schweizweiten Umsatz von über CHF 500 Mio. und schweizweit jeweils einen solchen von über CHF 100 Mio., womit die Umsatzschwellen gemäss Art. 9 Abs. 1 KG erreicht sind und das vorliegende Zusammenschlussvorhaben meldepflichtig ist.

10. Die nachfolgende Analyse beschränkt sich auf Bereiche, in welchen das GU in der Schweiz tätig ist und daher die Wettbewerbssituation ändern könnte sowie die entsprechenden Aktivitäten der Parteien in diesen Bereichen. Konkret handelt es sich um die Bereiche für den Handel mit Rohmilch sowie die Bereiche für Produktion und Affinage von Käse.

11. Das GU (bzw. AAM) ist als Rohmilchhändlerin einerseits auf dem Beschaffungsmarkt und andererseits auf dem Absatzmarkt für Rohmilch tätig (vgl. Rz 3). Die WEKO ist in ihrer Praxis von einem beschaffungsseitigen Markt für Absatzmöglichkeiten für Rohmilch ausgegangen und hat sich zu dem absatzseitigen Bereich für den Handel mit Rohmilch bisher noch nicht geäussert.[3] Die Milchproduzentinnen (Landwirtinnen und Landwirte) treten auf dem beschaffungsseitigen Markt für Absatzmöglichkeiten für Rohmilch als Nachfragerinnen von Absatzmöglichkeiten für Rohmilch auf. Sie verkaufen ihre Rohmilch laut Angaben der Parteien entweder über Milchhändlerinnen, welche die Rohmilch an Milchverarbeiterinnen oder Käsereien weiterverkaufen, oder sie können die Rohmilch im Direktverkauf (ebenfalls an Milchverarbeiterinnen oder Käsereien) absetzen. Milchhändlerinnen und Direkteinkäuferinnen sind beide sogenannte «Erstmilchkäuferinnen», welche die Milch direkt bei den Milchproduzentinnen einkaufen. Anbieterinnen der Absatzmöglichkeiten der Milchproduzentinnen sind deshalb die Milchhändlerinnen und für die Direkteinkäufe die Milchverarbeiterinnen und die Käsereien. Vorliegend wird praxisgemäss im Sinne einer Arbeitshypothese von einem sachlichen Markt für Absatzmöglichkeiten für Rohmilch ausgegangen. Die genaue sachliche Abgrenzung kann offengelassen werden, da dies die Beurteilung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens nicht verändert.

12. Als Gegenstück zum Markt für Absatzmöglichkeiten von Rohmilch (Beschaffungsmarkt) ist ein absatzseitiger Handelsmarkt für Rohmilch abzugrenzen. Die Anbieterinnen auf diesem Markt sind einerseits die Milchhändlerinnen (z.B. AAM), welche die Rohmilch als Erstmilchkäuferinnen an Milchverarbeiterinnen und Käsereien (sog. «Zweitmilchkäuferinnen») weiterverkaufen. Als alternative Anbieterinnen seien neben den Milchhändlerinnen laut Angaben der Parteien auch die Milchproduzentinnen (Landwirtinnen und Landwirte) zu betrachten, welche die Rohmilch direkt an die Milchverarbeiterinnen und die Käsereien verkaufen. Sie seien ebenfalls Anbieterinnen auf dem Absatzmarkt und somit Wettbewerberinnen von AAM. Vorliegend wird im Sinne einer Arbeitshypothese von einem engen absatzseitigen sachlichen Markt für den Handel mit Rohmilch ausgegangen, welcher nur den Absatz von Rohmilch über Milchhändlerinnen umfasst. Die genaue sachliche Abgrenzung, insbesondere ob dieser Markt zusätzlich auch die Direktverkäufe der Milchproduzentinnen umfasst, kann offengelassen werden, da dies die Beurteilung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens nicht verändert.

13. Die WEKO ist in ihrer bisherigen Praxis beim beschaffungsseitigen sachlichen Markt für Absatzmöglichkeiten für Rohmilch in räumlicher Hinsicht von einem schweizweiten Markt ausgegangen.[4] Eine schweizweite Marktabgrenzung sei nach Auffassung der Parteien auch für den absatzseitigen sachlichen Markt für den Handel mit Rohmilch sachgerecht, da Nachfragerinnen von Rohmilch (z.B. Emmi, Nestlé, Cremo usw.) diese schweizweit einkaufen würden. Vorliegend ist im Sinne einer Arbeitshypothese für den beschaffungsseitigen sachlichen Markt für Absatzmöglichkeiten für Rohmilch und für den absatzseitigen sachlichen Markt für den Handel mit Rohmilch in räumlicher Hinsicht von schweizweiten Märkten auszugehen.

14. In Bezug auf den (absatzseitigen) Bereich für die Produktion von Käse ist die WEKO in ihrer bisherigen Praxis von einem separaten sachlich relevanten Markt für die Produktion von Hartkäse und von einem separaten sachlich relevanten Markt für die Produktion Halbhartkäse (inkl. Raclette-Käse) ausgegangen, wobei offengelassen wurde, ob Raclette-Käse (als Halbhartkäse) einen eigenen sachlich relevanten Markt für die Produktion von Raclette-Käse darstellen könnte.[5] Die WEKO ist zudem in ihrer bisherigen Praxis von einem sachlich relevanten Markt für die Affinage von Halbhart- und Hartkäse ausgegangen, liess aber offen, ob der Markt in einen sachlich relevanten Markt für die Affinage von Hartkäse und in einen separaten sachlich relevanten Markt für die Affinage von Halbhartkäse zu segmentieren ist.[6]

15. Die WEKO geht vorliegend im Sinne einer Arbeitshypothese von einem sachlichen Markt für die Produktion von Hartkäse, einem sachlichen Markt für die Produktion Halbhartkäse (inkl. Raclette-Käse) und einem sachlichen Markt für die Produktion von Raclette-Käse aus. Weiterhin wird vorliegend im Sinne einer Arbeitshypothese von einem sachlichen Markt für die Affinage von Hartkäse und einem sachlichen Markt für die Affinage von Halbhartkäse ausgegangen. Die genaue sachliche Abgrenzung, insbesondere ob einzelne oder alle Märkte zusammenzufassen sind, kann offengelassen werden, da dies die Beurteilung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens nicht verändert.

16. In räumlicher Hinsicht sei, gemäss Angaben der Parteien, für die Märkte für die Produktion und Affinage von Halbhart- und Hartkäse eine schweizweite Marktabgrenzung sachgerecht, da die Nachfragerinnen (im Wesentlichen die Detail- und Grosshändlerinnen) die Produkte schweizweit nachfragen würden. Auch die WEKO ist in ihrer bisherigen Praxis von schweizweiten Märkten ausgegangen.[7] Vorliegend ist im Sinne einer Arbeitshypothese für den sachlichen Markt für die Produktion von Hartkäse, für den sachlichen Markt für die Produktion Halbhartkäse (inkl. Raclette-Käse), für den sachlichen

[3] Vgl. u.a. RPW 2006/2, 269 ff., Rz 64 und Rz 77, *Emmi AG/Aargauer Zentralmolkerei AG AZM*; RPW 2010/3, 573 f., Rz 15, *Emmi/Fromalp*.
[4] Vgl. RPW 2006/2, 271 f., Rz 77; RPW 2010/3, 573 f., Rz 15, *Emmi/Fromalp*.
[5] Vgl. u.a. RPW 2010/3, 574 f., Rz 16 und Rz 21, *Emmi/Fromalp*.
[6] RPW 2008/4, 664 Rz 21, *Mifroma SA/Emil Dörig Käsehandel AG*; RPW 2010/3, 575, Rz 18, *Emmi/Fromalp*.
[7] RPW 2008/4, 665 Rz 25, *Mifroma SA/Emil Dörig Käsehandel AG*; RPW 2010/3, 576 ff., Rz 30 und Rz 38 ff., *Emmi/Fromalp*.

Markt für die Produktion von Raclette-Käse, für den sachlichen Markt für die Affinage von Hartkäse und den sachlichen Markt für die Affinage von Halbhartkäse in räumlicher Hinsicht von schweizweiten Märkten auszugehen.

17. Auf dem beschaffungsseitigen Markt für Absatzmöglichkeiten für Rohmilch schätzen die Parteien schweizweit die Marktanteile des GU (bzw. AAM) auf [0–10] %, der Migros-Gruppe auf [0–10] % und der SiSwi auf 0 %. Für den absatzseitigen Markt für den Handel mit Rohmilch geben die Parteien ihre schweizweiten Marktanteile für AAM mit [10–20] %, für die Migros-Gruppe mit 0 % sowie für SiSwi mit [0–10] % an.

18. Der nachfolgenden Tabelle 1 sind die Marktanteile des GU (bzw. AAM), von ELSA (bzw. der Migros-Gruppe) sowie SiSwi auf dem Markt für die Produktion von Hartkäse, dem Markt für die Produktion Halbhartkäse (inkl. Raclette-Käse), dem Markt für die Produktion von Raclette-Käse, dem Markt für die Affinage von Hartkäse und dem Markt für die Affinage von Halbhartkäse zu entnehmen.

Tabelle 1: Marktanteile Produktion und Affinage von Käse – Schweiz

Marktanteile Produktion und Affinage von Käse (2021, Schweiz)			
	Migros-Gruppe	**AAM**	**SiSwi**
Markt für die Produktion von Hartkäse	[0–10] %	0.0 %	[0–10] %
Markt für die Produktion Halbhartkäse (inkl. Raclette-Käse)	[0–10] %	0.0 %	[0–10] %
Markt für die Produktion von Raclette-Käse	[0–10] %	0.0 %	[0–10] %
Markt für die Affinage von Hartkäse	[10–20] %	0.0 %	[0–10] %
Markt für die Affinage von Halbhartkäse	[0–10] %	0.0 %	[0–10] %

Quelle: Angaben und Schätzungen der Parteien.

19. Damit führt das Zusammenschlussvorhaben zu keinen betroffenen Märkten und zu keinen wettbewerbsrechtlichen Bedenken.

20. 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	**17. Universitätsspital Basel/Bethesda Spital 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

Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 7. September 2022

Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU vom 8. September 2022

A Sachverhalt

1. Am 10. August 2022 hat die Wettbewerbskommission die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Danach beabsichtigt das Universitätsspital Basel, von der Stiftung Diakonat Bethesda 60 % der Aktien der Bethesda Spital AG zu übernehmen.

Die Unternehmen

2. Das **Universitätsspital Basel** (nachfolgend: **USB**) ist ein durch den Kanton Basel-Stadt zu 100 % beherrschtes Unternehmen in der Form einer selbständigen öffentlich-rechtlichen Anstalt mit eigener Rechtspersönlichkeit und Sitz in Basel. Das USB ist ein öffentliches Spital der Maximalversorgung. Es dient gemäss § 3 Abs. 1 ÖSpG[1] der kantonalen, regionalen und überregionalen medizinischen Versorgung im Rahmen der Leistungsaufträge gemäss KVG[2]. Zudem trägt das USB im Rahmen von Leistungsvereinbarungen mit Hochschulen zur Forschung und Lehre bei und erbringt bedarfsgerecht gemeinwirtschaftliche Leistungen (vgl. § 3 Abs. 2 und 3 ÖSpG). Die Leistungsaufträge im Bereich der hochspezialisierten Medizin (nachfolgend: HSM) sind auf der nationalen Spitalliste des HSM-Beschlussorgans[3] ersichtlich.

3. Insgesamt stellt das USB 705 Plan-Betten und über 100 Spezialbetten (Intensivstation, Intermediate care, Isolierstation, Stroke Unit, Nuklearmedizin und Kurzzeitklinik) zur Verfügung. Neu ist das Kerngeschäft des USB, nach einer Reorganisation 2021, in folgende sieben Departemente organisiert:

- Akutmedizin
- Brust, Bauch und Becken
- Kopforgane, Wirbelsäulen- und Neuromedizin
- Kreislauf, Thorax und Transplantation
- Muskuloskelettales System
- Theragnostik
- Prozesse, Planung und Steuerung

4. Das USB hält an folgenden Unternehmen eine Mehrheitsbeteiligung und die Umsätze und Aktivitäten dieser Unternehmen sind dem USB zuzurechnen:

- Die **Healthcare Infra AG** (100 %) hat die Funktion der Bauherrin der Immobilien des USB. Sie vermietet ausschliesslich ihre Immobilien an das USB.
- Die **Rhenus Ergotherapie GmbH** (100 %) und ihre hundertprozentige Tochtergesellschaft die Rhenus Ronk GmbH betreiben zusammen das Medizinische Versorgungszentrum (nachfolgend: **MVZ**) mit Sitz in Lörrach. Das 2012 gegründete MVZ stellt eine interdisziplinäre ambulante Klinik dar, die in den Bereichen Mund-, Kiefer- und Gesichtschirurgie, Strahlentherapie bzw. Radioonkologie sowie Ergotherapie tätig ist.
- Die **Rhenus Infra AG** (100 %) hat die Funktion der Bauherrin der Immobilien des MVZ. Sie vermietet ausschliesslich ihre Immobilien an das MVZ und erbringt daher im vorliegend relevanten Markt keine Dienstleistungen.
- Die **Numeraria AG** (100 %) ist die Muttergesellschaft des Zentrums für Bilddiagnostik AG in Basel und des Zentrums für Bilddiagnostik (Muttenz) AG in Muttenz. Die Numeraria Gruppe bietet im Bereich der diagnostischen Radiologie ambulante Leistungen in Muttenz und in Basel an.
- Die **Videris AG** (100 %) wurde im Jahre 2020 gegründet. Es handelt sich um ein diagnostisches Zentrum für Augenheilkunde, das ambulante chirurgische Eingriffe anbieten wird. Die operative Tätigkeit wurde erst im Herbst 2021 aufgenommen.
- Die **MIAC AG** (60 %) entstand aus einer ehemaligen Forschungsgruppe des USB. Die MIAC AG ist national und international im Bereich der quantitativen Bildanalyse für neuro-degenerative Erkrankungen tätig. Neben dem Angebot von spezifischen Dienstleistungen unterstützt sie die Lehre und die klinische Forschung in diesem Gebiet.

5. Der Kanton ist im Besitz folgender weiterer Unternehmen, die teilweise in den vorliegend interessierenden Bereichen tätig sind: Das **Universitäts-Kinderspital beider Basel** (nachfolgend: UKBB) sowie die **Universitäre Altersmedizin Felix Platter** (nachfolgend: FPS). Letztere ist spezialisiert auf die akute Altersmedizin,

[1] Gesetz vom 16. Februar 2011 über die öffentlichen Spitäler des Kantons Basel-Stadt (Öffentliche Spitäler-Gesetz, ÖSpG; SG BS 331.100).
[2] Bundesgesetz vom 18. März 1994 über die Krankenversicherung (Krankenversicherungsgesetz, KVG; SR 832.10).
[3] Mit weitergehenden Ausführungen RPW 2018/4, 1014 Rz 39, *Universitätsspital Basel-Stadt/Kantonsspital Basel-Land*.

Alterspsychiatrie und Rehabilitation. Sodann sind die **Universitären Psychiatrischen Kliniken** (nachfolgend: UPK) im Kantonsbesitz.[4] Die drei Schwesterunternehmen sind gemäss der Meldung nicht im Bereich der Akutsomatik der Erwachsenenmedizin tätig und verfügen über Leistungsaufträge in anderen Bereichen als das USB.[5]

6. Einen Bezug zum inskünftigen Tätigkeitsbereich der BSB weist das UKBB im Bereich Geburtshilfe/Neonatologie auf, das FPS im Bereich Rehabilitation. So bietet das USB zusammen mit dem UKBB ein Perinatalzentrum mit Leistungsaufträgen gemäss der Interkantonalen Vereinbarung über die hochspezialisierte Medizin (IVHSM) an. Die Neugeborenen-Intensivpflege (Neonatologie) befindet sich dabei räumlich direkt neben den Gebärsälen des USB, gehört organisatorisch aber zum UKBB. Die Bereiche der Neonatologie sowie der Rehabilitation sind indes vom Zusammenschlussvorhaben nicht direkt betroffen (keine Marktanteilsadditionen) und auch nicht in massgeblichem Umfang tangiert.

7. Die **Stiftung Diakonat Bethesda** (nachfolgend: **SDB**) ist ein der Evangelisch-methodistischen Kirche nahestehendes und von Bethesda-Diakonissen gegründetes Werk. Sie lanciert sozial-diakonische Projekte, betreibt in Basel ein Akutspital und in verschiedenen Deutschschweizer Kantonen Alterszentren.

8. Die **Bethesda Spital AG** (nachfolgend: **BSB**) ist ein gemeinnütziges, steuerbefreites Privatspital und eine Tochtergesellschaft der gemeinnützigen, steuerbefreiten SDB als Muttergesellschaft. Die BSB gehört zu 100 % der SDB. Die BSB ist Bestandteil der kantonalen, regionalen und überregionalen medizinischen Versorgung und hält Leistungsaufträge der Kantone BS und BL. Die BSB ist eine zertifizierte Ausbildungsstätte der SIWF (Schweizerisches Institut für ärztliche Weiter- und Fortbildung) und folgende Kliniken der BSB sind SIWF zertifiziert: Klinik für Rheumatologie, Klinik für Rehabilitation, Klinik für Innere Medizin, Klinik für Frauenmedizin und Klinik für Psychiatrie & Psychosomatik.

9. Insgesamt stellt die BSB 120 Betten zur Verfügung und ist unterteilt in die Kernkompetenzen Frau & Geburt (Gynäkologie und Geburtshilfe – Grundversorgung ab 34. SSW), und Bewegungsapparat und Rehabilitation (Orthopädie, Rheumatologie, Handchirurgie, Wirbelsäulenchirurgie, Rehabilitation, nicht abschliessend).

Gründe und Ziele des Zusammenschlusses

10. Gemäss Meldung pflegen die BSB und das USB seit 2020 eine sehr enge Zusammenarbeit im Bereich der Orthopädie. Seitdem betreibt das USB die «Orthopädie Klinik Bethesda» am Standort Bethesda, welche 2021 in die Spitallisten der Kantone Basel-Stadt und Basel-Land aufgenommen wurde.[6] Mit dem Zusammenschlussvorhaben haben die BSB und das USB beschlossen, ihre Kooperation zu vertiefen. Die strategische Kooperation zwischen einer privaten (gemeinnützigen) und einer öffentlich-rechtlichen Institution bezweckt, gemeinsam – sowohl bezüglich Medizin als auch bezüglich Innovation und Forschung – qualitativ hochstehende Leistungen anzubieten und damit im nationalen und internationalen Wettbewerb zu bestehen. Ein ideal aufeinander abgestimmtes Leistungsangebot im Sinne einer abgestuften Versorgung, eine gemeinsame Aus- und Weiterbildung, koordinierte Forschungsaktivitäten und die Umsetzung neuer Behandlungsmethoden im klinischen Betrieb beider Standorte, sowie gezielte Investitionen in das Areal und die Infrastruktur, seien die wichtigsten Vorteile einer vertieften Kooperation gestützt auf die angestrebte Mehrheitsbeteiligung.[7] Die beiden Spitäler realisierten dadurch das Gebot der Stunde und den politischen Willen zu integrierter Versorgung und Kooperation. Sie nutzten die Möglichkeiten des Gesundheitsmarktes, in dem Zusammenarbeitsformen zwischen öffentlichen und privaten Spitälern mehr und mehr zum Alltag gehören.[8]

11. Konkret handelt es sich beim Zusammenschlussvorhaben um eine Beteiligung an einer bestehenden Gesellschaft, die als eigenständige Aktiengesellschaft weitergeführt werden soll.[9] Die Parteien beabsichtigen mit der Kooperation, das standortspezifische Angebot in den bestehenden Kernkompetenzen der BSB («Bewegungsapparat & Rehabilitation» und «Frau & Geburt») weiter zu stärken.[10] Dazu wird die bestehende elektive Orthopädie […] werden. Durch eine definierte Kooperation aller Disziplinen, die zum Bewegungsapparat gehören, soll den Patienten eine optimale Versorgung und mit der Rehabilitation ein lückenloser Behandlungspfad angeboten werden. Auch die Geburtshilfe wird am Standort Bethesda gebündelt. Zusammen mit dem Standort USB für komplexe Geburten oder Entbindungen bei Patientinnen mit Komorbiditäten kann so das ganze Spektrum der Geburten aus einer Hand abgedeckt werden.[11] Insgesamt planen die beiden Spitäler damit, ihre Behandlungen in folgenden vier gemeinsamen Zentren mit überregionaler Ausstrahlung zu bündeln und ihre ambulanten und stationären Angebote gemeinsam weiterzuentwickeln: ein muskuloskelettales Zentrum und ein Wirbelsäulenzentrum sowie ein Zentrum Frau und Kind und ein Brust- und Beckenbodenzentrum.[12]

12. Schliesslich soll ein geplantes, im Detail aber noch nicht konkretisiertes ambulantes Zentrum den stationären Leistungsbereich ergänzen.[13]

Früheres Zusammenschlussvorhaben in der Gesundheitsregion Basel

13. Das USB war bereits 2017 in ein den Wettbewerbsbehörden gemeldetes Zusammenschlussvorhaben bestehend aus einer Fusion zwischen dem USB selbst und dem Kantonsspital Basel-Land (nachfolgend KSBL) involviert.[14] Wie aus den verschiedenen Verweisen in den Fussnoten hervorgeht, hat die Wettbewerbskommission

[4] Meldung, Rz 31 ff.
[5] Meldung, Rz 34.
[6] Meldung, Rz 38. Die Leistungserbringerin im Bereich der elektiven Orthopädie ist das USB, welche aktuell bei der BSB eingemietet ist (Stellungnahme vom 27.06.2022, S. 3).
[7] Meldung, Rz 39, 43 f.
[8] Meldung, Rz 12.
[9] Meldung, Rz 39.
[10] Meldung, Rz 45.
[11] Meldung, Rz 44 f.
[12] Meldung, Rz 10.
[13] Meldung, Rz 46.
[14] Dieses scheiterte letztlich an der Urne und wurde nicht umgesetzt.

dieses Geschäft in einer zweiten Phase gründlich geprüft. Sie kam zu dem Ergebnis, dass trotz des Vorliegens von Anhaltspunkten, die auf die Begründung einer marktbeherrschenden Stellung durch das neue Unternehmen schliessen lassen, diese nicht zu einer Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs auf den damals definierten relevanten Märkten führen wird, insbesondere angesichts der im Grundversicherungsbereich geltenden Regulierung.[15] Soweit keine Gründe für eine abweichende Beurteilung vorliegen, kann im Rahmen der vorliegenden vorläufigen Prüfung auf die damaligen Überlegungen und Schlussfolgerungen abgestellt werden.

B Erwägungen

B.1 Geltungsbereich

14. Das Kartellgesetz[16] 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

15. Als Unternehmen gelten sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform (Art. 2 Abs. 1bis KG).

16. Die Frage, ob der Kanton oder das USB als das beteiligte Unternehmen gilt, ist vorliegend nicht zu beantworten, da so oder anders ein meldepflichtiger Zusammenschluss vorliegt. Mit dem Zusammenschlussvorhaben USB/KSBL wird für die Zwecke vorliegender Zusammenschlusskontrolle vom USB als beteiligten Unternehmen ausgegangen.[17] Daneben ist die BSB als solches Unternehmen zu qualifizieren.

B.1.2 Unternehmenszusammenschluss

17. 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).

18. Das USB plant, von der SDB 60 % der Aktien der BSB zu übernehmen. Gemäss der Meldung handelt es sich um eine Beteiligung an einer bestehenden Gesellschaft, die als eigenständige Aktiengesellschaft weitergeführt wird. Die BSB soll als eigenständige Klinik, mit Charakter eines Privatspitals, erhalten bleiben.[18] Gemäss Angaben des meldenden Unternehmens gehen die dem veräussernden Unternehmen und damit dem zukünftigen Minderheitsaktionär verbleibenden Rechte nicht über solche zum Schutz von Minderheitsgesellschaftern hinaus. Diese reflektierten den Willen, die BSB als eigenständiges Spital weiterzuführen. Gemäss der Meldung erwirbt das USB mit der angestrebten Mehrheitsbeteiligung alleinige Kontrolle über die BSB.

19. Das vorliegende Zusammenschlussvorhaben stellt damit einen Unternehmenszusammenschluss gemäss Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG dar.

B.2 Vorbehaltene Vorschriften

20. 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).

21. In Bezug auf Spitalfusionen bestehen keine vorbehaltenen Vorschriften. Diese sind wie andere Unternehmenszusammenschlüsse auch bei Vorliegen der Voraussetzungen (Unternehmenszusammenschluss sowie Erreichen der Meldeschwellen) den Wettbewerbsbehörden zur Zusammenschlusskontrolle zu melden. Die bestehenden regulatorischen Rahmenbedingungen, insbesondere die im stationären sowie ambulanten Bereich geltenden Tarifsysteme sowie die nationale sowie kantonalen Spitalplanungen[19], sind sodann bei der materiellen Beurteilung zu berücksichtigen.[20]

B.3 Meldepflicht

22. Vorhaben über Zusammenschlüsse von Unternehmen sind vor ihrem Vollzug der Wettbewerbskommission zu melden, sofern die beteiligten Unternehmen im letzten Geschäftsjahr vor dem Zusammenschluss einen Umsatz von insgesamt mindestens 2 Milliarden Franken oder einen auf die Schweiz entfallenden Umsatz von insgesamt mindestens 500 Millionen Franken erzielten; und mindestens zwei der beteiligten Unternehmen einen Umsatz in der Schweiz von je mindestens 100 Millionen Franken erzielten (Art. 9 Abs. 1 Bst. a und Bst. b KG).

[15] RPW 2018/4, 1029 Rz 150, *Universitätsspital Basel-Stadt/Kantonsspital Basel-Land*.
[16] Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251).
[17] Vgl. dazu ausführlich RPW 2018/4, 1013 Rz 31, *Universitätsspital Basel-Stadt/Kantonsspital Basel-Land*.
[18] Meldung, Rz 39.
[19] RPW 2018/4, 1016, Rz 53 ff., *Universitätsspital Basel-Stadt/Kanntonsspital Basel-Land*.
[20] RPW 2018/4, 1018 Rz 66, *Universitätsspital Basel-Stadt/Kantonsspital Basel-Land*.

23. 2021 wurden die folgenden Umsätze erzielt:

Tabelle 1: Umsätze im Geschäftsjahr 2021 USB/BSB

Unternehmen	**Umsatz weltweit (in Mio.)**	**Umsatz Schweiz (in Mio.)**
USB (inkl. Beteiligungen[21])	1’270.06	1'266.36
BSB	101.41	101.41
Total	**1'371.47**	**1'367.77**

Quelle: Angaben der Parteien[22]

24. Die Schwellenwerte gemäss Art. 9 Abs. 1 Bst. a und b KG sind erreicht, weshalb das Zusammenschlussvorhaben meldepflichtig ist.

B.4 Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens im Rahmen der vorläufigen Prüfung

25. 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). Sodann kann die Wettbewerbskommission einen Unternehmenszusammenschluss untersagen oder mit Auflagen zulassen, wenn die entstandene oder verstärkte marktbeherrschende Stellung die Gefahr der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs mit sich bringt.[23]

26. 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.

27. 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.

28. Gemäss den Angaben der Parteien werden folgende Leistungsbereiche durch das Zusammenschlussvorhaben tangiert:

[21] Dazu oben, Rz 4.
[22] Meldung, Rz 48.
[23] BGE 133 II 104, 108 E. 6.3., *Swissgrid*.

Tabelle 2: Marktanteile in den wichtigsten Leistungsbereichen (> 5 %) der meldenden Unternehmen

Leistungsbereiche	Marktanteile USB	BSB	Total	Marktanteils-addition	Betroffener Markt
> als 20% Marktanteil gemeinsam					
Akutstationäre Spitaldienstleistungen in den relevanten SPLG, Grundversicherung	[20-30]%	[0-10]%	[30-40]%	Ja	Ja
Akutstationäre Spitaldienstleistungen in den relevanten SPLG, Zusatzversicherung	[20-30]%	[0-10]%	[30-40]%	Ja	Ja
>als 30% Martkanteil allein					
Dermatologie	[50-60]%	0.0%	[50-60]%	Nein	Ja
Geburtshilfe (GEB1.1, GEB1.1.1)	[80-90]%	0.0%	[80-90]%	Nein	Ja
Gefässe	[50-60]%	0.0%	[50-60]%	Nein	Ja
Gynäkologie (PLC1)	[60-70]%	0.0%	[60-70]%	Nein	Ja
Hämatologie	[40-50]%	0.0%	[40-50]%	Nein	Ja
Herz	[60-70]%	0.0%	[60-70]%	Nein	Ja
Nephrologie	[40-50]%	0.0%	[40-50]%	Nein	Ja
Neurochirurgie	[70-80]%	0.0%	[70-80]%	Nein	Ja
Neurologie (NEU2, NEU2.1, NEU3, NEU3.1, NEU4, NEU4.1, NEU4.2)	[50-60]%	0.0%	[50-60]%	Nein	Ja
Ophthalmologie	[30-40]%	0.0%	[30-40]%	Nein	Ja
Pneumologie	[50-60]%	0.0%	[50-60]%	Nein	Ja
Rheumatologie (RHE2)	[40-50]%	0.0%	[40-50]%	Nein	Ja
Thoraxchirurgie	[50-60]%	0.0%	[50-60]%	Nein	Ja
Transplantationen	[50-60]%	0.0%	[50-60]%	Nein	Ja

Quelle: Angaben der Parteien, Tabelle: Aufstellung des Sekretariates

29. Die Parteien stellen für die Marktabgrenzung auf den Gegenstand des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens und damit die Leistungsbereiche, welche von den geplanten Zentren abgedeckt werden sollen, ab. Sie fassen die darin enthaltenen Spitalleistungsgruppen (nachfolgend: **SPLG**), für welche sowohl das USB als auch die BSB einen Leistungsauftrag haben, zu einem *Markt für akutstationäre Spitaldienstleistungen in den relevanten SPLG (Gesamtmarkt)* zusammen.[24] Die übrigen SPLG, für welche nur eines der beteiligten Unternehmen einen Leistungsauftrag hat, fassen die Parteien unter dem jeweiligen Leistungsbereich zusammen und prüfen für diesen das Vorliegen eines Marktanteils von mindestens 30 %. Vereinzelte entsprechende Behandlungen des jeweils anderen Unternehmens sind vernachlässigbar.[25] In Bezug auf diese potentiellen Märkte ohne Anteilsadditionen, auf denen USB Marktanteile von 30 % oder mehr hält, haben die Parteien weiter folgende Angaben gemacht:

30. Ausschliesslich die Leistungsbereiche Bewegungsapparat (wird von beiden Spitälern angeboten) und Rheumatologie könnten als benachbarte Bereiche betrachtet werden, in denen die BSB und das USB im Rahmen des muskuloskelettalen Zentrums zusammenarbeiten werden. Als Beispiel nennen sie die Behandlung von degenerativen Gelenkkrankheiten wie Arthrose, die je nach Krankheitsbild Dienstleistungen von beiden Leistungsbereichen in Anspruch nehmen kann. Die Berührungspunkte dieser beiden Leistungsbereiche seien jedoch so schwach, dass nicht von einer gegenseitigen Beeinflussung der Marktverhältnisse auszugehen sei. Die übrigen Leistungsbereiche (und damit auch die von ihnen jeweils umfassten SPLG) stehen gemäss den Parteien nicht in vor- und nachgelagerten bzw. in benachbarten Verhältnissen zueinander.[26]

31. Weiter beabsichtige die BSB nicht, in neue Märkte einzutreten, die nicht dem aktuellen kantonalen Leistungsauftrag entsprechen. Ein Markeintritt in zusätzliche SPLG setze zudem einen Entscheid der kantonalen Gesundheitsdirektion in Basel-Stadt voraus. Weder die BSB noch das USB hätten demnach die Möglichkeit, ohne Zustimmung des Kantons in zusätzliche Märkte ausserhalb der in der aktuellen Spitalliste zugewiesenen Leistungsaufträge einzutreten. Das Leistungsangebot der BSB und des USB sei somit durch die gesundheitliche Versorgungsplanung des Kantons vorgegeben.[27]

[24] Meldung, Rz 60 ff., 75.
[25] Meldung, Rz 130 ff.
[26] Stellungnahme vom 27.08.2022, Antwort auf Frage 8, S. 6.
[27] Schreiben vom 8.08.2022, Antwort auf Frage 8, S. 5 und 6.

32. Das Beispiel der Orthopädie Klinik Bethesda (bisherige Kooperation) zeigt demgegenüber auf, dass Änderungen (Neuvergabe von Leistungsaufträgen) möglich sind und gerade auch Kooperationen zur Erreichung dieses Ziels in Betracht kommen. Da jedoch gemäss den Angaben der Parteien keine vor-/nachgelagerten bzw. benachbarten Verhältnisse vorliegen und sie offenbar keine Absicht haben, in weitere Leistungsbereiche vorzustossen, kann mit den Parteien im Ergebnis davon ausgegangen, dass sich die Situation in den von den Parteien genannten Leistungsbereichen, in denen nur das USB über einen Leistungsauftrag sowie Markanteile von 30 % oder mehr verfügt, durch das Zusammenschlussvorhaben nicht verändern wird. Die entsprechenden aus Tabelle 2 ersichtlichen Leistungsbereiche werden daher vorliegend nicht weiter analysiert.

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. In Anlehnung an die Überlegungen bei der Analyse des Zusammenschlussvorhabens USB/KSBL kann vorliegend mindestens von einem Markt für akutstationäre Spitaldienstleistungen ausgegangen werden[28]. Dieser wurde damals gegenüber ambulanten Spitaldienstleistungen[29] und der Rehabilitation[30] abgegrenzt. Für eine weitergehende Markterfassung sind keine Gründe ersichtlich. Als **weitest möglicher Markt** kommt daher auch vorliegend ein **Markt für akutstationäre Spitaldienstleistungen** in Betracht. Sodann wurde letzterer bei der Prüfung USB/KSBL weiter in einen Grund- und Zusatzversicherungsbereich unterteilt. Eine engere Marktabgrenzung war insbesondere aufgrund der Beteiligung zweier Maximalversorger nicht notwendig. Nachfolgend wird geprüft, welche weiteren Segmentierungen *in casu* angezeigt sein könnten.

35. In Betracht kommen neben der angesprochenen grundsätzlichen Unterteilung der Leistungen in einen Grund- und Zusatzversicherungsbereich die Unterteilung nach der Eintrittsart in geplante (elektive) Behandlungen und Notfälle sowie nach SPLG.

B.4.1.1.1. Grundsätzliche Unterteilung in Leistungen im Grund- und Zusatzversicherungsbereich

36. Bereits in der Untersuchung Tarifverträge Zusatzversicherung Kanton Luzern wurden Grundversicherung, Halbprivat- und Privatversicherung als gesonderte Märkte betrachtet.[31] Auch beim Zusammenschlussvorhaben USB/KSBL wurden die Wettbewerbswirkungen für den Markt akutstationäre Spitaldienstleistung im Grundversicherungsbereich und den Markt für akutstationäre Spitaldienstleistungen im Zusatzversicherungsbereich getrennt analysiert.[32] Gründe von dieser Praxis abzuweichen sind nicht ersichtlich. Die Wettbewerbswirkungen werden damit auch vorliegend für den Grundversicherungsbereich und für den Zusatzversicherungsbereich getrennt analysiert.

B.4.1.1.2. Grundsätzliche Unterteilung in geplante (elektive) Behandlungen und Notfälle

37. Bei der Prüfung des Zusammenschlussvorhabens USB/KSBL wurde zwischen geplanten (elektiven) Behandlungen und Notfällen unterschieden.[33] Anders als in besagtem Zusammenschlussvorhaben fusionieren vorliegend nicht zwei Spitäler der Maximalversorgung. Das USB bietet im Rahmen seiner Tätigkeit und gemäss seinen Leistungsaufträgen mit dem Kanton eine Notfallversorgung an. Die BSB hat keine eigentliche Notfallstation und erbringt keine Notfallversorgung, […] (vgl. […] [vorne, Rz 11]). In der Praxis stehen die beiden Unternehmen in dieser Art von Fällen damit nicht im Wettbewerb und werden es auch nach dem hier beschriebenen Vorhaben nicht sein.[34] Die Wettbewerbssituation im Bereich der Notfallmedizin wird sich durch das Zusammenschlussvorhaben nicht verändern. Entsprechend und anders als im Fall USB/KSBL wird der relevante Markt deshalb vorliegend nur unter Berücksichtigung der elektiven Behandlungen und nicht der Notfälle definiert.

B.4.1.1.3. Weitere Unterteilung nach Leistungsbereichen bzw. SPLG

38. Bereits im Rahmen der Prüfung des Zusammenschlussvorhabens USB/KSBL hielt die Wettbewerbskommission 2017 fest, dass die Patientin und der Patient als Marktgegenseite das umfassende Angebot eines Spitals grundsätzlich als Bündel verschiedener akutstationärer Spitaldienstleistungen wahrnehmen. Der Patient nimmt aber nie das gesamte Dienstleistungsangebot eines Spitals in Anspruch. Dies hat dafürgesprochen, den Markt für akutstationäre Spitaldienstleistungen weiter nach Fachgebieten und damit Leistungsbereichen zu unterteilen. Dem standen andererseits Praktikabilitätsüberlegungen zufolge Überschneidungen der einzelnen Leistungsbereiche in der Praxis gegenüber.[35]

39. Die Wettbewerbskommission betonte in der damaligen Entscheidung, dass eine weitere Aufteilung des relevanten Marktes angezeigt ist, wenn sich der Zusammenschluss auf die Wettbewerbssituation in den unterschiedlichen Fachgebieten auswirken[36].

---

[28] RPW 2018/4, 1020 Rz 80 ff., *Universitätsspital Basel-Stadt/Kantonsspital Basel-Land*.
[29] RPW 2018/4, 1020 Rz 82 ff., *Universitätsspital Basel-Stadt/Kantonsspital Basel-Land*; für die Definition und Abgrenzung gegenüber anderen Leistungsarten vgl. RPW 2018/4, 1014 f. Rz 42 f. und 1015 Rz 50 f., *Universitätsspital Basel-Stadt/Kantonsspital Basel-Land*.
[30] RPW 2018/4, 1011 Rz 5, *Universitätsspital Basel-Stadt/Kantonsspital Basel-Land*.
[31] RPW 2008/4, 556 Rz 83, *Tarifverträge Zusatzversicherung Kanton Luzern*.
[32] RPW 2018/4, 1020 Rz 86 ff., *Universitätsspital Basel-Stadt/Kantonsspital Basel-Land*.
[33] RPW 2018/4, 1020 Rz 86 ff., *Universitätsspital Basel-Stadt/Kantonsspital Basel-Land*.
[34] Siehe auch die vorgesehene Aufgabenteilung zwischen USB und BSB, Rz 41.
[35] Vgl. ausführlicher RPW 2018/4, 1024 f. Rz 119 ff., *Universitätsspital Basel-Stadt/Kantonsspital Basel-Land*.
[36] RPW 2018/4, 1021 Rz 92 ff., *Universitätsspital Basel-Stadt/Kantonsspital Basel-Land*.

40. In Form eines Ausbaus des standortspezifischen Angebots in den Kernkompetenzen der BSB planen die Zusammenschlussparteien die Bündelung ihrer Behandlungen in folgenden spezialisierten Zentren:

- ein muskuloskelettales Zentrum (Orthopädie und Rehabilitation),
- ein Wirbelsäulenzentrum,
- ein Zentrum Frau und Kind (Geburtshilfe) sowie
- ein Brust- und Beckenbodenzentrum.[37].

41. Dabei soll die bereits im Rahmen der bestehenden Kooperation im Bereich der Orthopädie angestrebte standortadäquate Patientenversorgung (Konzentration auf Hochleistungs- und Notfallmedizin am Standort USB und auf elektive und ambulante Eingriffe am Standort Bethesda) vertieft und auf weitere Bereiche (GEB) ausgedehnt werden.

42. Damit stehen in Zusammenhang mit einer potentiellen Veränderung der Wettbewerbsverhältnisse insbesondere diejenigen Leistungsbereiche und von diesen umfassten SPLG im Fokus, welche in beiden Spitälern angeboten werden und für welche beide Spitäler einen Leistungsauftrag aufweisen (nachfolgend: **gemeinsame SPLG**). Dies sind die Leistungsbereiche der von beiden Spitälern abgedeckten SPLG mit Leistungsauftrag gemäss nachstehender Tabelle:

Tabelle 3: Übersicht über die gemeinsamen Leistungsbereiche/SPLG

	Leistungsgruppe	SPLG	Bezeichnung
1	**BPE**		**Basispaket für elektive Leistungserbringer**
2	**BEW**		**Bewegungsapparat chirurgisch**
		BEW2	Orthopädie
		BEW3	Handchirurgie
		BEW8	Wirbelsäulenchirurgie
		BEW8.1	Spezialisierte Wirbelsäulenchirurgie
3	**GEB**		**Geburtshilfe**
		GEB1	Grundversorgung Geburtshilfe ab 34.SSW und >= 2000g
4	**GYN**		**Gynäkologie**
		GYN1	Gynäkologie
		GYN2	Maligne Neoplasien der Mamma
		GYNT	Gynäkologische Tumore
5	**NEO**		**Neugeborene**
		NEO1	Grundversorgung Neugeborene ab GA 34 0/7 SSW und GG 2000g
6	**NEU**		**Neurologie**
		NEU1	Neurologie
7	**RHE**		**Rheumatologie**
		RHE1	Rheumatologie
8	**URO**		**Urologie**
		URO1	Urologie ohne Schwerpunktstitel Operative Urologie
		URO1.1	Urologie mit Schwerpunktstitel Operative Urologie

Quelle: Angaben der Parteien, Aufstellung des Sekretariats

43. Die Übernahme der Mehrheitsbeteiligung an der BSB durch das USB wirkt sich folglich primär auf die Wettbewerbssituation in diesen Leistungsbereichen mit gemeinsamen SPLG (nachfolgend: **relevante Leistungsbereiche/SPLG**) aus.[38] Entsprechend dem Zweck des Vorhabens werden für die Zwecke der Beurteilung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens die Märkte damit den relevanten Leistungsbereichen/SPLG entsprechend abgegrenzt.

[37] Meldung, Rz 10; s.a. vorne, Rz 11. Geplant, im Detail aber noch nicht konkretisiert, ist auch ein ambulantes Zentrum (Meldung, Rz 46).
[38] Meldung Rz. 60 ff. und 121.

B.4.1.1.4. Zusammenfassung

44. Gestützt auf diese Ausführungen wird zusammengefasst von folgenden Märkten ausgegangen:

Im **Grundversicherungsbereich** einer- und **im Zusatzversicherungsbereich** andererseits von **je einem Markt für elektive akutstationäre Spitaldienstleistungen im Leistungsbereich**

- **Basispaket für elektive Leistungserbringer/ BPE,**
- **Gynäkologie/GYN (GYN 1/2/T),**
- **Geburtshilfe/GEB (GEB1),**
- **Bewegungsapparat chirurgisch/BEW (BEW2/3/ 8/8.1),**
- **Rheumatologie/RHE (RHE1),**
- **Neugeborene/NEO (NEO1),**
- **Neurologie/NEU (NEU1) und**
- **Urologie/URO (URO1/1.1).**

B.4.1.2 Räumlich relevanter Markt

45. 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).

46. Bei der Prüfung des Zusammenschlussvorhabens USB/KSBL hat die Wettbewerbskommission die Region nördlich des Jura als räumlich relevanten Markt[39] definiert. Sie hat dazu eine Analyse der Patientenströme vorgenommen und sich an die US-amerikanische Praxis angelehnt. Entsprechend dieser Praxis wird die Analyse der Patientenströme durch Erhebung von zwei Kennzahlen vorgenommen: LIFO ("Little in from outside") und LOFI ("Little out from inside"). Dabei bezieht sich das „in" bzw. „out" nicht auf die Patienten, sondern auf den Import bzw. Export von Gesundheitsdienstleistungen.[40]

47. Dank seiner profunden Kenntnisse der stationären Versorgungslandschaft in der Nordostschweiz, aktuellen Daten aus der Medizinischen Statistik der Krankenhäuser des Bundesamtes für Statistik und spezifischen internen Auswertungen zur Versorgungslandschaft Schweiz in der Region nördlich des Jura kann das USB plausibel bestätigen, dass sich die damaligen Daten zu den Patientenströmen nicht wesentlich verändert haben dürften und die damaligen Schlussfolgerungen zur Abgrenzung des räumlich relevanten Marktes daher bis heute Gültigkeit beanspruchen können.[41]

48. Für die oben definierten sachlich relevanten Märkte wird entsprechend jeweils von einem räumlich relevanten Markt, der die **Region nördlich des Jura** umfasst, ausgegangen.

B.4.2 Voraussichtliche Stellung in den betroffenen Märkten

B.4.2.1 Vorbemerkungen

49. Bevor der aktuelle Wettbewerb untersucht wird, ist es wichtig darauf hinzuweisen, dass die BSB als eigenständige Klinik, mit Charakter eines Privatspitals, weiter erhalten bleiben soll (s.a. vorne, Rz 18).[42] Sowohl das USB als auch die BSB sollen weiterhin als eigenständige Rechtssubjekte mit separaten Leistungsaufträgen im Grundversicherungsbereich agieren.[43] In der Grundversorgung sollen die Dienstleistungen weiterhin an den Standorten beider Spitäler angeboten werden.[44]

50. Zufolge der Gründung spezialisierter Zentren und der geplanten Steuerung der Patienten (Konzentration auf Hochleistungs- und Notfallmedizin einer-, und auf elektive und ambulante Eingriffe andererseits) ist vorliegend davon auszugehen, dass die Spitäler (und insb. die BSB) von den Patienten und Patientinnen (mittelfristig) auch in ihren Spezialisierungen/Kernkompetenzen wahrgenommen werden und sich die Wettbewerbssituation primär in diesen Bereichen ändern könnte.

51. Diese Informationen sind für die Analyse des aktuellen Wettbewerbs von zentraler Bedeutung. Das Ziel der USB-Beteiligung besteht nicht darin, einen einheitlichen Block oder eine einheitliche Front in gemeinsamen Tätigkeitsbereichen zu schaffen und damit seine wirtschaftliche Stärke durchzusetzen. Vielmehr sollen die Voraussetzungen für ergänzende und spezialisierte Spitaldienstleistungen durch zwei eigenständige Kliniken geschafft werden (abgestufte, integrierte Versorgung).

B.4.2.2 Aktueller Wettbewerb

B.4.2.2.1. Akutstationäre elektive Spitaldienstleistungen je relevantem Leistungsbereich/SPLG im Grundversicherungsbereich

52. Ausgehend von der erfolgten Marktdefinition ergeben sich die folgenden Marktanteile der beiden Unternehmen:

[39] Diese Region beinhaltet den gesamten Kanton Basel-Landschaft, den gesamten Kanton Basel-Stadt, Teile des Kantons Aargau und Teile des Kantons Solothurn.
[40] Vgl. ausführlich für das Vorgehen und die relevanten Zahlen RPW 2018/4, 1022 Rz 102 ff., *Universitätsspital Basel-Stadt/Kantonsspital Basel-Land*.
[41] Meldung, Rz 93 f.
[42] Meldung, Rz 39.
[43] Meldung, Rz 116. Stationäre Leistungsangebote sind an das Rechtssubjekt gebunden (zugewiesene Leistungsaufträge gemäss der Spitalliste; Stellungnahme vom 27.06.2022, Antwort auf Frage 3).
[44] Meldung, Rz 209.

Tabelle 4: Marktanteile betreffend Fallzahlen im Grundversicherungsbereich für akutstationäre elektive Spitaldienstleistungen in den einzelnen relevanten Leistungsbereichen/SPLG in der Region nördlich des Jura im Jahr 2020

	Marktanteile in %			
Allgemein versicherte Patienten				
	USB	**BSB**	**Total**	**Andere Konkurrenten**
BPE	[10-20]%	[0-10]%	[20-30]%	[70-80]%
BEW (BEW2, BEW3, BEW8, BEW8.1)	[10-20]%	[10-20]%	[30-40]%	[60-70]%
GEB	[20-30]%	[40-50]%	[70-80]%	[20-30]%
GYN (GYN1, GYN2, GYNT)	[20-30]%	[30-40]%	[50-60]%	[40-50]%
NEO	[30-40]%	[0-10]%	[40-50]%	[50-60]%
NEU	[10-20]%	[30-40]%	[40-50]%	[50-60]%
RHE	[0-10]%	[30-40]%	[40-50]%	[50-60]%
URO (URO1, URO1.1)	[20-30]%	[0-10]%	[30-40]%	[60-70]%

Quelle: Meldung, Beilage 17, Aufstellung des Sekretariats

53. Die differenzierte Betrachtung der Marktanteile gemäss Tabelle 4 ergibt ein anderes Bild als bei gesamthafter Betrachtung der gemeinsamen Leistungsbereiche, wie von den Parteien vorgeschlagen (vgl. dazu vorne, Rz 28 f.). Somit erscheint die bei der sachlichen Marktabgrenzung vorgenommene weitere Unterteilung sachgerecht.

54. Während in den meisten Leistungsbereichen allein gestützt auf die Marktanteile keine Anhaltspunkte für die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung vorliegen, scheinen die Zahlen in zwei Leistungsbereichen auf das Gegenteil hinzudeuten: Im Leistungsbereich **Gynäkologie (GYN1/2/T)** und, mehr noch, im Leistungsbereich **Geburtshilfe (GEB1)** werden USB und BSB nach dem Zusammenschluss einen bedeutenden Marktanteil halten. Gemeinsam betrachtet verdoppeln sich ihre Marktanteile nahezu. In diesen Leistungsbereichen bestehen damit bereits aufgrund der Marktanteile Anhaltspunkte für die Begründung einer marktbeherrschenden Stellung.

55. Diese Ergebnisse sind insofern nicht überraschend, als eine Konzentration von Leistungen in der Natur des 2012 mit der neuen Spitalfinanzierung eingeführten Systems liegt und politisch erwünscht ist (dazu sowie zur geforderten Nutzung von Synergien, s.a. Art. 58d Abs. 4 KVV[45]). Es ist erwiesen, dass im Allgemeinen mit der Zahl der durchgeführten Behandlungen auch die Qualität der Operationen und des postoperativen Verlaufs zunimmt. Diese Effekte sollen zum Tragen kommen und zu einer Dämpfung des Kostenanstiegs in der obligatorischen Krankenversicherung beitragen oder zumindest die Rendite jedes investierten Frankens verbessern (verbessertes Preis-Leistungsverhältnis). Aus diesen Gründen legen die Kantone im Rahmen der Spitalplanung zu erreichende Mindestfallzahlen als Kriterium für die Erteilung des Leistungsauftrages fest. Diese sind in der Tendenz steigend.

56. Eine Rationalisierung der Leistungen ist deshalb unumgänglich geworden, insbesondere seit der Einführung der Swiss-DRG. Diese verlangen von den Spitälern, vor allem den weniger leistungsfähigen, ihre Kosten zu senken, um sie mit den auf Benchmarking basierenden Tarifen decken zu können. Auch der Entscheid von USB und BSB, die Leistungsbereiche, in denen sie beide tätig sind, besser zu koordinieren, soll dazu beitragen. Dies gilt insbesondere für GEB und GYN, in welchen die Tarife sowohl im obligatorischen als auch im Zusatzversicherungsbereich […].[46] Hinzu kommt, dass der Spielraum für Rationalisierung durch Standardisierung oder den Einsatz neuer Techniken insbesondere in Bezug auf die Leistung der GEB begrenzt zu sein scheint. Eine Spezialisierung auf wenige Anbieter stellt vor diesem Hintergrund eine nachvollziehbare Entwicklung dar.

57. Nicht gegen eine marktbeherrschende Stellung, wohl aber gegen eine damit verbundene Möglichkeit der Beseitigung des Wettbewerbs spricht sodann der folgende Umstand: Die Wettbewerber werden im Bereich der GEB weiterhin knapp [20-30] % bzw. im Bereich der GYN mehr als [40-50] % des Marktes abdecken. Diese stellen für die Patientinnen damit Alternativen bei der Wahl des Spitals für Behandlungen in diesen beiden Leistungsbereichen dar und dürften eine gewisse disziplinierende Wirkung gegenüber der neuen Struktur haben. Schliesslich kann jede Umstrukturierung und damit auch die neue Aufgabenteilung (Konzentration auf Hochleistungs- und Notfallmedizin einer-, und auf elektive und ambulante Eingriffe andererseits), wie sie mit der Beteiligung des USB an der BSB angestrebt wird (siehe Rz 50), auch zu einer Verlagerung von Patientinnen zu Konkurrenten führen. Dies geschah anfänglich bspw. auch bei der Kooperation im Bereich der Orthopädie.[47]

[45] Verordnung über die Krankenversicherung vom 27. Juni 1995 (KVV; SR 832.102); Meldung, Rz 91.
[46] Ergänzung zur Meldung vom 29.08.2022, Seite 3 und 4.
[47] Aussage basierend auf von den Parteien eingereichten Zahlen.

58. Diese Einschätzungen werden auch von der Entwicklung der Marktanteile in den Jahren 2018–2020 gestützt:

Tabelle 5: Marktanteile betreffend Fallzahlen im Grundversicherungsbereich für akutstationäre elektive Spitaldienstleistungen in GEB und GYN in der Region nördlich des Jura im Jahr 2020

	Marktanteile in %			
Allgemein versicherte Patienten	**USB**	**BSB**	**Total**	**Andere Konkurrenten**
GEB				
2018	[20-30]%	[40-50]%	[70-80]%	[20-30]%
2019	[20-30]%	[40-50]%	[70-80]%	[20-30]%
2020	[20-30]%	[40-50]%	[70-80]%	[20-30]%
GYN				
2018	[20-30]%	[30-40]%	[50-60]%	[40-50]%
2019	[20-30]%	[30-40]%	[50-60]%	[40-50]%
2020	[20-30]%	[30-40]%	[50-60]%	[40-50]%

Quelle: Angaben der Parteien; Aufstellung des Sekretariates

59. In den letzten Jahren sind in beiden Tätigkeitsbereichen vergleichbare Entwicklungen zu beobachten. Die Marktanteilszahlen waren tendenziell leicht rückläufig zugunsten der Konkurrenz. Dies ist ein weiterer Hinweis darauf, dass Bewegung im Markt vorhanden ist und von der Konkurrenz noch Restwettbewerb ausgeht. Nicht anders sieht es im Übrigen im Leistungsbereich der Orthopädie und damit dem Bereich der bisherigen Kooperation aus. Betrachtet man die Marktanteilszahlen der Jahre 2015–2020 scheint letztere an dieser Entwicklung zumindest bis anhin nichts geändert zu haben.[48]

60. Folglich ist davon auszugehen, dass die aktuelle Konkurrenz auch nach Vollzug des Zusammenschlussvorhabens noch eine disziplinierende Wirkung haben wird. Diese Überlegungen stehen unter der Prämisse, dass der oder die Kantone (Basel-Stadt und/oder Basel-Land) nicht beschliessen, ihre Spitalliste zu ändern und den einen oder anderen Konkurrenten in diesen Tätigkeitsbereichen auszuschliessen. Infolge ihrer hoheitlichen Tätigkeit in der Spitalplanung hätten die Kantone diese Möglichkeit indes bereits heute. Bleibt zu berücksichtigen, dass die privaten Trägerschaften angemessen in die kantonale Spitalplanung einzubeziehen sind (vgl. Art. 39 Abs. 1 Bst. d KVG). Da das Kartellgesetz auf die Spitalplanung gemäss Art 39 KVG nicht anwendbar ist, entzieht sich diese Beurteilung und damit die Problematik jedoch der Kompetenz der Wettbewerbskommission.[49]

B.4.2.2.2. Akutstationäre elektive Spitaldienstleistungen je relevantem Leistungsbereichen/SPLG im Zusatzversicherungsbereich

61. Für die Analyse im Bereich der Zusatzversicherungen sind gleichsam die vorangestellten Ausführungen zur neuen Struktur, die durch die Beteiligung des USB an der BSB entstehen wird, bedeutsam und zu berücksichtigen. Die Zahlen für die einzelnen Leistungsbereiche sind in der nachstehenden Tabelle zusammengefasst:

[48] Meldung, Beilage 17, Berechnung des Sekretariates.

Tabelle 6: Marktanteile betreffend Fallzahlen im Zusatzversicherungsbereich für akutstationäre elektive Spitaldienstleistungen in den einzelnen relevanten Leistungsbereichen/SPLG in der Region nördlich des Jura im Jahr 2020

	Marktanteile in %			
Privat und halbprivat versicherte Patienten	**USB**	**BSB**	**Total**	**Andere Konkurrenten**
BPE	[10-20]%	[0-10]%	[10-20]%	[80-90]%
BEW (BEW2, BEW3, BEW8, BEW8.1)	[20-30]%	[10-20]%	[30-40]%	[60-70]%
GEB	[30-40]%	[50-60]%	[80-90]%	[10-20]%
GYN (GYN1, GYN2, GYNT)	[20-30]%	[30-40]%	[50-60]%	[40-50]%
NEO	[0-5]%	[0-5]%	[0-5]%	[0-5]%
NEU	[0-10]%	[10-20]%	[20-30]%	[70-80]%
RHE	[0-10]%	[10-20]%	[20-30]%	[70-80]%
URO (URO1, URO1.1)	[10-20]%	[10-20]%	[20-30]%	[70-80]%

Quelle: Angaben der Parteien, Beilage 17; Aufstellung des Sekretariats

62. Auch im Zusatzversicherungsbereich werden in den Leistungsbereichen von GEB und GYN Marktanteile von weit über 50 % entstehen. Vergleicht man die Zahlen in den übrigen Leistungsbereichen mit denjenigen im Grundversicherungsbereich, so büssen die Parteien im Zusatzversicherungsbereich Patienten zugunsten der Konkurrenz ein – ausgenommen der Bereich der GEB. In diesem decken die beiden Spitäler zusammen mehr als [80-90] % der Nachfrage ab. In den Leistungsbereichen GEB und GYN bestehen damit bereits aufgrund der Marktanteile Anhaltspunkte für die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung.

63. Die Entwicklung der Zahlen in diesen beiden Leistungsbereichen zwischen 2018 und 2020 stellt sich wie folgt dar:

Tabelle 7: Marktanteile betreffend Fallzahlen im Zusatzversicherungsbereich für akutstationäre elektive Spitaldienstleistungen in GEB und GYN in der Region nördlich des Jura im Jahr 2020

	Marktanteile in %			
Privat und halbprivat versicherte Patienten	**USB**	**BSB**	**Total**	**Andere Konkurrenten**
GEB				
2018	[30-40]%	[50-60]%	[80-90]%	[10-20]%
2019	[30-40]%	[50-60]%	[80-90]%	[10-20]%
2020	[30-40]%	[50-60]%	[80-90]%	[10-20]%
GYN				
2018	[10-20]%	[30-40]%	[50-60]%	[40-50]%
2019	[20-30]%	[30-40]%	[50-60]%	[40-50]%
2020	[20-30]%	[30-40]%	[50-60]%	[40-50]%

Quelle: Angaben der Parteien; Aufstellung des Sekretariates

64. Diese Marktanteile in den Bereichen GEB und GYN sind wie folgt zu relativieren: In den letzten Jahren haben sich bei GEB und GYN auch im Bereich der Zusatzversicherungen bei den Fallzahlen Veränderungen ergeben. Diese sind zwar begrenzt, zeigen aber, dass die Konkurrenten von USB und BSB auch mit Marktanteilen von unter [10-20] % weiterhin mit ihren Dienstleistungen Patientinnen anziehen können.

[49] RPW 2018/4, 1023 Rz 109, *Universitätsspital Basel-Stadt/Kantonsspital Basel-Land*.

65. Weiter ist zwar normalerweise der Bereich der Zusatzversicherungen lukrativer, bei GEB und GYN weisen die beiden Spitäler […] aus (s.a. vorne, Rz 56)[50]. Schliesslich ist zu berücksichtigen, dass im Jahr 2020 die Zahl der Patientinnen, die in den beiden Spitälern in einem privaten oder halbprivaten Zimmer entbunden haben, nur 13 % aller Geburten im USB und BSB ausmachte, während sie im Bereich GYN 25 % der Gesamtzahl ausmachte (Anteil der zusatzversicherten Patientinnen bei den Geburten im USB und BSB).

B.4.2.3 Potentieller Wettbewerb

66. Die folgenden Überlegungen gelten für die beiden oben analysierten Bereiche GEB und GYN. Die in den letzten zehn Jahren umgesetzten Massnahmen zum Abbau von Überkapazitäten in der Schweizer Spitallandschaft zeigen weiterhin ihre Wirkung, wie sich bereits bei der Analyse der Fusion USB/KSBL gezeigt hat[51]. So ist gemäss Angaben des Bundesamtes für Statistik die Zahl der Spitäler von 300 im Jahre 2011 auf 276 im Jahre 2020 gesunken.[52] Aufgrund der rückläufigen Zahlen ist davon auszugehen, dass kaum mit der Gründung neuer Spitäler und entsprechenden Markteintritten zu rechnen ist und dass sich dieser Trend weiterhin fortsetzen wird.

67. Für die bereits im Markt tätigen Spitäler besteht jedoch der Anreiz, zusätzliche Leistungsaufträge im Rahmen der Spitalplanung zu erhalten. Die disziplinierende Wirkung auf die neue geplante Struktur geht somit von der Vergabe der Leistungsaufträge gemäss WZW-Kriterien[53] durch den Kanton und dem Streben der anderen Spitäler nach zusätzlichen Leistungsaufträgen aus.

B.4.2.4 Stellung der Marktgegenseite

B.4.2.4.1. Im Bereich der Grundversicherung

68. Die Patientinnen und Patienten sind die direkten Nutzer von Spitaldienstleistungen. Im Zusammenhang mit den Tarifen und deren Verhandlungen spielen indes die Krankenversicherer die Hauptrolle gegenüber den Spitälern (relevante Marktgegenseite).

69. Hier streichen die Parteien hervor, dass auch nach der Beteiligung des USB am Kapital der BSB die Verhandlungen über die Tariffestsetzung getrennt geführt würden. Das USB wird diesen Vorgang also gemäss eigenen Angaben nicht nutzen, um ihre Verhandlungsmacht zu stärken und möglicherweise höhere Tarife durchzusetzen. Dies gilt sowohl für den Grund- als auch für den Zusatzversicherungsbereich.

70. In der obligatorischen Krankenversicherung ist der Verhandlungsspielraum zudem sehr eingeschränkt, da das vom Gesetzgeber gewollte und seit 2012 geltende System (Swiss-DRG) bewirkt, dass die Verhandlungsmacht der Spitäler zugunsten der Krankenversicherer durch einen Benchmark reduziert wird. Dabei gelten für das USB als universitäres Spital einer- und die BSB andererseits andere Vorgaben betreffend Wirtschaftlichkeit und Benchmarking.[54] Darüber hinaus werden die Tarife zwischen den Versicherungen und den Spitälern verhandelt und anschliessend durch die kantonale Regierung genehmigt. Bei Ausbleiben eines Verhandlungserfolges werden die Tarife durch die kantonale Regierung festgesetzt. Den Versicherungen und Spitälern verbleibt jedoch die Möglichkeit einer Beschwerde ans Bundesverwaltungsgericht (vgl. Art. 53 Abs. 1 KVG).[55]

71. Aufgrund der hohen Regulierungsdichte im Grundversicherungsbereich bleibt der Raum für autonomes Preissetzungsverhalten trotz verstärkter Marktanteile der Parteien nach erfolgtem Zusammenschluss beschränkt. Daraus (einem Tarifsystem) kann allerdings nicht der Schluss gezogen werden, dass zwischen den Spitälern kein Preiswettbewerb spielt und spielen soll (derart auch die Parteien). Ein solcher findet vielmehr kosten- und qualitätsbasiert statt, wie auch gerade das vorliegende Zusammenschlussvorhaben zeigt. So soll unter anderem den im Bereich der Geburtshilfe defizitären Zahlen durch den Zusammenschluss begegnet werden.

B.4.2.4.2. Im Bereich der Zusatzversicherung

72. Anders als im obligatorischen Bereich gibt es in der Zusatzversicherung keine Regelung, die ein staatliches Preissystem schafft. Krankenversicherer und Spitäler können die Tarife entsprechend ihrer Verhandlungsmacht frei aushandeln.

73. Obwohl die starke Stellung der Spitäler und Kliniken, die auf der Spitalliste stehen, oft betont wurde, haben die Krankenversicherer doch Mittel, dieser Situation entgegen zu wirken. So haben die Krankenversicherer, wie bereits im Fall des Kantons Luzern[56] erläutert, die Möglichkeit der gemeinsamen Verhandlungen zum Aufbau einer Gegenmacht («Countervailing Power») gegenüber den Spitälern. Solche gemeinsamen Verhandlungen auf Seiten der Krankenversicherer können gemäss Art. 5 Abs. 2 KG gerechtfertigt werden, wenn die in der damaligen Untersuchung formulierten Voraussetzungen eingehalten werden.[57]

74. Weiter zeigen die Massnahmen der Krankenversicherer für mehr Transparenz bei der Spitalabrechnung im Zusatzversicherungsbereich, die nach Intervention der FINMA und des Preisüberwachers und auf Basis eines gemeinsamen Konzepts (Branchen-Framework)[58] ergriffen wurden, dass die Krankenversicherer den Spitälern und Kliniken nicht hilflos ausgeliefert sind. Auch

[50] Ergänzung zur Meldung vom 29.08.2022, S. 3-5.
[51] RPW 2018/4, 1027 Rz 130 ff., *Universitätsspital Basel-Stadt/Kantonsspital Basel-Land*.
[52] Vgl. <https://www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/statistiken/gesundheit/gesundheitswesen.html> (besucht am 17.08.2022).
[53] Wirksam, zweckmässig und wirtschaftlich; vgl. Art. 32 KVG.
[54] Meldung, Rz 116. Es werden zwei unterschiedliche Benchmarking-Gruppen unterschieden: Die Unispitäler sowie die übrigen Leistungserbringer (Stellungnahme vom 27.06.2022, Antwort auf Frage 1, S. 2).
[55] RPW 2018/4, 1028 Rz 136, *Universitätsspital Basel-Stadt/Kantonsspital Basel-Land*.
[56] RPW 2008/4, 544 ff., *Tarifverträge Zusatzversicherung Kanton Luzern.*
[57] RPW 2008/4, 591 Rz 233, *Tarifverträge Zusatzversicherung Kanton Luzern*.
[58] Vgl.<https://www.svv.ch/de/branche/regelwerke/branchen-framework-zu-mehrleistungen-vvg> (besucht am 1.09.2022).

das Beispiel Helsana, welche 2018 zufolge fehlender Einigung mit USB betreffend die Tarife für die halbprivate und private Abteilung zunächst einseitig Höchsttarife festsetzte, ist ein weiteres Zeichen in diese Richtung.[59]

75. Damit bleibt auch im Zusatzversicherungsbereich nach Vollzug des Zusammenschlussvorhabens der Spielraum für die neue Struktur, höhere Tarife durchzusetzen, trotz fehlender rechtlicher Vorschriften begrenzt.

B.4.2.5 Zwischenergebnis

76. Aus den oben dargelegten Gründen bestehen Anhaltspunkte, dass der Zusammenschluss auf den analysierten Märkten für akutstationäre elektive Spitaldienstleistungen in GEB und GYN in der Region nördlich des Jura im Grund- als auch Zusatzversicherungsbereich eine beherrschende Stellung begründet oder verstärkt.

B.5 Ergebnis

77. Liegen wie vorliegend Anhaltspunkte für die Begründung einer marktbeherrschenden Stellung durch ein Zusammenschlussvorhaben vor, wird dieses normalerweise in einer zweiten Phase eingehend geprüft. Dabei wird beurteilt, ob sich die Anhaltspunkte bestätigen und ob durch die Begründung oder Verstärkung der marktbeherrschenden Stellung die Möglichkeit geschaffen wird, wirksamen Wettbewerb zu beseitigen.

78. Aufgrund der Erfahrungen und Kenntnisse aus der erst vor wenigen Jahren erfolgten vertieften Prüfung im Fall USB/KSBL können die entsprechenden Überlegungen und Ausführungen vorliegend antizipiert werden. Bereits in der vorläufigen Prüfung lässt sich mit hoher Wahrscheinlichkeit abschätzen, dass es durch das Zusammenschlussvorhaben zu keiner Beseitigung des Wettbewerbs kommen wird.[60]

79. Wie vorstehend dargelegt wurde, ist davon auszugehen, dass das USB und die BSB auch nach Vollzug des Zusammenschlussvorhabens von den Patientinnen in den Bereichen GYN und GEB als zwei unterschiedliche Spitäler wahrgenommen werden. Das USB wird sich in diesen Bereichen noch stärker als bisher auf Hochleistungs- und Notfallmedizin sowie die BSB auf elektive Behandlungen konzentrieren, wobei beide eine Grundversorgung anbieten werden. In dieser Rolle werden die Spitäler – wenn auch nicht nach innen, so doch nach aussen – mit den Anbietern entsprechender Leistungen im Wettbewerb stehen. Die Zahlen zeigen, dass – wie oben aufgeführt – Wettbewerbsdruck bestehen bleiben wird (vgl. die Tabellen 5 und 7). Daneben sorgt die geltende Regulierung sowie die unterschiedliche Stellung des USB als Universitätsspital sowie der BSB als Privatspital dafür, dass diese auch nach dem Vollzug des Zusammenschlussvorhabens in wichtigen Bereichen (wie bspw. bei den Tarifverhandlungen oder in Bezug auf die Vergabe von Leistungsaufträgen) eigenständig auftreten und beschränkten Spielraum haben werden.

80. Zufolge des politischen Willens und der entsprechenden Regulierung ist weiter davon auszugehen, dass eine Bereinigung/Konzentration der Spitallandschaft in jedem Fall gewollt ist und stattfinden wird. Mit dem konkreten Zusammenschlussvorhaben wird eine bestehende Spezialisierung fortgeführt und weitere Rationalisierung in einem Bereich angestrebt, in dem die Deckungsbeiträge nach wie vor negativ sind. Aus den Marktanteilsberechnungen folgt, dass die Situation in anderen Leistungsbereichen ähnlich zugunsten der Konkurrenz ausfällt (siehe beispielshaft die Zahlen in Tabelle 6 sowie Rz 58). Der Begründung einer marktbeherrschenden Stellung stehen damit auch potentielle Effizienzvorteile zufolge des Zusammenschlussvorhabens gegenüber. Schliesslich wird es den Parteien auch im Falle einer marktbeherrschenden Stellung nicht möglich sein, unabhängig die Wettbewerbssituation zu ändern (Versorgungsplanung), und ist gemäss dem KVG regulierter Wettbewerb auch im stationären Bereich vorgesehen.

81. Auch die Möglichkeiten der Krankenversicherer, Gegenmacht zu bilden, sowie die Intervention der FINMA und des Preisüberwacher betreffend mehr Transparenz bei den Spitalabrechnungen im Zusatzversicherungsbereich sind in diesem Zusammenhang zu nennen (vgl. Rz 73 f.). Vor diesem Hintergrund kann vorliegend davon ausgegangen werden, dass das Zusammenschlussvorhaben den Parteien nicht die Möglichkeit eröffnen wird, wirksamen Wettbewerb zu beseitigen.

82. Aus den oben genannten Gründen ist auf die Einleitung einer Prüfung gemäss Art. 33 KG bzw. Art. 10 Abs. 2 KG zu verzichten.

---

[59] <https://www.helsana.ch/de/helsana-gruppe/medien-publikationen/mitteilungen/einigung-mit-dem-universitaetsspital-basel.html> (besucht am 1.09.2022).

[60] Derart bereits RPW 2021/2, 436 ff., *Liberty Global/Sunrise*. Zur Möglichkeit der Wettbewerbskommission, auf die Einleitung eines Prüfverfahrens zu verzichten, s.a.: MARCEL MEINHARDT/ASTRID WASER/SANDRO TRAVAGLINI, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2021, Art. 10 N 23.

B 2	**7. Stellungnahmen** Préavis Preavvisi
B 2.7	**1. Umsetzung der Änderung vom 1. Oktober 2021 des Energiegesetzes auf Verordnungsstufe und weitere Verordnungsänderungen im Bereich des Bundesamts für Energie mit Inkrafttreten Anfang 2023 – Vernehmlassung**

Einleitende Bemerkungen

Die Wettbewerbskommission (WEKO) nimmt in Vernehmlassungen Stellung zu Entwürfen von rechtsetzenden Erlassen des Bundes, die den Wettbewerb beschränken oder auf andere Weise beeinflussen.[1] Ihren gesetzmässigen Auftrag wahrnehmend, beschränkt sich die WEKO vorliegend auf eine Stellungnahme zu den aus wettbewerblicher Sicht relevanten Punkten. Daraus kann nicht abgeleitet werden, dass die unkommentierten Ausführungen aus anderen Überlegungen zu unterstützen oder abzulehnen wären.

Die WEKO orientiert sich bei der Beurteilung der geplanten Verordnungsänderungen am Grundsatz, dass Regulierungen generell wettbewerbsneutral auszugestalten sind. Dies bedeutet, dass Staatseingriffe nicht ohne zwingendes Erfordernis Marktteilnehmer bevorzugen oder benachteiligen sollten. Dabei ist insbesondere auf die *Technologieneutralität bzw. Technologieoffenheit* von Erlassen und Massnahmen zu achten. Andernfalls besteht die Gefahr, dass die Verbreitung neuer erwünschter Technologien verunmöglicht wird.

Die WEKO betrachtet die in der Energiestrategie 2050 (ES 2050) formulierten Ziele sowie das Netto-Zero-Ziel des Bundesrats[2] als politische Zielsetzungen. Die vorliegende Stellungnahme verzichtet auf eine wettbewerbspolitische Bewertung dieser Zielsetzungen. Das Augenmerk wird jedoch auf eine möglichst den Wettbewerb nicht verzerrende und im ökonomischen Sinn effiziente Zielerreichung gerichtet. Aus Sicht der WEKO sollten zur Erreichung der vom Gesetzgeber definierten Ziele möglichst *wettbewerbsneutrale* Massnahmen vorgesehen werden.

Längerfristig geeignete Fördermassnahmen sollten die technische und wirtschaftliche Entwicklung der unterstützten neuen Technologie sowie deren Markteinführung beschleunigen und *Anreize zu kosteneffizientem Verhalten* setzen. Aus Sicht der WEKO sollten zur Erreichung der Ziele der ES 2050 bevorzugt Instrumente zum Einsatz kommen, die eine *kosteneffiziente* Förderung von verschiedenen erneuerbaren Energien mit hohen Investitionsanreizen erlauben, ohne dass das Förderinstrument auf eine spezifische Technologie fokussiert. Anbieter und Verbraucher sollten in Abhängigkeit der Preissignale, die sich dezentral auf den Märkten bilden, entscheiden, ob und welche erneuerbaren Energien sie am Markt absetzen bzw. beziehen wollen.[3]

Durch den geltenden Förderansatz in der Energiegesetzgebung, wonach sich die Höhe der finanziellen Unterstützungsleistung (im Verhältnis zu den Investitionskosten) je nach Erzeugungstechnologie und Anlagetyp unterscheidet und primär auf die Kosten einer Referenzanlage sowie die mögliche Rendite der Investoren ausrichtet ist, *verringert* sich der *Wettbewerbsdruck* zwischen den Stromerzeugern. Vor diesem Hintergrund bestehen Anreize, dass sich aufgrund des heutigen Förderregimes nicht die kostengünstigsten und effizientesten Arten der Energieerzeugung aus erneuerbaren Energien durchsetzen, sondern jene, die unter Berücksichtigung der möglichen finanziellen Förderung die höchste Rendite versprechen. Die Förderung bestimmter Technologien mittels Investitionsbeiträgen ist keine marktnahe und wettbewerbsneutrale Lösung. Die technologiespezifische Förderpolitik verhindert einen Wettbewerb unter den Technologien, bei dem sich die kostengünstigsten erneuerbaren Energiequellen durchsetzen. Für die Erreichung der Ziele der ES 2050 müssen dadurch unnötig hohe Kosten aufgewendet werden, was eine Verlängerung des heutigen Förderregimes zur Folge haben könnte; dies sollte aus wettbewerblicher Sicht vermieden werden. Ein derartiges Fördermodell setzt zudem keine besonderen Anreize, um in die Forschung und Entwicklung zu investieren und Innovationen zu schaffen.[4]

Revision der Stromversorgungsverordnung[5]

***Ad* Umgang mit Deckungsdifferenzen**

Antrag:

Es sei auf eine Verzinsung von Unterdeckungen gänzlich zu verzichten. Art. 4d Abs. 3 Bst. a StromVV und Art. 18a Abs. 3 Bst. a StromVV seien in diesem Sinne umzuformulieren.

[1] Vgl. Art. 46 Abs. 1 des Bundesgesetzes über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 6.10.1995 (Kartellgesetz, KG; SR 251).
[2] Vgl. Medienmitteilung des Bundesrats vom 28.8.2019; www.admin.ch > Dokumentation > Medienmitteilungen > Bundesrat will bis 2050 eine klimaneutrale Schweiz (7.6.2022).
[3] Vgl. Stellungnahme der WEKO in der Vernehmlassung zur Revision des EnG vom 30.6.2020, Rz 13.
[4] Vgl. hierzu auch Stellungnahme der WEKO in der Vernehmlassung zur Revision des EnG vom 30.6.2020, Rz 10 ff.
[5] Stromversorgungsverordnung vom 14.3.2008 (StromVV; SR 734.71).

Begründung:

Wie in den Erläuterungen zum Vernehmlassungsentwurfs des Gasversorgungsgesetzes (GasVG) vorgesehen[6], sollte analog auch für den Strombereich im noch zu erarbeitenden Verordnungsrecht festgehalten werden, dass *Unterdeckungen* von den Netzbetreibern *nicht* verzinst werden dürfen. Ansonsten bestünden – wie bisher – *finanzielle Anreize zur systematischen Bildung von Unterdeckungen*. Wie im erläuternden Bericht zur Revision der StromVV richtig dargestellt wird, stellen Unterdeckungen keine für den Betrieb der Netze notwendigen Vermögenswerte dar.[7] Es handelt sich nicht um Investitionen, sondern um Fehlkalkulationen der Netzbetreiber, da die effektiv mit den Tarifen erzielten Einnahmen geringer ausgefallen sind als die anrechenbaren Kosten, welche gestützt auf die Stromversorgungsgesetzgebung eingenommen werden dürfen. Es ist konzeptionell nicht nachvollziehbar, weshalb ein Unternehmen, welches in der Vergangenheit zu wenig von den Endkundinnen und Endkunden einkassiert hat, dies jedoch in den darauffolgenden Jahren nachholen kann, für dieses Verhalten mit einem zusätzlichen Zins *belohnt* werden sollte.

Zinserträge aufgrund von Unterdeckungen stellen aus Sicht des Sekretariats sachlich nicht legitimierbare Erträge der Netzbetreiber in den gesetzlichen Monopolbereichen Netz und Grundversorgung dar, die potenziell dazu verwendet werden könnten, um die Position in dem freien Wettbewerb unterstehenden Tätigkeitsbereichen zu verbessern, wodurch Konkurrenten in den betreffenden Märkten behindert würden.

Zurzeit sind die Zinsen für Fremdkapital tief. Es ist jedoch nicht auszuschliessen, dass sich diese in nächster Zeit und längerfristig wesentlich erhöhen könnten.

Hingegen erscheint es sinnvoll, *Überdeckungen* wie im Verordnungsentwurf vorgesehen zu verzinsen. Dadurch wird verhindert, dass Netzbetreiber *ohne finanziellen Aufwand von ihren Endkundinnen und Endkunden* Fremdkapital beschaffen können.

***Ad* Überarbeitung der Berechnungsvorgaben zur Festlegung des WACC**

Antrag:

Die Vorgaben in der StromVV (Art. 13 Abs. 3bis, Anhang 1) seien dahingehend umzuformulieren, dass sich der durchschnittliche kalkulatorische Kapitalkostensatz (WACC) für die Berechnung der Netzkosten und -tarife an der Rendite von Bundesobligationen langer Laufzeit orientiert. Auf einen weiteren Zuschlag sei zu verzichten.

Begründung:

Gemäss den geltenden Vorgaben in der StromVV werden die Restwerte der Anschaffungs- und Herstellkosten (AHK) mit dem sog. WACC verzinst. Dieser beträgt seit 2017 3,83%. Die in der StromVV festgelegten Regeln hinsichtlich der WACC-Verzinsung führen seit Jahren zu hohen Kapitalkostensätzen, die weder das heutige Zinsenumfeld noch die Risikolage für die Netzbetreiber widerspiegeln. Der überhöhte kalkulatorische Zinssatz, der sowohl für die Berechnung der anrechenbaren Netz- wie auch der anrechenbaren Energiekosten relevant ist, führt zu *sachlich nicht legitimierbaren Monopolgewinnen* der Netzbetreiber. Die Netzbetreiber könnten diese Einnahmen in wettbewerbsverzerrender Weise zum Nachteil von Konkurrenten in nachgelagerten Produkte- und Dienstleistungsmärkten einzusetzen.

Bei einer vollständigen Kostendeckung und dem Instrument der Deckungsdifferenzen, das Planungsungenauigkeiten in Folgejahren berücksichtigt, entstehen den Netzbetreibern keine ungedeckten Kosten. Zu berücksichtigen ist weiter, dass es sich beim Stromnetz um ein natürliches und gesetzlich verankertes Monopol handelt; es bestehen keine Anreize, ein Parallelnetz zu errichten (auf öffentlichem Grund wäre hierfür unter anderem eine Konzession der zuständigen Gemeinde erforderlich). Somit kann den Netzbetreibern als Monopolisten im Netzbereich keinerlei Konkurrenz erwachsen.

Gemäss den Angaben im Geschäftsbericht der ElCom betragen die Einnahmen über die Netznutzungstarife rund 300 Millionen Franken mehr als die jährlich rund 1,5 Milliarden Franken, welche die Netzbetreiber für neue Netzinfrastruktur investieren.[8] Die Netzbetreiber erhalten aufgrund der Regulierung in der Stromversorgungsgesetzgebung somit mehr Geld, als sie in das Netz investieren. Hinzu kommt, dass die Kosten für neue Investitionen in die Netzinfrastruktur über mehrere Jahrzehnte abgeschrieben und die Anlagerestwerte mit dem WACC verzinst werden können. Insbesondere auch aus diesen Gründen ist nicht auszuschliessen, dass zusätzliche Erträge aufgrund der kalkulatorischen WACC-Verzinsung, basierend auf einem weder das aktuelle Zinsenumfeld noch die Risikolage berücksichtigenden Zinssatz, von den Netzbetreibern zum Nachteil von Konkurrenten in gewerblichen Märkten eingesetzt werden könnten. Zudem wird aufgrund der Angaben im ElCom-Geschäftsbericht ersichtlich, dass die Netzbetreiber für neue Investitionen in die Netzinfrastruktur nicht auf einen WACC in der Grössenordnung von 3,83 % angewiesen sind.

Vor diesem Hintergrund beantragt die WEKO, dass sich der kalkulatorische Zinssatz an der Rendite für langfristige Bundesobligationen zu orientieren hat.

[6] Vgl. Erläuternder Bericht zum GasVG in der Fassung der Vernehmlassung vom September 2019, S. 44.

[7] Vgl. Erläuternder Bericht zur Revision der StromVV in der Fassung der Vernehmlassung vom März 2022, S. 2.

[8] Vgl. Tätigkeitsbericht 2020 der ElCom, S. 29 f.; www.elcom.admin.ch > Dokumentation > Berichte und Studien > Tätigkeitsberichte (7.6.2022).

Revision der Energieförderungsverordnung[9]

***Ad* Förderung von PV-Anlagen**

Antrag:

Es sei auf eine Erhöhung der Einmalvergütung für PV-Anlagen ohne Eigenverbrauch mit einer Leistung von mindestens 2 kW und weniger als 150 kW, *für die keine Auktionen durchgeführt werden*, zu verzichten. Ziff. 2.10 von Anhang 2.1 der EnFV sei zu streichen.

Zudem sei auf eine Erhöhung des Leistungsbeitrags für PV-Anlagen mit einer Leistung bis 30 kW um 20 Franken zu verzichten. Wie ursprünglich in der 1. Ämterkonsultation zur Vorlage angedacht sei überdies auf den Grundbeitrag von 200 Franken für Anlagen mit einer Leistung bis 5 kW zu verzichten.

Betreffend das *Auktionsverfahren* sei in Art. 46b EnFV ein neuer Absatz einzuführen, wonach ein PV-Projekt, welches in einer Auktion keinen Zuschlag erhalten hat, während eines Jahres an keinen weiteren Auktionen mehr teilnehmen kann. Überdies sei in Art. 46c EnFV eine neue Bestimmung einzuführen, wonach das Auktionsvolumen um 15 % reduziert wird, falls es aufgrund der eingegangenen Angebote nicht erreicht wird.

Es sei für PV-Anlagen eine zu Art. 62, 83, 87m und 87z^{ter} EnFV analoge Bestimmung in die EnFV einzufügen, wonach der Investitionsbeitrag gemäss Anhang 4 der EnFV zu berechnen ist, sofern Anhaltspunkte darauf hindeuten, dass bei einer Anlage keine ungedeckten Kosten vorhanden sind.

Begründung:

Auktionen für die hohe Einmalvergütung (EIV) für PV-Anlagen ab 150 kW

Die WEKO begrüsst es ausdrücklich, dass die Kosteneffizienz pro Leistungseinheit das einzige Zuschlagskriterium bei der Vergabe der beschränkten Fördermittel aus dem Netzzuschlagsfonds im Rahmen der Auktionen für PV-Anlagen sein soll (vgl. Art. 46c Abs. 2 Bst. b EnFV). So kann gewährleistet werden, dass die Fördermittel für den Zubau von PV-Anlagen im Rahmen von Auktionen effizient und zweckmässig eingesetzt werden und in Zukunft nicht unnötigerweise erhöht werden müssen, was aufgrund des nicht technologieneutralen Förderansatzes im Energiegesetz[10] zu *zusätzlichen* Wettbewerbsverzerrungen auf den Märkten für Stromproduktion, -handel und -versorgung führen würde.

Keine höhere EIV für PV-Anlagen ohne Eigenverbrauch unter 150 kW, für die keine Auktionen durchgeführt werden

Der Gesetzgeber hat dem Bundesrat aufgrund der Beschlussfassung vom 1. Oktober 2021 zu Art. 25 Abs. 3 EnG die *Möglichkeit* gegeben, ab dem 1. Januar 2023 für PV-Anlagen ohne Eigenverbrauch eine hohe EIV von bis zu 60 % der Investitionskosten von Referenzanlagen vorzusehen. Es obliegt dem Bundesrat zu entscheiden, welche PV-Anlagen ohne Eigenverbrauch von höheren Fördermitteln profitieren sollen. Er hat diesbezüglich *einen Ermessensspielraum*.

Die WEKO hält an der Position der Wettbewerbsbehörden in diversen früheren Stellungnahmen zu Gesetzgebungsprojekten des UVEK fest, wonach lediglich PV-Anlagen *ohne Eigenverbrauch*, die den Zuschlag in einer *Auktion* erhalten, von der höheren Förderung profitieren sollen.[11] Hingegen lehnt die WEKO die *pauschale* Erhöhung des Investitionsbeitrags für sämtliche PV-Anlagen ohne Eigenverbrauch mit einer Leistung unter 150 kW, *für die keine Auktionen durchgeführt werden*, von heute 30 % auf neu bis zu 40 % der Investitionskosten ab. Diese Massnahme würde zu noch weitergehenden Wettbewerbsverzerrungen zwischen den erneuerbaren Energieträgern führen und solche PV-Anlagen zusätzlich fördern, die *nicht systemdienlich* sind.

PV-Anlagen ohne Eigenverbrauch können den produzierten Strom jederzeit vollständig ins Netz einspeisen und erhalten hierfür eine Vergütung. Der forcierte Zubau solcher PV-Anlagen könnte insbesondere für die Aufrechterhaltung der Netzstabilität zu Spitzenproduktionszeiten problematisch sein und würde allenfalls weitere kostenintensive Netzverstärkungsmassnahmen auf Verteilnetzebene erforderlich machen.[12] Bereits die Abnahmepflicht für Strom aus erneuerbaren Energiequellen[13] stellt einen *schwerwiegenden* Eingriff in den Markt dar und könnte bei einem erheblichen Zubau der Photovoltaik, wie das Beispiel Deutschland zeigt, auch in der Schweiz im Sommer über längere Zeit zu *negativen Strompreisen* führen.

[9] Verordnung über die Förderung der Produktion von Elektrizität aus erneuerbaren Energien vom 1.11.2017 (Energieförderungsverordnung, EnFV; SR 730.03).

[10] Energiegesetz vom 30.9.2016 (EnG; SR 730.0).

[11] Vgl. Stellungnahme WEKO vom 30.6.2020 in Vernehmlassung zur Revision des EnG 2020, S. 9-12; Stellungnahme Sekretariat vom 17.1.2020 in Ämterkonsultation zur Revision des EnG 2020, S. 8-10; Stellungnahme Sekretariat vom 17.9.2020 zum Entwurf des Aussprachepapiers des UVEK an den Bundesrat vom 3.11.2020, S. 5; Stellungnahme Sekretariat in der Ämterkonsultation zu diversen Verordnungsänderungen im Energiebereich mit Inkrafttreten per 1.1.2023, S. 5 f.

[12] Eclareon/RES-INTEGRATION/Öko-Institut e.V., Integration of electricity from renewables to the electricity grid and to the electricity market, final report, Berlin/Freiburg 2012, S. 19 ff., https://www.oeko.de/oekodoc/1378/2012-012-en.pdf (7.6.2022); PricewaterhouseCoopers, Die digitalisierte dezentrale Energieversorgung von morgen gestalten, November 2017, S. 13 f., https://www.pwc.de/de/energiewirtschaft/studie-gestaltungsmoeglichkeiten-energieversorgung.pdf (7.6.2022); FRANZISKA BRUTTEL/ALEXANDRA PURKUS/ERIK GAWEL (Helmholtz-Zentrum für Umweltforschung), Auktionen als Förderinstrument für erneuerbare Energien – eine institutionenökonomische Bewertung unter besonderer Berücksichtigung der Photovoltaik-Freiflächenausschreibungsverordnung, Leipzig 2016, S. 2 und 11; https://www.econstor.eu/bitstream/10419/140870/1/859167356.pdf (7.6.2022); Imperial College London/Nera Economic Consulting DNV GL, Integration of Renewable Energy in Europe, final report for the European Commission, Directorate-General Energy, Bonn 2014, S. 69 ff., https://ec.europa.eu/energy/sites/ener/files/documents/201406_report_renewables_integration_europe.pdf (7.6.2022).

[13] Vgl. Art. 15 EnG.

Erfahrungsgemäss fällt nur rund ein Viertel des von PV-Anlagen produzierten Stroms im Winterhalbjahr an. Rund 75 % der Jahresproduktion wird im Sommer erzeugt. Bereits heute wird im Sommerhalbjahr aufgrund des Produktionsüberschusses mehr Strom aus der Schweiz exportiert als importiert. Demgegenüber ist die Schweiz im Winterhalbjahr auf Stromimporte aus dem Ausland angewiesen, damit die Versorgung sichergestellt werden kann. Der verstärkt zu fördern beabsichtigte Strom aus PV-Anlagen ohne Eigenverbrauch würde künftig primär dann produziert und ins lokale Verteilnetz eingespeist werden, wenn der Strompreis aufgrund von Überkapazitäten tendenziell ohnehin schon tief ist; etwa, weil die Laufwasserkraftwerke ebenfalls in diesem Zeitraum am meisten Strom produzieren. Kurzfristig (Tag/Nacht) können steuerbare (Wasser-)Kraftwerke die Produktionsfluktuationen der Photovoltaik auffangen. Über einen längeren Zeitraum (im Winter- und Sommerhalbjahr) würde dies jedoch kaum zu bewerkstelligen sein. Eine verstärkte Förderung der PV-Anlagen ohne Eigenverbrauch würde aufgrund ihrer tiefen Grenzkosten im Sommerhalbjahr zu tiefen Strompreisen (*auch*) für die übrigen Kraftwerkstypen führen, die dann gegebenenfalls wiederum durch *zusätzliche staatliche Massnahmen* korrigiert werden müssten.[14] Dies könnte zu zusätzlichen Wettbewerbsverzerrungen auf den Märkten für Stromproduktion, -handel und -versorgung führen.[15] Bei längeren Zeitperioden mit negativen Strompreisen könnten dadurch überdies für potentielle Investoren in andere erneuerbare Energieträger (etwa die Wasserkraft) negative Anreize gesetzt werden.[16] Der Innovationswettbewerb zwischen den verschiedenen erneuerbaren Erzeugungstechnologien würde sich dadurch weiter verschlechtern.

Keine Erhöhung des Leistungsbetragsbetrags für PV-Anlagen mit einer Leistung bis 30 kW sowie Abschaffung des Grundbeitrags für PV-Anlagen mit einer Leistung bis 5 kW

In der Vergangenheit wurden die Vergütungssätze für PV-Anlagen aufgrund der sinkenden Produktionskosten kontinuierlich *reduziert* und nachträglich an das geltende Preisniveau angepasst, was aus wettbewerblicher Sicht sehr zu begrüssen ist; dadurch ist gewährleistet, dass es nicht zu Überförderungen kommt. Eine Reduktion der Vergütungshöhe für diese Anlagetypen war aufgrund des gegenüber dem Vorjahr erneut gesunkenen Preisniveaus auch im Verordnungsentwurf der EnFV in der Ämterkonsultation vom Januar 2022 vorgesehen. Die aktuelle Dynamik im Bereich Photovoltaik ist stark. Der Ausbau im Jahr 2021 bewegte sich auf einem Rekordniveau und die bereits bekannten Zahlen für das Jahr 2022 deuten auf eine weitere Beschleunigung hin. Mit dem aktuellen Ausbaurhythmus basierend auf den geltenden Vergütungssätzen können die ambitionierten Ausbauziele im Energiegesetz bis ins Jahr 2035 erreicht werden. Für die WEKO ist eine *Erhöhung* der Leistungsbeiträge für PV-Anlagen bis 30 kW um 20 Franken sowie die *Beibehaltung* des Grundbeitrags für PV-Anlagen bis 5 kW – *entgegen den Absichten des UVEK in der 1. Ämterkonsultation* – daher nicht angezeigt. Der Vorschlag könnte zu Mitnahmeeffekten führen. Die betreffenden finanziellen Mittel aus dem Netzzuschlagsfonds würden anderen Projekten fehlen, wodurch sich der Zubau der erneuerbaren Energie gesamthaft betrachtet verlangsamen könnte. Dadurch könnte das auf finanziellen Unterstützungsleistungen basierende Fördersystem zur Erreichung der Ziele der ES 2050 zeitlich *zusätzlich* verlängert werden, was aus wettbewerblicher Sicht vermieden werden sollte.

Auktionsregeln

Um die Förderung von nicht kosteneffizienten Anlagen zu verhindern, sollte ein PV-Projekt ein Jahr lang aussetzen müssen, falls es zuvor an einer Auktion teilgenommen hat, aber aufgrund der Höhe des offerierten Preises nicht berücksichtigt wurde. Eine entsprechende Regelung ist in Art. 19 Abs. 4 EnV[17] in Bezug auf wettbewerbliche Ausschreibungen für Effizienzmassnahmen vorgesehen.

Im Weiteren sollte das Auktionsvolumen um 15 % gekürzt werden, falls dieses aufgrund der eingegangenen Gebote nicht erreicht wird. Auf diese Weise wird sichergestellt, dass die teuersten Angebote keinen Zuschlag erhalten und nicht gefördert werden. Dadurch kann der Wettbewerbscharakter von Auktionen gewährleistet werden. Derartige Regeln werden auch bei den wettbewerblichen Ausschreibungen für Effizienzmassnahmen praktiziert. In jenem Bereich kürzt das BFE das zur Verfügung stehende Förderbudget anteilmässig, falls die Summe der zulässigen Anträge nicht 120 % des Maximalbudgets erreichen.[18]

[14] Vgl. Agora Energiewende, Negative Strompreise: Ursachen und Wirkungen, Eine Analyse der aktuellen Entwicklungen – und ein Vorschlag für ein Flexibilitätsgesetz, Juni 2014; https://www.agora-energiewende.de/fileadmin2/Projekte/2013/Agora_NegativeStrompreise_Web.pdf (7.6.2022); https://www.avenir-suisse.ch/die-falschen-argumente-gegen-das-quotenmodell/ (7.6.2022).

[15] Vgl. Agora Energiewende, Negative Strompreise: Ursachen und Wirkungen, Eine Analyse der aktuellen Entwicklungen – und ein Vorschlag für ein Flexibilitätsgesetz, Juni 2014; https://www.agora-energiewende.de/fileadmin2/Projekte/2013/Agora_NegativeStrompreise_Web.pdf (7.6.2022); https://www.avenir-suisse.ch/die-falschen-argumente-gegen-das-quotenmodell/ (7.6.2022); Fraunhofer Institut für System und Innovationsforschung ISI et al., Zukunftswerkstatt Erneuerbare Energien, Diskussionspapier: Negative Preise auf dem Stromgroßhandelsmarkt und Auswirkungen von § 24 EEG, Studie im Auftrag des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie vom Dezember 2015, Kapitel 5; https://www.erneuerbare-energien.de/EE/Redaktion/DE/Downloads/ Gutachten/negative-preisestromgrosshandelsmarkt.pdf?__blob=publicationFile&v=2 (7.6.2022).

[16] Grundlagenpapier der ElCom betreffend Rahmenbedingungen für die Sicherstellung einer angemessenen Winterproduktion vom 27.2.2020, insb. S. 9; www.elcom.admin.ch > Dokumentation Berichte und Studien (7.6.2022); CHRISTOF BUCHER/ROMAN SCHWARZ, «Studie Winterstrom Schweiz», Was kann die heimische Photovoltaik beitragen? Studie im Auftrag von EnergieSchweiz, Zürich 2014, S. 21 ff. sowie Anhänge 1 und 2, https://pubdb.bfe.admin.ch/de/publication/download/9825 (7.6.2022); https://www.zhaw.ch/de/lsfm/institute-zentren/iunr/ecological-engineering/erneuerbare-energien/solarenergie/winterstrom-aus-photovoltaik/ (7.6.2022).

[17] Energieverordnung vom 1.11.2017 (EnV; SR 730.01).

[18] Geschäftsstelle ProKilowatt c/o CimArk SA, Bedingungen für die Einreichung von Programmen 2022, 13. Wettbewerbliche Ausschreibungen für Effizienzmassnahmen im Elektrizitätsbereich, S. 8; https://www.newsd.admin.ch/newsd/message/attachments/68833.pdf (7.6.2022).

Durch diese beiden Massnahmen bei der Ausgestaltung des Auktionsverfahrens würde sichergestellt wird, dass keine kostenineffizienten grossen PV-Projekte gefördert werden. Dadurch würde mehr Geld aus dem Netzzuschlagsfonds für andere (idealerweise kosteneffizientere) Projekte zur Verfügung stehen.

Prüfung bei Anhaltspunkten im Einzelfall, ob keine ungedeckten Kosten vorhanden sind.

Zur Verhinderung von Überförderungen und unerwünschten Mitnahmeeffekten sollte – wie bei allen anderen erneuerbaren Technologien – auch in Bezug auf die Förderung von PV-Anlagen eine Bestimmung in das Verordnungsrecht aufgenommen werden, welche das UVEK befugt, bei Anhaltspunkten im Einzelfall zu prüfen, ob ein finanziell unterstütztes Projekt keine ungedeckten Kosten aufweist und daher bereits erhaltene Investitionsbeiträge zurückzuerstatten hat. So wäre eine technologieneutrale Regulierung gewährleistet.

_Ad_ Förderung von Biomasseanlagen und Holzkraftwerken

Antrag:

Auf eine Erhöhung der Investitionsbeiträge von Biogasanlagen, welche heute die Kriterien für den Landwirtschaftsbonus erfüllen, auf bis zu 60 % der Investitionskosten sei zu verzichten. Stattdessen sei diesen Anlagen wie den übrigen Biogasanlagen ein maximaler Investitionsbeitrag von 40 % auszuzahlen. Art. 70 Bst. a EnFV sowie Ziff. 3.4.1 von Anhang 1.5 der EnFV seien zu streichen.

Es sei darauf zu verzichten, Holzkraftwerken sowie landwirtschaftlichen Biogasanlagen beim Betriebskostenbeitrag nebst dem Grundbetrag einen zusätzlichen Bonus von maximal 20 % auszubezahlen. Ziff. 3 von Anhang 5 der EnFV sei entsprechend anzupassen.

Begründung:

Keine maximale Förderung von landwirtschaftlichen Biogasanlagen

Die Eidgenössische Finanzkontrolle (EFK) kommt in einem Bericht aus dem Jahr 2018 zum Schluss, dass beim landwirtschaftlichen Biogas die *Wirtschaftlichkeit* gemessen an den Betriebskosten und dem Marktpreis des Stroms auch langfristig nicht gegeben ist. Von 2009 bis 2018 habe dieser Preis zwischen 5 und 12 Rp./kWh geschwankt, wohingegen die Produktion von Biogas 37 bis 75 Rp. gekostet habe. Es sei unwahrscheinlich, dass sich die Betriebskosten und der Marktpreis in naher Zukunft angleichen würden. Wie das Beispiel Österreichs gezeigt habe, sei das Risiko gross, dass Biogasanlagen stillgelegt würden, sobald keine Subventionen mehr fliessen. Der EFK zufolge sollte landwirtschaftliches Biogas angesichts der beschränkten finanziellen Mittel *nicht um jeden Preis* gefördert werden.[19]

Jedenfalls ist nicht einzusehen, weshalb solche offenbar weniger kosteneffizienten Anlagen eine höhere finanzielle Förderung erhalten sollen als Biogasanlagen ausserhalb des Landwirtschaftsbereichs. Durch die maximale Förderung solcher Anlagen, welche auch langfristig nicht in der Lage sein werden, zu Marktpreisen zu produzieren, würden weniger Mittel aus dem Netzzuschlagsfonds für die Förderung von kosteneffizienteren und marktfähigeren erneuerbaren Energien verwendet werden können. Dies hätte zusätzliche Wettbewerbsverzerrungen auf den Märkten für Stromproduktion, -versorgung und -handel zur Folge. Die betreffenden Fördermittel könnten nicht für andere kosteneffizientere Projekte eingesetzt werden.

Verzicht auf einen zusätzlichen Bonus beim Betriebskostenersatz für Holzkraftwerke und landwirtschaftliche Biogasanlagen

Im per 1. Januar 2023 in Kraft tretenden Art. 33 EnG betreffend den Betriebskostenbeitrag für Biomasseanlagen ist nicht davon die Rede, dass *bestimmte* Biomasseanlagen gegenüber anderen Anlagen einen zusätzlichen Bonus ausbezahlt erhalten sollen.

Aufgrund der auf der parlamentarischen Initiative Girod basierenden Gesetzesänderung werden künftig einzig *landwirtschaftliche* Biomasseanlagen nebst einem Investitionsbeitrag zusätzlich einen Betriebskostenersatz ausbezahlt erhalten. Wie die WEKO im Rahmen der betreffenden Vernehmlassung festgestellt hat, ist diese gesetzliche Regelung nicht technologieneutral und wird zu noch weitergehenden Wettbewerbsverzerrungen führen. Diese Gesetzesänderung wurde dennoch verabschiedet und muss akzeptiert werden. Der nun auf Verordnungsstufe angedachte *zusätzliche* Bonus für Holzkraftwerke und landwirtschaftliche Biogasanlagen würde *darüber hinaus* zu noch weitergehenden Marktverzerrungen führen. Durch den zusätzlichen Bonus würden nicht wirtschaftliche Anlagen, die aufgrund ihrer Kosten und Erträge nie marktfähig sein können, weiterbetrieben. Dies ist aus wettbewerblicher Sicht abzulehnen.

Revision der Energieeffizienzverordnung[20]

Antrag:

Es sei auf die vorgesehenen Verschärfungen der Effizienzanforderungen an elektrische Geräte, welche über die Vorgaben in der EU hinausgehen, zu verzichten. Die Anhänge der EnEV seien entsprechend anzupassen und gegenüber dem EU-Recht strengere Vorgaben seien zu streichen.

[19] EFK, Coordination et efficacité des soutiens aux installations de biogaz agricole et rentabilité pour les exploitants, Office fédéral de l'énergie, Office fédéral de l'environnement, Office fédéral de l'agriculture, Publié, août 2018, p. 8; https://www.efk.admin.ch/images/stories/efk_dokumente/publikationen/_wirtschaft_und_verwaltung/wirtschaft_und_landwirtschaft/17578/17578BE_Endg%C3%BCltige_Fassung_V04.pdf (7.6.2022).

[20] Verordnung über die Anforderungen an die Energieeffizienz serienmässig hergestellter Anlagen, Fahrzeuge und Geräte vom 1.11.2017 (Energieeffizienzverordnung, EnEV; SR 730.02).

Begründung:

Das UVEK möchte Verschärfungen der Effizienzanforderungen an elektrische Geräte einführen, welche über die diesbezüglichen Vorgaben in der EU hinausgehen und insofern zu neuen technischen Handelshemmnissen führen. Gemäss langjähriger konstanter Praxis setzen sich die Wettbewerbsbehörden für den *Abbau* von technischen Handelshemmnissen ein. Aufgrund der angedachten Verschärfungen von Geräteanforderungen in der Schweiz gegenüber den Vorgaben in der EU würden neue Handelshemmnisse entstehen resp. neue Wettbewerbsverzerrungen verursacht. Mit der Einführung von strengeren Effizienzanforderungen als jenen in der EU würden Produkte vom Schweizer Markt ausgeschossen und damit der Wettbewerbsdruck in den entsprechenden Produktemärkten abnehmen.

B 3 **Bundesverwaltungsgericht**
Tribunal administratif fédéral
Tribunale amministrativo federale

B 3	**1. Urteil vom 16. August 2022 in Sachen X. AG gegen WEKO – Sanktionsverfügung vom 19. Oktober 2015**

Urteil B-7920/2015 des Bundesverwaltungsgerichts, Abteilung II, vom 16. August 2022 in Sachen X._____ AG, vertreten durch […], Beschwerdeführerin, gegen Wettbewerbskommission WEKO, Vorinstanz. Gegenstand: Sanktionsverfügung vom 19. Oktober 2015 (Untersuchung 22-0439).

Sachverhalt:

A.

Am 3. April 2013 reichte die Q._____ AG (Selbstanzeigerin) beim Sekretariat der Wettbewerbskommission (Sekretariat) eine Selbstanzeige ein, welche sie am 4., 18. und 25. April 2013 durch Protokollaussagen und Beweismittel ergänzte. Diese sog. Bonusmeldung bezog sich auf mutmassliche Wettbewerbsabsprachen zwischen ihr, der X._____ AG (Beschwerdeführerin, deren Garagengeschäft per 1. Januar 2019 durch die Q._____ Group AG übernommen wurde), sowie drei weiteren Unternehmen über eine gemeinsame Rabattpolitik, insbesondere betreffend Preisnachlässe und Ablieferungspauschalen für Neufahrzeuge von Marken des Volkswagenkonzerns.

B.

Am 22. Mai 2013 eröffnete das Sekretariat im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums der Wettbewerbskommission (WEKO, Vorinstanz) eine kartellgesetzliche Untersuchung (22-0439: VPVW Stammtische / Projekt Repo 2013) gegen alle oben erwähnten Gesellschaften. Zwischen dem 11. Juni und dem 2. Juli 2013 wurden diese vom Sekretariat vernommen, wobei ihnen jeweils ein Vorschlag für eine einvernehmliche Regelung unterbreitet wurde.

C.

Mit Schreiben vom 8. Oktober 2013 präsentierte das Sekretariat den Verfahrensparteien sein vorläufiges Beweisergebnis und gab ihnen Gelegenheit zur Akteneinsicht. Gleichzeitig schlug es ihnen nochmals eine einvernehmliche Regelung vor. Eine solche kam in der Folge allein zwischen dem Sekretariat und der Selbstanzeigerin zustande. Sie datierte vom 16. April 2014. Ein Vizepräsident der Wettbewerbskommission genehmigte sie mit Verfügung vom 8. August 2014. Kopien davon wurden am 18. August 2014 den übrigen Parteien der Untersuchung zugeschickt. Die Beschwerdeführerin focht diese Verfügung beim Bundesverwaltungsgericht an (Beschwerdeverfahren B-5294/2014).

D.

Durch Verfügung vom 19. Oktober 2015 sanktionierte die WEKO die Beschwerdeführerin und die drei anderen erwähnten Unternehmen wegen Beteiligung an einer unzulässigen Wettbewerbsabrede. Das Dispositiv ihrer Sanktionsverfügung lautet wie folgt (Zitat):

1. X._____ AG, Y._____ AG, Z._____ AG, [...] und R._____ AG wird untersagt,

   1.1. die Vereinbarungen des "Projekt Repo 2013" über die Festsetzung von Preisnachlässen und Ablieferungspauschalen für den Verkauf von Neufahrzeugen der Marken des VW-Konzerns, insbesondere sämtliche gemeinsam vereinbarten Konditionenlisten, anzuwenden und die "Stammtische" im Rahmen der Vereinigung von autorisierten Händlern für Neufahrzeuge der Marken des Volkswagenkonzerns (VPVW) oder ausserhalb dieser, mit dem Ziel gemeinsame Konditionenlisten zu erläutern und deren Einhaltung durch Mitglieder und Nicht-Mitglieder des VPVW sicherzustellen, durchzuführen;

   1.2. mit ihren Konkurrenten im Rahmen der VPVW oder ausserhalb der VPVW Informationen über künftige Preisnachlässe und Ablieferungspauschalen für den Verkauf von Neufahrzeugen auszutauschen, und

   1.3. mit ihren Konkurrenten im Rahmen der VPVW oder ausserhalb der VPVW zum Zweck der Koordination des Wettbewerbsverhaltens andere preisrelevante Informationen auszutauschen.

2. Wegen Beteiligung an einer gemäss Art. 5 Abs. 3 i.V.m. Abs. 1 unzulässigen Wettbewerbsabrede mit folgenden Beträgen nach Art. 49 Abs. 1 KG belastet werden:

   - X._____ AGCHF [...]
   - Y._____ AGCHF [...]
   - Z._____ AGCHF [...]
   - R._____ AGCHF [...].

3. Die Verfahrenskosten betragen CHF 253'153.- und werden der X._____ AG, Y._____ AG, Z._____ AG, [...] und R._____ AG zu gleichen Teilen, d.h. je CHF 63'288.25, unter solidarischer Haftung auferlegt.

4. [Eröffnung]

5. [Versand]

Nach der Definition der Vorinstanz steht das Kürzel "Repo" für "Preisrepositionierung", die gelegentliche Überprüfung und allfällige Anpassung der Listenpreise von Automobilen durch deren Lieferanten. Als Konditionenlisten werden interne Preistabellen von Fahrzeughändlern bezeichnet. Sie bilden Leitlinien für die Verkaufsmitarbeiter und enthalten die pro Marke sowie Modell geltenden Listenpreise des Herstellers, ergänzt um darauf zu gewährende (Maximal-) Rabatte sowie Ablieferungspauschalen. Unter Preisnachlässen sind Rabatte im Sinne prozentualer Reduktionen des Kaufpreises gegenüber Endabnehmern zu verstehen. Sie werden insbesondere nach Kundengruppen (z.B. Individual- oder gewerbliche Kunden, Flottenbetreiber usw.), Modellen und, bei Vorführ- oder Gebrauchtwagen, dem Zustand des Fahrzeuges differenziert. Bei Ablieferungspauschalen handelt es sich um Beträge, welche Händler in ihren Offerten für gewisse von ihnen anlässlich des Fahrzeugverkaufs erbrachte Leistungen (etwa die Tankfüllung, die Vignette, das Einlösen und Bereitstellen des Wagens) geltend machen.

Zusammenfassend erwog die WEKO in ihrer Sanktionsverfügung, die Vereinbarung einer gemeinsamen Konditionenliste für maximale Preisnachlässe und minimale Ablieferungspauschalen zur Abgabe der Erstofferte für Neufahrzeuge der Marken des VW-Konzerns zwischen der Beschwerdeführerin, der Selbstanzeigerin und den drei weiteren beteiligten Unternehmen sowie die Durchführung regionaler Stammtische des VPVW zur Verbreitung der abgestimmten Rabattpolitik stellten eine Wettbewerbsabrede über die direkte oder indirekte Festsetzung von Preisen dar. Die gesetzlich statuierte Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs könne durch den vorhandenen Aussenwettbewerb widerlegt werden. Die Abrede beeinträchtige jedoch den Wettbewerb auf allen relevanten Märkten erheblich. Gründe der wirtschaftlichen Effizienz lägen keine vor. Somit handle es sich um eine unzulässige Wettbewerbsabrede (Ziff. 408).

Ziff. 409 der Sanktionsverfügung verweist mit folgenden Worten auf die Genehmigungsverfügung des Vizepräsidenten der WEKO vom 8. August 2014 (Zitat):

> Mit Vorabverfügung vom 8. August 2014 wurde die EVR vom 16. April 2014 zwischen dem Sekretariat und der [Selbstanzeigerin] genehmigt und das Verfahren gegenüber diesem Unternehmen abgeschlossen [...]. Aufgrund ihrer Selbstanzeige wurde der [Selbstanzeigerin] keine Sanktion auferlegt [...].

E.

Mit Eingabe vom 7. Dezember 2015 focht die Beschwerdeführerin die Sanktionsverfügung vom 19. Oktober 2015 beim Bundesverwaltungsgericht an. Sie beantragt deren Aufhebung unter Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten der Vorinstanz.

Zur Begründung hält sie namentlich fest, die Sachverhaltsermittlung und das Aktenverzeichnis seien ungenau und fehlerhaft. Der Sachverhalt sei grösstenteils nur anhand der belastenden Aspekte der Selbstanzeige erstellt worden. Es gebe keinen einzigen stichhaltigen Beweis dafür, dass die Beschwerdeführerin an der Vorbereitung des Projekts "Repo 2013" oder an der darauffolgenden E-Mail-Diskussion beteiligt gewesen wäre. Ebensowenig habe sie an der Ausarbeitung der Präsentation mitgewirkt. Anlässlich des Stammtisches der Region [...] habe sie die fragliche Konditionenliste nicht gezeigt. Sie habe weiterhin ihre eigenen Rabattkonditionen und Ablieferungspauschalen angewandt, was die eingelieferten Verkaufsverträge bewiesen. Die WEKO habe die Vorbringen der Parteien zur Preisführerschaft der Selbstanzeigerin nicht überprüft und die Marktverhältnisse nicht analysiert. Entgegen der Darstellung der Vorinstanz, welche das Gleichbehandlungsgebot verletze, habe die Beschwerdeführerin das Verfahren nicht verzögert, und sie habe bei den Ermittlungen kooperiert. Mit ihrer Sanktionsberechnung habe die Vorinstanz den Umsatz der Beschwerdeführerin offengelegt und Amts- sowie Geschäftsgeheimnisse preisgegeben.

Eine (unzulässige) Wettbewerbsabrede habe es schon aufgrund der Preisführerschaft der Selbstanzeigerin nicht gegeben. Diese könne die Unternehmensergebnisse der zugelassenen Händler sehr direkt beeinflussen, beispielsweise, indem sie das Margensystem verändere. Dann müssten die zugelassenen Händler, darunter die Beschwerdeführerin, ihr Rabattverhalten zwingend anpassen, um noch knapp kostendeckend agieren zu können. Zu keinem Zeitpunkt habe die Beschwerdeführerin ein wettbewerbswidriges Verhalten angestrebt; bestenfalls habe sie durch die Aktivitäten ihres Geschäftsleiters (nachfolgend auch "Direktor") als Vorstandsmitglied des VPVW den Schein einer Kooperation erweckt. Da weder die Beschwerdeführerin noch die anderen Verfahrensparteien die angebliche Abrede auf dem Markt effektiv umgesetzt hätten, könne der wirksame Wettbewerb nicht beeinträchtigt worden sein. Die Vorinstanz verkenne, dass im Neuwagenhandel nicht allein der Rabatt eine Rolle spiele, sondern weitere, viel gewichtigere Parameter (Eintauschfahrzeuge, Leasingrückläufer, Sonderaktionen) den Endverkaufspreis ausmachten. Im Übrigen sei ein Maximalrabatt erst dann problematisch, wenn er zum fixen Rabatt aller auf dem Endverkaufspreis werde. Ob dies der Fall gewesen sei, habe die Vorinstanz nicht ermittelt. Eine Ablieferungspauschale sodann sei nur ein unbedeutender Bestandteil des Gesamtpreises eines Neuwagens. Schliesslich habe die Vorinstanz die Sanktion falsch berechnet.

F.

Mangels Zuständigkeit und allgemeiner Entscheidungsgewalt des Vizepräsidenten der WEKO stellte das Bundesverwaltungsgericht im Verfahren B-5294/2014 (vgl. oben Bst. C) die Nichtigkeit der Genehmigungsverfügung vom 8. August 2014 mit Urteil vom 13. April 2016 fest und trat wegen des Fehlens eines Anfechtungsobjekts auf die Beschwerde vom 18. September 2014 nicht ein.

G.

Am 6. Juni 2016 erliess die Wettbewerbskommission eine mit derjenigen ihres Vizepräsidenten vom 8. August 2014 weitgehend identische Verfügung über die Genehmigung der zwischen ihrem Sekretariat und der Selbstanzeigerin vereinbarten einvernehmlichen Rege-

lung vom 16. April 2014. Das Dispositiv der Genehmigungsverfügung der Wettbewerbskommission vom 6. Juni 2016 lautet wie folgt (Zitat):

1. Die nachfolgende von der [Selbstanzeigerin] mit dem Sekretariat der Wettbewerbskommission vereinbarte einvernehmliche Regelung vom 16. April 2014 wird genehmigt:

   'Die [Selbstanzeigerin] verpflichtet sich:

   1) die Vereinbarungen des 'Projekt Repo 2013' über die Festsetzung von Preisnachlässen und Ablieferungspauschalen für den Verkauf von Neufahrzeugen, insbesondere die gemeinsamen Konditionenlisten vom 6. und 24. Februar 2013, nicht anzuwenden und keine 'Stammtische' im Rahmen der Vereinigung von autorisierten Händlern für Neufahrzeuge der Marken des Volkswagenkonzerns (VPVW) oder ausserhalb dieser durchzuführen, mit dem Ziel gemeinsame Konditionenlisten zu erläutern und deren Einhaltung durch Mitglieder und Nicht-Mitglieder des VPVW sicherzustellen;

   2) mit ihren Konkurrenten im Rahmen der VPVW oder ausserhalb der VPVW keine Informationen über künftige Preisnachlässe und Ablieferungspauschalen für den Verkauf von Neufahrzeugen auszutauschen; und

   3) keine anderen preisrelevanten Informationen mit ihren Konkurrenten im Rahmen der VPVW oder ausserhalb der VPVW zum Zweck der Koordination des Wettbewerbsverhaltens auszutauschen.'

2. Die [Selbstanzeigerin] wird sämtliche Vereinbarungen der einvernehmlichen Regelung vom 16. April 2014 innert 30 Tagen nach Eintritt der Rechtskraft dieser Verfügung vollständig umsetzen.

3. Die Verfahrenskosten von insgesamt CHF 56'500.- werden der [Selbstanzeigerin] auferlegt.

4. [Eröffnung]

5. [Zustellung].

In den Erwägungen der Verfügung vom 6. Juni 2016 wurde festgehalten, die Selbstanzeigerin erfülle die Bedingungen des vollständigen Sanktionserlasses. So habe sie als erstes Unternehmen eine Selbstanzeige eingereicht, und sie habe diese mit ausführlichen Aussagen und Beweismitteln ergänzt. Die gelieferten Informationen und Beweismittel hätten die Eröffnung einer Untersuchung ermöglicht. Es bestünden keine Hinweise auf eine anstiftende oder führende Rolle der Selbstanzeigerin beim untersuchten Wettbewerbsverstoss. Ausserdem habe diese ihre Beteiligung an der von ihr angezeigten Absprache spätestens zum Zeitpunkt der Selbstanzeige eingestellt.

H.

In ihrer Vernehmlassung vom 5. September 2016 beantragte die WEKO im vorliegenden Verfahren B-7920/2015, die Beschwerde sei abzuweisen. Auf die formellen Rügen der Beschwerdeführerin erwiderte sie, sie habe alle erforderlichen Beweiserhebungen und Untersuchungshandlungen zum Nachweis des Wettbewerbsverstosses durchgeführt, den Untersuchungsgrundsatz also nicht verletzt. Die Beschwerdeführerin habe die Möglichkeit gehabt, an der Anhörung der Selbstanzeigerin teilzunehmen und Fragen zu stellen. Weder während der Untersuchung noch anlässlich der Anhörungen durch die WEKO sei das rechtliche Gehör der Beschwerdeführerin verletzt worden. Eine Ungleichbehandlung zwischen ihr und den übrigen Parteien bestehe nicht. Ebensowenig liege eine Verletzung der Pflicht zur Wahrung der Amts- und Geschäftsgeheimnisse vor.

Auf die materiellen Rügen der Beschwerdeführerin entgegnete die Vorinstanz in ihrer Vernehmlassung, wenngleich ein ausdrücklicher Konsens im E-Mail-Verkehr fehle, sei der Geschäftsleiter der Beschwerdeführerin über das Projekt informiert gewesen, und es liege kein Beleg vor, wonach er sich davon distanziert hätte oder damit nicht einverstanden gewesen wäre. Ein Bindungswille könne nicht nur dann angenommen werden, wenn eine schriftliche Übereinkunft oder ein protokollierter Beschluss vorliege, sondern auch dann, wenn sich Parteien mündlich oder gar konkludent geeinigt hätten. Aus dem Beweismaterial gehe klar hervor, dass die Parteien und die Selbstanzeigerin die einzelnen Konditionen (Preisnachlässe und Ablieferungspauschalen) gemeinsam abgestimmt und sich nicht einfach an den Konditionen oder Angeboten des Retailbereichs der Selbstanzeigerin orientiert hätten.

In der angefochtenen Verfügung habe die Vorinstanz die Bedeutung der von der Abrede betroffenen Wettbewerbsparameter geprüft sowie die Marktstruktur und die Marktanteile der beteiligten Unternehmen analysiert. Basierend auf dieser Gesamtbeurteilung sei sie zum Schluss gekommen, dass die Abrede über die Festsetzung einheitlicher maximaler Preisnachlässe und minimaler Ablieferungspauschalen zu einer erheblichen Beeinträchtigung des Wettbewerbs auf den relevanten Märkten geführt habe. Die Tatsache, dass die Abrede aufgrund äusserer Umstände (d.h. der Interventionen seitens der Selbstanzeigerin und des Präsidenten des VPVW) nur während kurzer Zeit umgesetzt worden sei, könne diese Beurteilung nicht beeinflussen. Hingegen sei die Dauer der Abrede im Rahmen der Sanktionsbemessung berücksichtigt worden. Die Pauschalsanktion habe symbolischen Charakter. Sie liege unter dem Betrag, der nach den einschlägigen Regelungen und aufgrund eines von der Beschwerdeführerin beanspruchten Basisbetrags von 4 - 6 % sowie unter Berücksichtigung weiterer mildernder Umstände errechnet werden könnte. Den Grundsatz der Verhältnismässigkeit habe die Vorinstanz in keiner Weise verletzt.

I.

Die Beschwerdeführerin bekräftigte ihre Position mit Replik vom 7. November 2016 und Triplik vom 20. Februar 2017, die Vorinstanz die ihrige mit Duplik vom 17. Januar 2017 und Quadruplik vom 28. Februar 2017.

J.

Auf die entscheidwesentlichen Vorbringen der Verfahrensbeteiligten wird in den nachfolgenden Erwägungen näher eingegangen.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

Ob die Prozessvoraussetzungen erfüllt sind und auf eine Beschwerde einzutreten ist, prüft das Bundesverwaltungsgericht von Amtes wegen und mit freier Kognition (Art. 7 Abs. 1 des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968, VwVG, SR 172.021; BVGE 2007/6 E. 1 m.H.).

1.1 Gemäss Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) beurteilt das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 VwVG. Eine solche liegt mit der angefochtenen Verfügung der WEKO vom 19. Oktober 2015 vor.

1.2 Die zur Beurteilung stehende Sache fällt nicht unter die Ausnahmebestimmungen des Art. 32 VGG, und die WEKO ist eine Vorinstanz im Sinne von Art. 33 Bst. f VGG, gegen deren Verfügungen die Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht zulässig ist.

1.3 Als belastete Adressatin der angefochtenen Verfügung ist die Beschwerdeführerin zur Beschwerde berechtigt (Art. 48 Abs. 1 VwVG).

1.4 Die Beschwerdeschrift wurde fristgemäss eingereicht (Art. 50 Abs. 1 VwVG); sie entspricht den gesetzlichen Anforderungen hinsichtlich Form und Inhalt (Art. 52 Abs. 1 VwVG). Ebenso wurde der Kostenvorschuss (Art. 63 Abs. 4 VwVG) fristgerecht bezahlt. Der Vertreter der Beschwerdeführerin hat sich rechtsgenüglich ausgewiesen (Art. 11 VwVG).

1.5 Nach Art. 49 VwVG kann mit der Beschwerde die Verletzung von Bundesrecht, einschliesslich Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens (Bst. a), die unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts (Bst. b) sowie Unangemessenheit (Bst. c) gerügt werden.

Die Beschwerdeführerin rügt neben der Verletzung von Bundesrecht eine unrichtige und unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts durch die Vorinstanz. Sie macht damit nach Art. 49 VwVG zulässige Beschwerdegründe geltend.

1.6 Auf die Beschwerde ist daher einzutreten.

2.

Gemäss seinem Art. 2 Abs. 1 gilt das Kartellgesetz vom 6. Oktober 1995 (KG, SR 251) in persönlicher Hinsicht für Unternehmen des privaten und des öffentlichen Rechts. Als Unternehmen gelten nach der Legaldefinition von Art. 2 Abs. 1bis KG sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform. Der Unternehmensbegriff des KG basiert damit auf einer funktionalen, ökonomischen Betrachtungsweise (vgl. Botschaft des Bundesrates vom 23. November 1994 zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, BBl 1995 I 468 ff., 533, nachfolgend "Botschaft KG 1995"). Folglich ist die X._____ AG ein Unternehmen im Sinne des KG.

3.

Art. 3 KG regelt das Verhältnis dieses Gesetzes zu anderen Rechtsvorschriften. Solche bleiben vorbehalten, soweit sie auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen Wettbewerb nicht zulassen, insbesondere Vorschriften, die eine staatliche Markt- oder Preisordnung begründen (Art. 3 Abs. 1 Bst. a KG) oder einzelne Unternehmen zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben mit besonderen Rechten ausstatten (Art. 3 Abs. 1 Bst. b KG). Nicht unter das Gesetz fallen nach Art. 3 Abs. 2 KG Wettbewerbswirkungen, die sich ausschliesslich aus der Gesetzgebung über das geistige Eigentum ergeben, während Einfuhrbeschränkungen, die sich auf Rechte des geistigen Eigentums stützen, dem KG unterliegen. Entsprechende Vorschriften, Wettbewerbswirkungen oder Beschränkungen, welche hier relevant sein könnten, sind keine ersichtlich.

4.

Thema des vorliegenden Verfahrens bildet die Frage, ob sich die Beschwerdeführerin an einer unzulässigen, zu sanktionierenden Wettbewerbsabrede betreffend Rabatte und Ablieferungspauschalen beim Verkauf neuer Fahrzeuge bestimmter Marken beteiligte. Die Beschwerdeführerin hält eine solche Abrede für ausgeschlossen, weil die Selbstanzeigerin Preisführerin sei. Als Gesamtunternehmen verfüge diese über Marktmacht als Importeurin, aber auch als Retailbetrieb mit ca. [...] des gesamten Absatzvolumens der Marken des VW-Konzerns in der Schweiz. Die zugelassenen Händler, darunter die Beschwerdeführerin, müssten ihr Rabattverhalten zwingend anpassen, um noch knapp kostendeckend agieren zu können. Habe ein Unternehmen bei einem Wettbewerbsverstoss eine anstiftende oder führende Rolle gespielt, seien auch die Bedingungen für eine Selbstanzeige und den Abschluss einer einvernehmlichen Regelung nicht erfüllt.

Ob die Selbstanzeigerin zu Recht von der Bonusregelung profitierte, ist vorliegend nicht zu beurteilen. Der Beschwerdeführerin fehlt ein dahingehendes schutzwürdiges Interesse (vgl. Urteil des BVGer B-5113/2016 vom 3. Mai 2018 E. 2.6, bestätigt durch Urteil des BGer 2C_525/2018 vom 8. Mai 2019, insbesondere E. 2.5.3; vgl. BGE 145 II 259 E. 2.5.3), sodass auf ihre entsprechenden Darlegungen nicht weiter einzugehen ist. Geprüft werden muss jedoch, ob die Selbstanzeigerin Preisführerschaft, welche einer Abrede entgegenstehen könnte, innehatte. Diese Thematik wird deshalb im Kontext der Frage, ob eine Abrede nach Art. 4 Abs. 1 KG vorlag, näher analysiert (siehe dazu unten E. 8).

Zunächst aber werden die formellen Rügen der Beschwerdeführerin behandelt.

5.

Zu einem grossen Teil erstreckt sich die Darstellung der Beschwerdeführerin auch auf formelle Rügen. So beanstandet sie Verstösse der Vorinstanz gegen Verfahrensrecht, namentlich Verletzungen der Untersuchungsmaxime, des Grundsatzes der Rechtsgleichheit, des rechtli-

chen Gehörs und des Rechts auf ein faires Verfahren. Ferner reklamiert sie eine Verletzung von Amts- und Geschäftsgeheimnissen durch die Vorinstanz.

5.1 Erstens rügt die Beschwerdeführerin, die Vorinstanz habe den Sachverhalt auf unrichtige, unvollständige Weise ermittelt und damit den Untersuchungsgrundsatz verletzt.

5.1.1 Zur Begründung hielt sie in ihrer Beschwerdeschrift fest, um die Marktverhältnisse zu ermitteln, dürfe sich die Vorinstanz nicht einfach auf die Angaben der Selbstanzeigerin stützen. Hätte sie eine umfangreiche Marktanalyse durchgeführt, hätte sie festgestellt, dass sich die Zahl der Verkaufsmeldungen der Verfahrensparteien innerhalb des Vertriebsnetzes der von der Selbstanzeigerin importierten Fahrzeuge auf etwa [...] % belaufe. Deshalb sei es äusserst fraglich, ob die Parteien überhaupt einen Einfluss auf das Vertriebsnetz der Selbstanzeigerin oder den gesamten schweizerischen Markt von Neufahrzeugen der Marken des VW-Konzerns hätten haben könnten.

Die Vorinstanz hätte auch Entlastungsgründe prüfen und berücksichtigen müssen, namentlich Preisführerschaft der Selbstanzeigerin sowie deren Aussage, eine allfällige Abrede könne keine Wirkung gezeitigt haben. Sie hätte dabei nach Sachverhaltselementen suchen müssen, welche gegen den Kronzeugenstatus sprächen, zumal eine führende Rolle einer potentiellen Kronzeugin deren Status gänzlich in Frage stelle.

5.1.2 Unter Hinweis auf die angefochtene Verfügung entgegnete die Vorinstanz in ihrer Vernehmlassung, die Q._____ AG habe ihre Selbstanzeige vom 3. April 2013 mit Eingaben vom 4., 18. und 25. April 2013 ergänzt und Beweismaterial übergeben. Der Inhalt der Selbstanzeige setze sich deshalb aus den Protokollaussagen der Selbstanzeigerin und insgesamt 36 Beweismitteln zusammen. Diese enthielten E-Mail-Korrespondenz über die Vorbereitung, die Umsetzung und den Abbruch des Projekts "Repo 2013" sowie Kopien der vereinbarten Konditionenliste und der Präsentation der VPVW-Stammtische. Aus diesen Dokumenten gehe eindeutig hervor, dass sich die Beschwerdeführerin und die anderen beteiligten Parteien auf eine gemeinsame Rabattpolitik geeinigt, anschliessend eine gemeinsame Konditionenliste für maximale Preisnachlässe und minimale Ablieferungspauschalen zur Abgabe der Erstofferte für Neufahrzeuge der Marken des VW-Konzerns vereinbart und zur Umsetzung des abgestimmten Rabattverhaltens die regionalen Stammtische des VPVW durchgeführt und die Präsentation "Projekt Repo 2013" gehalten hätten.

Im Rahmen der Untersuchung habe die Vorinstanz die Beschwerdeführerin und die anderen Parteien einvernommen. Zudem seien Auskunftsbegehren an beteiligte Dritte und den Präsidenten des VPVW gerichtet worden. Die Aussagen der Parteien und ihre Vorbringen im Rahmen der Einvernahmen, der Stellungnahmen zum Antrag des Sekretariats und während der Anhörungen durch die WEKO sowie sämtliche Antworten zu den Auskunftsbegehren gegenüber Dritten seien in der angefochtenen Verfügung aufgeführt und gewürdigt worden.

Der Sachverhalt sei nicht einfach aufgrund der Aussagen der Selbstanzeigerin, sondern mehrheitlich auf der Grundlage der zahlreichen von ihr im Rahmen der Selbstanzeige eingereichten Beweismittel und der vorerwähnten Ermittlungsmassnahmen erstellt und abgeklärt worden. Die Aussagen der Selbstanzeigerin stellten nicht einfache Behauptungen ihrerseits dar, sondern entsprächen dem Inhalt des von ihr vorgelegten Beweismaterials. Die wenigen Passagen, die auf der Protokollaussage der Selbstanzeigerin beruhten, seien immer durch andere Beweismittel gestützt.

In der angefochtenen Verfügung habe die Vorinstanz die Verhältnisse zur Bestimmung des relevanten Marktes im Detail analysiert. Sie habe sämtliche wirtschaftlichen Aspekte, d.h. die sachliche und die räumliche Marktabgrenzung, das Vorliegen verbleibenden, aktuellen und potentiellen Aussen- und Innenwettbewerbs sowie die Gesamtbetrachtung qualitativer und quantitativer Kriterien, untersucht und beurteilt.

Einerseits erfolge die Beurteilung des aktuellen Wettbewerbs sowie der Erheblichkeit einer Wettbewerbsabrede anhand der Marktanteile aller an der Abrede beteiligten Unternehmen. Der gemeinsame Anteil derselben am Gesamtvolumen der verkauften Neufahrzeuge der VPVW-Marken betrage [...] %. Diese Einschätzung basiere jedoch auf der konservativen Annahme, dass sich nur die Beschwerdeführerin, die Selbstanzeigerin sowie die drei weiteren erwähnten Unternehmen an der Abrede beteiligt hätten. Sofern man zudem berücksichtigen würde, dass anlässlich der sechs durchgeführten Stammtische mutmasslich alle übrigen VPVW-Mitglieder - und möglicherweise weitere zugelassene Händler der Marken des VW-Konzerns - anwesend gewesen seien und von den vereinbarten Massnahmen, insbesondere der einheitlichen Konditionenliste, Kenntnis erhalten hätten, wären die entsprechenden Marktanteile noch höher anzusetzen.

Andererseits sei Gegenstand der angefochtenen Verfügung nicht die Frage, ob die sanktionierten Parteien zusammen mit der Selbstanzeigerin einen Einfluss auf das Vertriebsnetz derselben hätten haben können, sondern ob die Vereinbarung einer Konditionenliste für maximale Preisnachlässe und minimale Ablieferungspauschalen sowie die Durchführung von Stammtischen zur Verbreitung der abgestimmten Rabattpolitik als erhebliche und unzulässige Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Art. 5 Abs. 3 i.V.m. Abs. 1 KG zu qualifizieren sei.

Aus dem Gesagten ergebe sich, dass die Vorinstanz alle zum Nachweis eines Wettbewerbsverstosses erforderlichen Beweiserhebungen und Untersuchungshandlungen durchgeführt habe. Folglich habe sie den Untersuchungsgrundsatz nicht verletzt.

5.1.3 Sowohl im Kartellverwaltungsverfahren als auch im Beschwerdeverfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht ist der Sachverhalt gemäss Art. 12 VwVG i.V.m. Art. 39 KG bzw. Art. 37 VGG von Amtes wegen zu untersuchen (vgl. Urteile des BVGer B-7633/2009 vom 14. September 2015, Swisscom AG u.a. gg. Weko, *ADSL II*, E. 185, bestätigt durch Urteil des BGer 2C_985/2015 vom 9. Dezember 2019, publiziert in BGE 146 II 217, B-506/2010 vom 19. Dezember 2013, Gaba

International AG gg. Weko, *Gaba*, E. 5 und B-2977/2007 vom 7. April 2010, Publigroupe u.a. gg. WEKO, *Publigroupe*, E. 3). Dieser Untersuchungsgrundsatz verpflichtet Behörde und Beschwerdeinstanz, den Sachverhalt aus eigener Initiative richtig und vollständig abzuklären, sowohl hinsichtlich unzulässiger Wettbewerbsbeschränkungen als auch rechtfertigender Umstände (vgl. BGE 141 V 281 E. 3.4.2.2, BGE 138 V 218 E. 6, BGE 117 V 282 E. 4a, BVGE 2012/21 E. 5.1 sowie Urteile des BVGer B-829/2012 vom 25. Juni 2018, Granella Holding AG u.a. gg. Weko, *Granella*, E. 6.3, B-8404/2010 vom 23. September 2014, SFS unimarket AG gg. Weko, *SFS*, E. 3.2.4 und B-2050/2007 vom 24. Februar 2010, Swisscom (Schweiz) AG gg. Weko, *Terminierung Mobilfunk*, E. 6.1; PATRICK L. KRAUSKOPF/KATRIN EMMENEGGER, in: Bernhard Waldmann / Philippe Weissenberger (Hrsg.): Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVG), 2. A., 2016, Art. 12 N. 16; ANDRÉ MOSER/MICHAEL BEUSCH/LORENZ KNEUBÜHLER, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, 2. A., 2013, N. 3.119; RENÉ RHINOW/HEINRICH KOLLER/CHRISTINA KISS/DANIELA THURNHERR/DENISE BRÜHL-MOSER, Öffentliches Prozessrecht, 3. A., 2014, N. 991 f., 994 f., 1660 f.; THIERRY TANQUEREL, Manuel de droit administratif, 2011, N. 1559). Hierfür sind alle rechtserheblichen Aspekte zu ermitteln, sämtliche notwendigen Unterlagen zu beschaffen und die erforderlichen Beweise abzunehmen (vgl. ALFRED KÖLZ/ISABELLE HÄNER/MARTIN BERTSCHI, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 2013, N. 456, 1133; KRAUSKOPF/EMMENEGGER, Art. 12°N. 20 f.; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, N. 3.119 f.).

Die Wettbewerbsbehörde hat allen einschlägigen Tatsachen nachzugehen und darf sich nicht auf die Aussagen, Informationen und Beweismittel von Verfahrensbeteiligten beschränken (vgl. Urteile des BVGer B-829/2012 vom 25. Juni 2018, *Granella*, E. 6.3, B-8404/2010 vom 23. September 2014, *SFS*, E. 3.2.4 und B-2050/2007 vom 24. Februar 2010, *Terminierung Mobilfunk*, E. 6.1; vgl. auch BGE 141 V 281 E. 3.4.2.2). Als rechtserheblich gelten alle Tatsachen, welche den Ausgang des Entscheids beeinflussen können (vgl. BGE 117 V 282 E. 4a; Urteil des BVGer B-7633/2009 vom 14. September 2015, *ADSL II*, E. 185; KRAUSKOPF/EMMENEGGER, Art. 12 N. 28; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, N. 3.120 f.).

Der Untersuchungsgrundsatz gilt allerdings nicht uneingeschränkt. Vielmehr ist das Ausmass der Untersuchung von vornherein auf solche Aspekte beschränkt, die zur Aufklärung des Sachverhalts notwendig sind und deren Abklärung vernünftigerweise erwartet werden kann (vgl. BGE 112 Ib 65 E. 3; Urteil des BVGer B-7633/2009 vom 14. September 2015, *ADSL II*, E. 186; KRAUSKOPF/EMMENEGGER, Art. 12 N. 28 f.; ähnlich MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, N. 3.144). Grenzen der amtlichen Ermittlung können sich im Einzelfall zudem durch Mitwirkungspflichten der Parteien, die objektive Beweislast, die Tauglichkeit von Beweismitteln und treuwidriges Verhalten einer Partei ergeben (vgl. KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, N. 457 f., 1134 f.; KRAUSKOPF/EMMENEGGER, Art. 12 N. 17; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, N. 1.49, 3.123c; TANQUEREL, N. 1560 f.).

Die Sachverhaltsuntersuchung bezieht sich auf Tatsachen und Erfahrungssätze. Demgegenüber untersteht die Rechtsanwendung, d.h. die Beurteilung rechtlicher Aspekte, nicht dem Untersuchungsgrundsatz (vgl. KRAUSKOPF/EMMENEGGER, Art. 12 N. 17; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, N. 3.119b). Daher bedarf es einer inhaltlichen Abgrenzung zwischen Sach- und Rechtsfragen (vgl. BVGE 2009/35 E. 7.4). Soweit zwischen den Kartellbehörden und den Parteien eines Kartellverwaltungsverfahrens abweichende Rechtsauffassungen bestehen, die einen unterschiedlichen Umfang an sachlicher Abklärung erfordern, ergibt sich demzufolge nicht allein deshalb eine Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes, weil die Kartellbehörden keine Abklärungen über Tatsachen oder Erfahrungssätze vorgenommen haben, auf die eine Partei ihre abweichende Rechtsposition stützt (Urteil des BVGer B-7633/2009 vom 14. September 2015, *ADSL II*, E. 187).

5.1.4 Der die Behörde verpflichtende Untersuchungsgrundsatz (Art. 12 VwVG) und das ihn ergänzende Parteirecht des Gehörsanspruchs (Art. 29 VwVG; vgl. dazu unten E. 5.4.4; vgl. BGE 144 II 194, Bayerische Motoren Werke AG gg. Weko, *BMW*, E. 4.4.2) sollen sicherstellen, dass zur vollständigen Ermittlung des erheblichen Sachverhalts alle notwendigen Beweise erhoben und in zutreffender Weise gewürdigt werden. Zudem soll gewährleistet werden, dass der Entscheid auf alle wesentlichen Elemente abgestützt und entsprechend auf nachvollziehbare Weise begründet wird. Freilich darf sich die Begründung eines Entscheids auf diejenigen Aspekte beschränken, welche die Behörde ohne Willkür als wesentlich betrachtet. Die Behörde muss aber begründen, weshalb sie vorgebrachte Parteistandpunkte für nicht erheblich, unrichtig oder allenfalls unzulässig hält (Urteil des BVGer B-2050/2007 vom 24. Februar 2010, *Terminierung Mobilfunk*, E. 6).

5.1.5 Die Selbstanzeige ("Bonusmeldung gemäss Art. 49a Abs. 2 KG") beinhaltet erstens ein achtseitiges Schreiben der Selbstanzeigerin vom 4. April 2013 im Sinne einer Protokollaussage gegenüber der Vorinstanz. Unter dem Titel "Art des angezeigten Wettbewerbsverstosses" werden darin namentlich die "Vereinbarung einer Konditionenliste", eine "Besprechung zu Konditionenempfehlungen für Flottengeschäfte", die "Erstellung einer Präsentation für regionale Stammtische des VPVW" und die "Durchführung regionaler Stammtische des VPVW" geschildert. Als Beilagen waren diesem Schreiben Konditionenlisten bzw. -empfehlungen, eine "Präsentation VPVW Stammtisch Region [...]" sowie E-Mails und andere Schreiben angefügt (insgesamt 11 Beilagen). Zweitens wurde die Selbstanzeige durch eine vom 18. April 2013 datierende Protokollaussage der Selbstanzeigerin ergänzt. Sie enthält 18 weitere Beilagen, überwiegend E-Mail-Korrespondenz zwischen Führungskräften der beteiligten Unternehmen betreffend Konditionenlisten für den Neuwagenverkauf sowie Präsentationen für Verbandsanlässe des VPVW. Drittens umfasst die Selbstanzeige eine ergänzende Protokollaussage der Selbstanzeigerin vom 25. April 2013, welche zusätzliche Beilagen beinhaltet, insbesondere wiederum E-Mail-Korrespondenz zwischen leitenden Vertretern der beteiligten Unternehmen sowie eine Präsentation mit Konditionenlisten und Offertbeispielen. Viertens wurde die Selbstanzeige durch eine mündliche Aussage des vormaligen Managing Directors der Q._____ AG

vom 11. Juni 2013 gegenüber dem Sekretariat der WEKO ergänzt.

Vernehmlassungsweise erklärte die Vorinstanz, der Inhalt der Selbstanzeige setze sich aus den Protokollaussagen der Selbstanzeigerin und insgesamt 36 Beweismitteln zusammen. Freilich erlauben einige dieser Aktenstücke keine Rückschlüsse auf (möglicherweise gesetzwidriges) Verhalten von Rechtssubjekten (z.B. die Unterlagen zur Verbandsorganisation des VPVW, dessen Umfragen oder die "Übersicht Partnernetze [Selbstanzeigerin] Import", act. 23). Manche sind weitestgehend identisch (act. 31, 33, 34 und 36) oder beinhalten eigene Beurteilungen der Selbstanzeigerin (act. 30, 31, 32 und 34). So handelt es sich etwa bei mehreren der mit der Selbstanzeige eingereichten Unterlagen um Schreiben, welche die Selbstanzeigerin erstellt hatte und welche teilweise deren eigene rechtliche Würdigung der Geschehnisse enthalten. Andererseits besteht die Selbstanzeige dennoch nicht nur aus Äusserungen der Selbstanzeigerin und von dieser verfassten Dokumenten, sondern beispielsweise auch aus E-Mail-Korrespondenz mit oder zwischen Dritten. Überdies ergänzte die Vorinstanz die Selbstanzeige durch eigene Untersuchungshandlungen, insbesondere Einvernahmen und Befragungen. So vernahm das Sekretariat den Geschäftsleiter der Beschwerdeführerin am 17. Juni 2013. Die Wettbewerbskommission hörte die Beschwerdeführerin am 7. September 2015 an. Ferner richtete das Sekretariat Auskunftsbegehren an beteiligte Dritte sowie den Präsidenten des VPVW.

Schwergewichtig beruht die Beweisführung hinsichtlich einer verpönten Abrede daher auf dem mit der Selbstanzeige bei der Vorinstanz eingegangenen E-Mail-Verkehr. Die Beschwerdeführerin ihrerseits unterbreitete der Vorinstanz Verträge sowie Tabellen über Fahrzeugverkäufe während des fraglichen Zeitraums. Darin finden sich Preisnachlässe, welche über die laut Darstellung der Vorinstanz vereinbarten Höchstrabatte hinausgehen. Diesbezüglich wird auf die untenstehenden materiellen Erwägungen verwiesen.

5.1.6 Die Vorbringen der Beschwerdeführerin betreffend Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes haben einen engen Konnex zum Inhalt der angefochtenen Verfügung. Hinweise auf eine formelle Rechtsverletzung der Vorinstanz im Kontext des Untersuchungsgrundsatzes bestehen keine, zumal die WEKO nicht nur ihre Pflicht zur Feststellung des Sachverhalts von Amtes wegen, sondern auch ihre Beweisführungslast und das zu erfüllende Beweismass anerkannt hat. Ihr kann auch nicht vorgeworfen werden, eine unzulässige Beweislastumkehr zum Nachteil der Beschwerdeführerin praktiziert zu haben (vgl. Urteil des BVGer B-807/2012 vom 25. Juni 2018, Erne Holding AG u.a. gg. Weko, *Erne*, E. 6.3).

Wegen ihres engen Bezugs zum Inhalt der Sanktionsverfügung werden die entsprechenden Vorbringen der Beschwerdeführerin deshalb bei der materiellen Prüfung näher gewürdigt (vgl. Urteile des BVGer B-829/2012 vom 25. Juni 2018, *Granella*, E. 6.3 m.H. und B-807/2012 vom 25. Juni 2018, *Erne*, E. 6.3), d.h. nicht in einem separaten Abschnitt unter dem Gesichtspunkt eines formellen Rechtsfehlers (vgl. in diesem Sinne bereits die Urteile des BVGer B-2050/2007 vom 24. Februar 2010, *Terminierung Mobilfunk*, E. 1.1.2, B-8404/2010 vom 23. September 2014, *SFS*, E. 3.2.5, sowie B-581/2012 vom 16. September 2016, Nikon AG gg. Weko, *Nikon*, E. 5.5).

5.2 Zweitens beanstandet die Beschwerdeführerin eine Verletzung des Grundsatzes der Rechtsgleichheit.

5.2.1 Sie argumentiert, die WEKO habe ihr vorgeworfen, das Verfahren verzögert zu haben, was aber keineswegs der Fall gewesen sei, weder infolge von Fristerstreckungsgesuchen noch durch unbegründete Verfahrensanträge. Ebensowenig habe sie mit ihrem Verhalten hinsichtlich des allfälligen Abschlusses einer einvernehmlichen Regelung eine (gemeinsame) Strategie zur Behinderung eines zügigen Verfahrens ausgeübt oder angestrebt. Im Gegenteil habe sie stets mit der Vorinstanz kooperiert und im Rahmen ihrer Mitwirkungspflicht Dokumente sowie Beweise geliefert, um ihre Unschuld darzutun und der Vorinstanz zu helfen, die Marktverhältnisse betreffend den Verkauf von Neuwagen des VW-Konzerns zu ermitteln. Indem die Vorinstanz die Beschwerdeführerin mit den anderen Verfahrensparteien in einen Topf geworfen habe, habe sie den Grundsatz der Rechtsgleichheit verletzt.

Bei der Auferlegung der Verfahrenskosten sei die Beschwerdeführerin ebenfalls ungleich behandelt worden. Obwohl sie das Verfahren keinesfalls verzögert habe, sei ihr der gleiche Kostenanteil wie den anderen Parteien verrechnet worden. Weil sodann die einvernehmliche Regelung mit der Kronzeugin für nichtig erklärt worden sei, hätte das Verfahren 22-0439 dieser gegenüber nicht abgeschlossen werden dürfen. In der Endabrechnung und bei der Aufteilung der Verfahrenskosten hätte das berücksichtigt werden müssen.

5.2.2 Darauf erwidert die Vorinstanz, sie sei wegen des vergleichbaren Vorgehens aller Parteien von einer gewissen Koordinierung bzw. einer gemeinsamen Strategie zur Verfahrensverzögerung ausgegangen. Gemäss bisheriger Praxis der Wettbewerbsbehörden würden die Kosten in der Regel gleichmässig auf die gebührenpflichtigen Parteien verteilt. Diese Praxis stehe insofern mit dem Verursacherprinzip in Einklang, als die an einer Wettbewerbsbeschränkung beteiligten Unternehmen das Verfahren und die dadurch entstandenen Kosten verursachten. Nur wenn eine solche Verteilung "pro Kopf" zu völlig unsachgemässen Ergebnissen führen würde, so insbesondere bei offensichtlich unterschiedlichem Aufwand, vor allem infolge einvernehmlicher Regelung, sowie bei offensichtlich unterschiedlicher Beteiligung an der Wettbewerbsbeschränkung, denkbar etwa bei vertikalen Abreden, sei eine schematisiert-individuelle Kostenverteilung angezeigt.

Weil sich die Beschwerdeführerin und die anderen Parteien an den fraglichen Wettbewerbsverstössen beteiligt hätten, seien sie gemeinsam und in gleichem Masse als Verursacher des Verwaltungsverfahrens betrachtet worden. Deshalb seien ihnen die Gebühren zu gleichen Teilen sowie unter solidarischer Haftbarkeit auferlegt worden. Gründe für eine andere Kostenverteilung bestünden nicht. Die Tatsache, dass die Beschwerdeführerin im Rahmen ihrer Mitwirkungspflicht Dokumente und Beweise geliefert habe, könne nicht als Kriterium für eine Kostenreduzierung oder eine individuelle Kosten-

verteilung zu ihren Gunsten geltend gemacht werden. Ihr Vorwurf, die Wettbewerbsbehörde habe den Grundsatz der Gleichbehandlung verletzt, sei somit unbegründet.

Mit Blick auf die einvernehmliche Regelung hält die Vorinstanz fest, erstens habe das Bundesverwaltungsgericht die Verfügung vom 8. August 2014 einzig aufgrund mangelnder Zuständigkeit und Entscheidungsgewalt des ehemaligen Vizepräsidenten der WEKO für nichtig erklärt, ohne die Gültigkeit der EVR vom 16. April 2014 zu beurteilen. Zweitens seien in der Vorabverfügung vom 8. August 2014 die bis zum Zeitpunkt des Abschlusses des EVR effektiv verursachten Verfahrenskosten zu einem Fünftel der Selbstanzeigerin auferlegt worden; von diesem Zeitpunkt an bis zum Abschluss des Verfahrens ihr gegenüber seien der Selbstanzeigerin all diejenigen Kosten auferlegt worden, welche mit direktem Bezug zu ihr entstanden seien. Der Beschwerdeführerin und den anderen Parteien seien daher die Verfahrenskosten bis zum Abschluss der EVR sowie diejenigen bis zum Abschluss des gegen sie laufenden Verfahrens zu gleichen Teilen unter solidarischer Haftung auferlegt worden. Entgegen der Darstellung der Beschwerdeführerin seien ihr somit die Verfahrenskosten bezüglich der Verfügung vom 8. August 2014 nicht auferlegt worden.

5.2.3 Gemäss Art. 29 Abs. 1 BV hat jede Person in Verfahren vor Gerichts- und Verwaltungsinstanzen Anspruch auf gleiche und gerechte Behandlung. Grundrechtlich verbrieft wird damit das allgemeine Gebot eines fairen Verfahrens. Als "gleiche Behandlung" statuiert Art. 29 Abs. 1 BV insbesondere das Recht auf Waffengleichheit, welches bereits dann als verletzt gilt, wenn eine Partei bevorteilt wird; die Gegenpartei muss dadurch nicht unbedingt einen Nachteil erleiden (vgl. BERNHARD WALDMANN, BSK BV, 2015, Art. 29 N. 8 ff.; BGE 139 I 121, R. gg. Basler Versicherung AG, E. 4.2.1 m.H.).

5.2.4 In Ziff. 168 ff. der Sanktionsverfügung äusserte sich die Vorinstanz zum Thema Verfahrensverzögerung wie folgt (Zitat):

> Die Parteien beteuerten zwar stets ihre Bereitschaft zur Kooperation, sie beantragten jedoch während der gesamten Dauer der Untersuchung zu den Gesuchen des Sekretariates, welche keines besonderen Aufwands bedurften, oftmals mehrere Fristverlängerungen oder stellten unbegründete Verfahrensanträge, die de facto das vorliegende Verfahren verzögert haben. Der Inhalt der jeweiligen Antworten der Parteien, so etwa in den Stellungnahmen zum Abschluss einer EVR, zum provisorischen Beweisergebnis oder in den Bemerkungen zum Verfügungsantrag des Sekretariats in Bezug auf [die Selbstanzeigerin], deutet ausserdem auf eine gewisse (gemeinsame) Strategie zur Behinderung eines zügigen Ablaufs des Verfahrens hin.
>
> Hinzu kommt, dass das Sekretariat die Parteien drei Mal eingeladen hat, zum Abschluss einer EVR Stellung zu nehmen. Die Parteien lehnten aber alle Anträge des Sekretariats ab, ohne selbst konkrete Vorschläge für eine einvernehmliche Lösung einzureichen.
>
> Somit haben die Verzögerungsstrategie der Parteien und die Ablehnung der Vorschläge des Sekretariats zum Abschluss einer EVR im vorliegenden Fall zu einer Verzögerung des Verfahrens und zu einer Erhöhung der Verfahrenskosten geführt.

5.2.5 Am 17. Juni 2013 vernahm das Sekretariat den Geschäftsleiter der Beschwerdeführerin, wobei dieser ein Vorschlag für eine einvernehmliche Regelung unterbreitet wurde. Mit Schreiben vom 11. Juli 2013 räumte das Sekretariat der Beschwerdeführerin Frist bis 26. Juli 2013 ein, um allfällige Geschäftsgeheimnisse im Protokoll der Einvernahme ihres Geschäftsführers vom 17. Juni 2013 zu bezeichnen. Gestützt auf Art. 22a Abs. 1 Bst. b VwVG beantragte der Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin in einem Brief vom 24. Juli 2013 eine Erstreckung dieser Frist bis 16. August 2013. Das Sekretariat hiess diesen Antrag mit Schreiben vom 25. Juli 2013 gut. In der Folge tauschten sich die Beschwerdeführerin (Schreiben vom 16. und vom 30. August sowie vom 19. September 2013) und das Sekretariat (Telefonnotiz vom 20. August sowie Schreiben vom 9. und vom 26. September 2013) über allfällige Geschäftsgeheimnisse im Einvernahmeprotokoll aus.

Mit Schreiben vom 8. Oktober 2013 präsentierte das Sekretariat den Verfahrensparteien sein vorläufiges Beweisergebnis und gab ihnen Gelegenheit zur Akteneinsicht. Gleichzeitig schlug es ihnen nochmals eine einvernehmliche Regelung vor und bat sie, bis zum 5. November 2013 dazu Stellung zu beziehen.

In einem Schreiben vom 10. Oktober 2013 ersuchte der Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin das Sekretariat, ihm die Frist für die Bereinigung von Geschäftsgeheimnissen im Einvernahmeprotokoll bis zum 1. November 2013 zu erstrecken. Als Begründung hielt er fest, bis zum 11. Oktober [2013] werde es ihm wegen ausserordentlich hoher Geschäftslast in anderen Dossiers nicht möglich sein, mit seiner Mandantin hinreichend detailliert Rücksprache zu nehmen. Des Weiteren bitte er zu beachten, dass der Direktor der Beschwerdeführerin vom 11. bis zum 29. Oktober 2013 im Urlaub sein werde. Erst nach dessen Rückkehr werde er, der Rechtsvertreter, über die nötigen Instruktionen verfügen.

Mit Brief vom 4. November 2013 ersuchte der Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin sodann um Erstreckung der bis zum 5. November 2013 laufenden Frist, die ihm das Sekretariat im Schreiben vom 8. Oktober 2013 gesetzt hatte, bis zum 26. November 2013. Zur Begründung brachte er dabei vor, wie bereits in seinem Schreiben vom 10. Oktober [2013] dargelegt, sei der Direktor der Beschwerdeführerin bis am 30. Oktober [2013] im Urlaub gewesen. In der kurzen Zwischenzeit sei es ihm leider nicht möglich gewesen, sich mit seiner Mandantin über den Vorschlag des Sekretariats, den Inhalt der Protokollaussagen und die Verfahrensakten hinreichend auszutauschen.

Darauf erwiderte das Sekretariat mit Schreiben vom 5. November 2013, seiner Ansicht nach seien die vorgebrachten Gründe nicht überzeugend. Die eingeräumte Frist sei angemessen, und die Beschwerdeführerin hätte ausreichend Zeit gehabt, zur Möglichkeit des Abschlusses einer einvernehmlichen Regelung Stellung zu nehmen. Eine Fristerstreckung wäre nach dem Gesetzes-

wortlaut nicht möglich. Ausnahmsweise werde dem Antrag dennoch stattgegeben und die Frist bis zum 26. November 2013 erstreckt.

In ihrer Stellungnahme vom 26. November 2013 gegenüber dem Sekretariat erklärte die Beschwerdeführerin, das vorläufige Beweisergebnis weise weder eine Abrede noch eine Beteiligung ihrerseits an einer solchen nach. Insbesondere angesichts der mangelhaften Beweisführung könne eine einvernehmliche Regelung in der vorgelegten Form "und zum jetzigen Zeitpunkt" nicht in Frage kommen.

In einem Schreiben vom 11. Februar 2014 erklärte das Sekretariat gegenüber der Beschwerdeführerin, sofern diese bis am 3. März 2014 kein Interesse am Abschluss einer einvernehmlichen Regelung bekunde, gehe es davon aus, dass sie an ihrer Stellungnahme [vom 26. November 2013] festhalte. Gegen die Beschwerdeführerin und die verbleibenden Parteien werde dann das ordentliche Verfahren fortgeführt. Mit der Selbstanzeigerin werde das Sekretariat eine einvernehmliche Regelung aushandeln und das Verfahren abschliessen. Eine einvernehmliche Regelung mit der Beschwerdeführerin kam in der Folge nicht zustande, nachdem eine entsprechende Rückmeldung ihrerseits ausgeblieben war.

Im Wissen um die ferienbedingte Abwesenheit des Direktors der Beschwerdeführerin bis Ende Oktober 2013 beantragte deren Rechtsvertreter am 10. Oktober 2013 lediglich eine kurze Erstreckung der Frist bis zum 1. November 2013. Am 4. November 2013 hingegen ersuchte er um eine Fristerstreckung bis zum 26. November 2013, wobei er sich erneut auf die Ferien des Direktors der Beschwerdeführerin berief. Dies erscheint widersprüchlich, und es lässt sich nicht erkennen, inwiefern die Beschwerdeführerin den übrigen Beteiligten zu Unrecht gleichgestellt worden wäre. Auch die Mitwirkung an der Untersuchung kann der Beschwerdeführerin in diesem Kontext keinen Vorteil verschaffen, zumal Art. 40 KG eine entsprechende Pflicht statuiert (vgl. Art. 13 Abs. 1 Bst. c VwVG).

5.2.6 Was den frühzeitigen Abschluss der Untersuchung 22-0439 gegenüber der Selbstanzeigerin betrifft, so bestehen aufgrund der nachvollziehbaren Erläuterungen der Vorinstanz keine Anhaltspunkte dafür, dass der Beschwerdeführerin ungerechtfertigte Kosten, etwa wegen der Nichtigkeit der Genehmigungsverfügung vom 8. August 2014, angelastet worden wären (vgl. Ziff. 399 ff. der Sanktionsverfügung). Auch insofern wurde die Beschwerdeführerin, namentlich gegenüber der Selbstanzeigerin, nicht ungleich behandelt.

Im Übrigen stellte das Bundesverwaltungsgericht zwar die Nichtigkeit der ersten Genehmigungsverfügung der WEKO (vom 8. August 2014) fest (Urteil des BVGer B-5294/2014 vom 13. April 2016). Dabei beurteilte es aber nicht auch die zugrundeliegende einvernehmliche Regelung vom 16. April 2014 zwischen der Selbstanzeigerin und dem Sekretariat. Insbesondere qualifizierte es diese Regelung - anders, als von der Beschwerdeführerin dargestellt - nicht etwa als nichtig.

5.3 Drittens erklärt die Beschwerdeführerin, die Vorinstanz habe ihren Anspruch auf rechtliches Gehör, ihr Konfrontationsrecht und ihr Recht auf ein faires Verfahren verletzt.

5.3.1 Mit der Durchführung der Anhörung der Selbstanzeigerin am 21. September 2015, welcher in der Waadt, wo der Vertreter der Beschwerdeführerin im Anwaltsregister eingetragen sei, ein vom kantonalen Recht anerkannter Feiertag sei, habe die Vorinstanz neben dem Grundsatz der Rechtsgleichheit auch das rechtliche Gehör der Beschwerdeführerin verletzt. Zudem sei der Termin vom 21. September 2015 nicht mit genügend Vorlauf bekanntgegeben worden. Vielmehr habe ihn das Sekretariat nach der Anhörung der Verfahrensparteien vom 7. September 2015 per E-Mail angekündigt und am 8. September 2015 auf gleichem Weg festgesetzt, ohne jedoch die Rückmeldungen der Parteien abzuwarten bzw. zu berücksichtigen. Diese Vorgehensweise sei umso überraschender, als das Sekretariat den Parteien Frist bis 9. September 2015 gesetzt gehabt habe, um ihre Verfügbarkeiten zu kommunizieren.

Die Selbstanzeigerin sei Belastungszeugin. Zwar habe die Beschwerdeführerin, da sie der Zeugeneinvernahme nicht habe beiwohnen können, auf schriftlichem Weg ein paar Fragen einreichen können. Sie habe jedoch keine Garantie gehabt, dass diese auch effektiv gestellt würden. Die blosse Möglichkeit, im Hinblick auf die Anhörung schriftliche Fragen einzureichen, für welche sich die Wettbewerbsbehörde vorbehalten habe, nur eine Auswahl zu stellen, genüge nicht, um das rechtliche Gehör der Beschwerdeführerin zu wahren. Mangels Teilnahme an der Befragung der Kronzeugin habe sie im Übrigen keinerlei direkte oder ergänzende Fragen stellen können.

5.3.2 Die WEKO entgegnet, es sei schwierig gewesen, einen Termin für die Anhörung der Selbstanzeigerin zu finden. Deshalb habe der von der Beschwerdeführerin geltend gemachte waadtländische Feiertag "Lundi du Jeûne" nicht berücksichtigt werden können. Dieser bilde auch keinen zwingenden Grund für eine Verschiebung. Zudem sei die Anhörung vom 21. September 2015 schon zwei Wochen im Voraus bekanntgegeben worden. Die Vorinstanz habe die Parteien mehrmals auf die Möglichkeit hingewiesen, bei der Anhörung der Selbstanzeigerin Fragen zu stellen und/oder, falls sie oder bevollmächtigte Rechtsvertreter nicht anwesend sein könnten, ihre Fragen, welche der Präsident der WEKO dann an der Anhörung vom 21. September 2015 stellen würde, bis am 18. September 2015 einzureichen. Von dieser Möglichkeit habe die Beschwerdeführerin Gebrauch gemacht, indem sie der Vorinstanz mit Schreiben vom 18. September 2015 eine Liste von Fragen gesandt habe. Mit gleichem Schreiben habe sie beantragt, diese Fragen in anonymisierter Form zu stellen, um ihre Identität nicht offenzulegen. Bei der Anhörung habe der Präsident der WEKO der Selbstanzeigerin alle Fragen der abwesenden Beschwerdeführerin gestellt.

Folglich sei nicht zu befürchten gewesen, dass die WEKO die Fragen der Beschwerdeführerin nicht stellen würde. Ausserdem habe die Beschwerdeführerin die Möglichkeit, Fragen unmittelbar an die Selbstanzeigerin zu richten, von sich aus eingeschränkt, denn sie habe auf eine Teilnahme an deren Anhörung verzichtet und ihre Fragen in anonymisierter Form stellen lassen. Somit

habe die Vorinstanz den Anspruch auf rechtliches Gehör nicht verletzt. Im Übrigen habe die Beschwerdeführerin weder in ihrer Stellungnahme zum Antrag des Sekretariats noch anlässlich ihrer Anhörung vom 7. September 2015 eine Anhörung der Selbstanzeigerin beantragt.

5.3.3 Der Anspruch auf rechtliches Gehör ergibt sich aus Art. 29 Abs. 2 BV; zumindest für Teilbereiche wird er auch aus Art. 6 der Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschrechte und Grundfreiheiten (EMRK, SR 0.101) abgeleitet. Gemäss Art. 29 VwVG haben sodann die Parteien Anspruch auf rechtliches Gehör (zum Ganzen BGE 137 II 266, Gemeinde Riniken u.a. gg. Axpo AG und Bundesamt für Energie, *Riniken*, E. 3.2 m.H., Urteil des BVGer B-807/2012 vom 25. Juni 2018, *Erne*, E. 5.1 m.H. und BERNHARD WALDMANN/JÜRG BICKEL, in: Waldmann / Weissenberger, Art. 29 N. 46 ff.). Der Anspruch auf rechtliches Gehör umfasst einerseits Mitwirkungsrechte, insbesondere das Recht auf vorgängige Anhörung (Art. 30 VwVG), das Recht, erhebliche Beweise beizubringen (Art. 33 VwVG), Beweisanträge zu stellen und damit gehört zu werden, sowie das Recht, an der Erhebung wesentlicher Beweise mitzuwirken oder wenigstens zum Beweisergebnis Stellung nehmen zu können, wenn es geeignet ist, den Entscheid zu beeinflussen (vgl. Art. 12 - 19 VwVG i.V.m. Art. 37 , 39 - 41 und 43 - 61 des Bundesgesetzes über den Bundeszivilprozess vom 4. Dezember 1947, BZP, SR 273). Andererseits beinhaltet der Anspruch auf rechtliches Gehör Informationsansprüche, namentlich das Recht auf Orientierung, Akteneinsicht (Art. 26 - 28 VwVG) und auf hinreichende Begründung (Art. 35 VwVG). Auch der Gehörsanspruch steht unter dem Vorbehalt der Rechtsausübung nach dem Grundsatz von Treu und Glauben (Art. 5 Abs. 3 BV).

Demnach verlangt das rechtliche Gehör im Sinne von Teilgarantien die ordnungsgemässe Durchführung folgender Schritte: (i) vorgängige Orientierung über Gegenstand und Inhalt des Verfahrens sowie den Vorwurf gegenüber dem Betroffenen; (ii) Mitwirkung bei der Feststellung des Sachverhalts, insbesondere durch eigene Beweisanträge; (iii) persönliche Teilnahme am Verfahren einschliesslich der Möglichkeit zur Verbeiständigung; (iv) Akteneinsicht; (v) Möglichkeit zur Abgabe einer vorgängigen Stellungnahme einschliesslich deren Berücksichtigung durch die verfahrensleitende Instanz; (vi) Eröffnung und Begründung des Entscheids (vgl. statt vieler BGE 135 II 286, S.X. u.a. gg. Stadt Chur u.a., E. 5.1; Urteile des BVGer B-807/2012 vom 25. Juni 2018, *Erne*, E. 5.1, B-7633/2009 vom 14. September 2015, *ADSL II*, E. 199, m.w.H. auf Lehre und Rechtsprechung sowie B-2050/2007 vom 24. Februar 2010, *Terminierung Mobilfunk*, E. 6.1; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 3. A., 2013, S. 173 ff.). Um den Betroffenen eine Stellungnahme vor Erlass der Verfügung zu ermöglichen, muss ihnen die Verwaltungsbehörde den voraussichtlichen Inhalt der Verfügung, zumindest ihre wesentlichen Elemente, bekanntgeben (vgl. ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. A., 2020, N. 1011).

Im Kartellverwaltungsverfahren wird der Anspruch auf rechtliches Gehör durch Art. 30 Abs. 2 KG insofern erweitert, als die Verfahrensbeteiligten schriftlich zum Verfügungsantrag des Sekretariats Stellung nehmen können, bevor die Wettbewerbskommission ihren Entscheid trifft (vgl. Urteil des BGer 2A.492/2002 vom 17. Juni 2003, Elektra Baselland Liestal gg. Watt Suisse u.a., *EBL*, E. 3.4; BGE 129 II 497, Entreprises Electriques Fribourgeoises gg. Watt Suisse u.a., *EEF*, E. 2.2; Urteile des BVGer B-3938/2013 vom 30. Oktober 2019, Dargaud (Suisse) SA gg. Weko, *Dargaud*, E. 4 und B-807/2012 vom 25. Juni 2018, *Erne*, E. 5.1; Entscheid der Reko Wef FB/2006-8 vom 9. November 2006, veröffentlicht in: RPW 2006/4 S. 722 ff.; Botschaft KG 1995, 605; STEFAN BILGER, Das Verwaltungsverfahren zur Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen, 2002, S. 275, 277).

Der Anspruch auf rechtliches Gehör ist formeller Natur. Daher führt seine Verletzung grundsätzlich ungeachtet der Erfolgsaussichten der Beschwerde in der Sache selbst zur Aufhebung der angefochtenen Verfügung. Eine Verletzung des Gehörsanspruchs kann jedoch dann geheilt werden, wenn sie nicht besonders schwer wiegt und die Gehörsgewährung in einem Rechtsmittelverfahren nachgeholt wird, in welchem die Beschwerdeinstanz mit der gleichen Prüfungsbefugnis entscheidet wie die untere Instanz. Von der Rückweisung der Sache an die Verwaltung zur Gewährung des rechtlichen Gehörs ist - ebenfalls im Sinn einer ausnahmsweisen Heilung des Mangels - selbst bei einer schwerwiegenden Gehörsverletzung abzusehen, sofern die Rückweisung zu einem formalistischen Leerlauf und damit zu unnötigen Verzögerungen führen würde, die mit dem (der Anhörung gleichgestellten) Interesse der betroffenen Partei an einer beförderlichen Beurteilung der Sache nicht zu vereinbaren wären (BGE 132 V 387 E. 5.1, 127 V 431 E. 3d/aa und 126 V 130 E. 2b je m.H.; vgl. Urteil des BVGer B-312/2014 vom 14. August 2014, X. gg. Staatssekretariat für Bildung, Forschung und Innovation SBFI, E. 2.3 f. m.H.). Dies ist vor allem dann der Fall, wenn die Vorinstanz mit erheblicher Wahrscheinlichkeit eine gleichlautende Verfügung erlassen würde (vgl. BGE 133 I 201, X. u.a. gg. Amt für AHV und IV TG u.a., E. 2.2 und 132 V 387 E. 5.1 m.H.; Urteil des BGer 9C_419/2007 vom 11. März 2008, A. gg. Winterthur-Columna Sammelstiftung 2. Säule, E. 2.2; Urteile des BVGer B-807/2012 vom 25. Juni 2018, *Erne*, E. 5.1, B-7633/2009 vom 14. September 2015, *ADSL II*, E. 201, m.H., B-463/2010 vom 19. Dezember 2013, Gebro Pharma GmbH gg. Weko, *Gebro*, E. 4.3, B-506/2010 vom 19. Dezember 2013, *Gaba*, E. 4.2 und B-2050/2007 vom 24. Februar 2010, *Terminierung Mobilfunk*, E. 6.1).

5.3.4 In ihrer Eingabe vom 18. September 2015 an das Sekretariat der WEKO betreffend die Anhörung der Selbstanzeigerin vom 21. September 2015 erklärte die Beschwerdeführerin unter Hinweis auf die Kündigung von Händler- und Servicepartnerverträgen durch Erstere, sie wolle keinen weiteren möglichen Unannehmlichkeiten ausgesetzt werden bzw. jegliche betriebswirtschaftlichen Schäden vermeiden. Ferner sei sie der Auffassung, die beigelegten Fragen beträfen generelle Marktverhältnisse, welche von allgemeinem Nutzen für das Verfahren seien und deswegen keine Rückschlüsse auf die Parteien erforderten. Vor diesem Hintergrund stelle sie den ausdrücklichen und formellen Antrag, dass die beigelegten Fragen "auf anonymisierte Weise und

neutraler Basis" gestellt würden, "d.h. ohne die Identität der Fragestellerin offen zu legen". Gleichzeitig hielt die Beschwerdeführerin fest, auch wenn es nachvollziehbar sei, dass die Terminfindung für eine Anhörung durch die WEKO, in welche mehrere Beteiligte involviert seien, Schwierigkeiten bereiten könne, sollten in Zukunft keine behördlichen bzw. amtlichen Handlungsmassnahmen an kantonalöffentlichen Feiertagen durchgeführt werden.

Die Beschwerdeführerin hat sich demzufolge erst nachträglich auf den Standpunkt gestellt, im Kontext der Anhörung der Selbstanzeigerin durch die Vorinstanz seien ihr rechtliches Gehör, ihr Konfrontationsrecht und die Grundsätze des fairen Verfahrens verletzt worden. Wenn sie zudem schriftliche Fragen an die Selbstanzeigerin einreichte und verlangte, sie seien in anonymisierter Form zu stellen, nun aber argumentiert, ihr Konfrontationsrecht sei missachtet worden, erscheint dies ebenfalls widersprüchlich. Beides verstösst gegen den Grundsatz von Treu und Glauben (Art. 5 Abs. 3 BV).

Abgesehen davon konnte sich der Anwalt der Beschwerdeführerin substituieren lassen. Aufgrund des relativ breiten Teilnehmerkreises der Anhörung dürften Terminüberschneidungen jedenfalls nicht gänzlich vermeidbar gewesen sein. Schliesslich kann das Recht auf Mitwirkung bei der Einvernahme im Sinne eines Mindesterfordernisses nach der Praxis auch durch Stellungnahme zum Beweisergebnis ausgeübt werden (WALDMANN/BICKEL, Art. 29 N. 91). Im Übrigen hat der Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin nicht näher dargelegt, weshalb ihn der kantonale Feiertag daran hinderte, der Einvernahme der Selbstanzeigerin beizuwohnen oder weshalb keine Substitution erfolgte. Sein Anliegen, Verfahrensmassnahmen sollten nicht an kantonalen Feiertagen durchgeführt werden, äusserte er gegenüber der Vorinstanz lediglich für die Zukunft.

Auf die Rüge der Beschwerdeführerin, ihr rechtliches Gehör, ihr Konfrontationsrecht und die Prinzipien der Verfahrensfairness seien verletzt worden, ist deshalb nicht weiter einzugehen.

5.4 Viertens rügt die Beschwerdeführerin eine Verletzung von Amts- und Geschäftsgeheimnissen.

5.4.1 Sie erklärt, durch die bei der Sanktionsberechnung angewandte Methode habe die Vorinstanz ihren Umsatz den anderen Verfahrensparteien bzw. Dritten offengelegt. Der Umsatz der Beschwerdeführerin sei zweifellos ein Geschäftsgeheimnis. Es sei äusserst einfach, ihren Gesamtumsatz für die drei Geschäftsjahre 2011 bis 2013 zu berechnen. Da der Jahresumsatz nicht wesentlich variiere, könne er mit hoher Genauigkeit errechnet werden. Dies sei nicht akzeptabel und stelle eine Verletzung von Art. 25 KG dar.

5.4.2 Darauf entgegnet die Vorinstanz, die Beschwerdeführerin stelle kein Rechtsbegehren, welches sie mit der angeblichen Verletzung von Art. 25 KG zu begründen vermöchte. Selbst wenn ein Amts- oder Geschäftsgeheimnis verletzt worden wäre, wäre der Antrag um Aufhebung der Sanktionsverfügung nicht gutzuheissen. Bei dieser handle es sich im Übrigen noch gar nicht um eine Veröffentlichung im Sinne von Art. 25 Abs. 4 KG. Ungeachtet dessen lege die Vorinstanz kurz dar, weshalb sie weder Amts- noch Geschäftsgeheimnisse verletzt habe. Sie habe die Sanktionsbeträge anhand der ungefähren Grössenverhältnisse hinsichtlich der jährlichen Umsätze der Parteien auf den relevanten Märkten sowie der Maximalhöhe der Sanktion kalkuliert. Die Sanktionsbeträge der übrigen Parteien habe sie im Verhältnis zur Pauschalsanktion der Beschwerdeführerin festgelegt. Zwecks Transparenz sei die Berechnungsmethode für diese Pauschalsanktion in der Verfügung wiedergegeben worden. Mit einem gewissen Aufwand könne man daher den durchschnittlichen Umsatz der Beschwerdeführerin in den Jahren 2011 bis 2013 tatsächlich bestimmen. Allerdings handle es sich hierbei um den Durchschnitt dreier, nicht mehr aktueller, Geschäftsjahre. Zudem sei davon auszugehen, dass die Umsätze der Beschwerdeführerin bei Branchenkonkurrenten nicht völlig unbekannt seien. Schliesslich würden sie offenbar auch in der Presse vermeldet. Der durchschnittliche Umsatz der Beschwerdeführerin in den Jahren 2011 bis 2013 sei deshalb kein Geschäftsgeheimnis im Sinne der Rechtsprechung.

5.4.3 Die Beschwerdeführerin repliziert, ihr Geheimhaltungswille bestehe vollumfänglich weiter. Sie habe auch ein berechtigtes Interesse an der Geheimhaltung ihres Umsatzes aus dem Verkauf von Neuwagen der Marken des VW-Konzerns, denn die entsprechenden Geschäftszahlen seien direkten Konkurrenten nicht im Detail bekannt. In der Presse sei ein Gesamtumsatz von Fr. [...] publiziert worden, also nicht der spezifische Umsatz aus dem Verkauf von Neuwagen der Marken des VW-Konzerns. Der auf die Beschwerdeführerin entfallende Umsatz dieser Marken sei damit keineswegs quantifiziert und der Öffentlichkeit zugänglich gemacht worden.

Wie die Vorinstanz selber einräume, habe sie den Umsatz der Beschwerdeführerin aus dem Verkauf von Neuwagen der VW-Konzernmarken mit der Berechnungsmethode Dritten bzw. Konkurrenten gegenüber offengelegt. Hierbei handle es sich um eine Verletzung der Pflicht zur Wahrung von Amts- und Geschäftsgeheimnissen im Sinne von Art. 25 Abs. 1 und 4 KG, was zur Aufhebung der angefochtenen Verfügung führen müsse.

5.4.4 Art. 25 Abs. 1 KG bestimmt, dass die Wettbewerbsbehörden das Amtsgeheimnis wahren. Gemäss Art. 25 Abs. 4 KG dürfen die Veröffentlichungen der Wettbewerbsbehörden keine Geschäftsgeheimnisse preisgeben. Beide Absätze basieren auf demselben Geheimnisbegriff, wobei der Gegenstand des Amtsgeheimnisses im Sinne von Art. 25 Abs. 1 KG weiter reicht als derjenige des Geschäftsgeheimnisses im Sinne von Art. 25 Abs. 4 KG (SIMON BANGERTER, in: Marc Amstutz / Mani Reinert (Hrsg.): Kartellgesetz, Basler Kommentar, 2. A., 2021, Art. 25 N. 52).

Geschäftsgeheimnisse sind (1) weder offenkundige noch allgemein zugängliche Tatsachen (relative Unbekanntheit), (2) die der Geheimnisherr geheimhalten will (Geheimhaltungswille) und (3) an deren Geheimhaltung er ein berechtigtes (objektives) Geheimhaltungsinteresse hat (vgl. BGE 142 II 268, *Nikon*, E. 5.2.2.1 m.H.). Gegenstand von Geschäftsgeheimnissen können nur geschäftlich relevante Informationen sein, d.h. solche, die Einkaufs- und Bezugsquellen, die Betriebsorganisation, die Preiskalkulation etc. betreffen und demnach einen

betriebswirtschaftlichen oder kaufmännischen Charakter aufweisen (BGE 142 II 268, *Nikon*, E. 5.2.3 m.H.). Folgende Tatsachen implizieren in der Regel ein objektives Geheimhaltungsinteresse: Marktanteile eines einzelnen Unternehmens, Umsätze, Preiskalkulationen, Rabatte und Prämien, Bezugs- und Absatzquellen, die interne Organisation eines Unternehmens, allerdings nicht diejenige eines unzulässigen Kartells, Geschäftsstrategien und Businesspläne sowie Kundenlisten und -beziehungen (BGE 142 II 268, *Nikon*, E. 5.2.4; vgl. auch BANGERTER, Art. 25 N. 56).

Eine Verletzung von Amts- oder Geschäftsgeheimnissen durch Mitglieder der WEKO oder Mitarbeitende des Sekretariats kann strafrechtliche, disziplinarische und haftungsrechtliche Konsequenzen nach sich ziehen; diesbezüglich besteht allerdings keine Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts (vgl. Urteil des BVGer B-4669/2013 vom 30. Oktober 2019 E. 4.1.2 m.H.; BANGERTER, Art. 25 N. 30 ff., N. 66; VINCENT MARTENET, in: Vincent Martenet / Pierre Tercier / Christian Bovet (Hrsg.), Droit de la concurrence, Commentaire, 2. A., 2013, Art. 25 KG N. 27 ff.). Weshalb eine solche Geheimnisverletzung gegebenenfalls aber eine Aufhebung der Sanktionsverfügung bewirken müsste, ist nicht ersichtlich. Die Beschwerdeführerin hat ihre dahingehende Behauptung denn auch nicht substantiiert. Auf ihr Rechtsbegehren um Aufhebung der angefochtenen Verfügung wegen Verletzung der Pflicht zur Wahrung von Amts- und Geschäftsgeheimnissen ist vor diesem Hintergrund nicht weiter einzugehen.

6.

Die Beschwerdeführerin hält die ihr zur Last gelegten Verstösse gegen das Kartellgesetz für nicht bewiesen. Sie beanstandet Beweisführung und Beweiswürdigung der Vorinstanz in verschiedener Hinsicht. Dementsprechend sind zunächst die Beweisregeln für kartellrechtliche Sanktionsverfahren näher darzustellen.

6.1 Verstösse gegen das KG müssen gemäss dem auch im Kartellverfahren anwendbaren Untersuchungsprinzip grundsätzlich durch die Behörden erforscht werden (Art. 39 KG i.V.m. Art. 12 VwVG). Diese haben den rechtserheblichen Sachverhalt aus eigener Initiative richtig und vollständig abzuklären. Dazu sind alle rechtserheblichen Aspekte zu ermitteln, sämtliche notwendigen Unterlagen zu beschaffen und die erforderlichen Beweise abzunehmen. Aufgrund dieser Pflicht zur richtigen und vollständigen Abklärung des rechtserheblichen Sachverhalts liegt die Beweisführungslast im kartellrechtlichen Sanktionsverfahren bei den Wettbewerbsbehörden. Der Untersuchungsgrundsatz erfährt jedoch eine Einschränkung durch die in Art. 13 VwVG statuierte Mitwirkungspflicht der Parteien (vgl. zum Ganzen BGE 129 II 18, Börsenverein des dt. Buchhandels e.V. sowie Schweizerischer Buchhändler- und Verlegerverband gg. Weko, *Buchpreisbindung I*, E. 7.1 m.H.; Urteil des BGer 2A.430/2006 vom 6. Februar 2007, *Buchpreisbindung II*, E. 10.2 sowie die Urteile des BVGer B-807/2012 vom 25. Juni 2018, *Erne*, E. 8.4.1, B-5685/2012 vom 17. Dezember 2015, Altimum SA gg. Weko, *Altimum*, E. 4.5.1; B-7633/2009 vom 14. September 2015, *ADSL II*, E. 185 ff., B-8404/2010 vom 23. September 2014, *SFS*, E. 3.2.4 und B-463/2010 vom 19. Dezember 2013, *Gebro*, E. 5).

6.2 Nach dem auch im Kartellverwaltungsverfahren anwendbaren Grundsatz der freien Beweiswürdigung haben die Wettbewerbsbehörden die erhobenen Beweismittel ohne Bindung an förmliche Beweisregeln umfassend und pflichtgemäss zu würdigen (vgl. Art. 39 KG i.V.m. Art. 19 VwVG und Art. 40 des Bundesgesetzes vom 4. Dezember 1947 über den Bundeszivilprozess, BZP, SR 273; BGE 137 II 266, *Riniken*, E. 3.2; Urteil des BGer 2A.430/2006 vom 6. Februar 2007, *Buchpreisbindung II*, E. 10.4; Urteil des BVGer B-5685/2012 vom 17. Dezember 2015, *Altimum*, E. 4.5.2 m.w.H.). Soweit eine Sanktion gemäss Art. 49a KG in Frage kommt, sind wegen des strafrechtsähnlichen Charakters dieser Massnahme grundsätzlich die Garantien von Art. 6 und 7 EMRK sowie Art. 30 bzw. 32 BV zu beachten. Sachverhaltsmässige Unklarheiten sind daher aufgrund der Unschuldsvermutung nach Art. 6 Ziff. 2 EMRK bzw. Art. 32 Abs. 1 BV zu Gunsten der sanktionsbedrohten Parteien zu werten (vgl. BGE 139 I 72, *Publigroupe*, E. 2.2.2 und E. 8.3.1).

6.3 Für die Prüfung der Beweislage entscheidend ist die Frage, welches Beweismass erfüllt sein muss, damit ein rechtserheblicher Sachumstand als bewiesen erachtet werden kann.

6.3.1 Nach dem Regelbeweismass des Überzeugungsbeweises gilt ein Beweis als erbracht, wenn ein Gericht oder eine Behörde nach objektiven Gesichtspunkten von der Richtigkeit einer Sachbehauptung überzeugt ist. Dabei wird allerdings keine absolute Gewissheit vorausgesetzt. Die Verwirklichung der Tatsache braucht nicht mit Sicherheit festzustehen; es genügt, wenn das Gericht oder die Behörde am Vorliegen des rechtserheblichen Sachumstands keine ernsthaften Zweifel mehr hat oder allenfalls verbleibende Zweifel als leicht erscheinen (vgl. BGE 130 III 321, X. gg. Versicherung Y., E. 3.2; Urteil des BGer 2A.500/2002 vom 24. März 2003, A. X. u.a. gg. Steuerverwaltung des Kantons BE, E. 3.5; Urteile des BVGer B-807/2012 vom 25. Juni 2018, *Erne*, E. 8.4.4.1 m.H., B-5685/2012 vom 17. Dezember 2015, *Altimum*, E. 4.5.3.1, B-7633/2009 vom 14. September 2015, *ADSL II*, E. 157).

6.3.2 Als Ausnahme vom Regelbeweis mit dem Beweismass der vollen Überzeugung ist der Wahrscheinlichkeitsbeweis anerkannt, welcher auf das Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit abstellt. Diesem zufolge gilt ein Beweis als erbracht, wenn nach objektiven Gesichtspunkten derart gewichtige Gründe für die Richtigkeit der Sachbehauptung sprechen, dass andere denkbare Möglichkeiten vernünftigerweise nicht massgeblich sind (vgl. BGE 140 III 610 E. 4.1; BGE 132 III 715 E. 3.1). Eine überwiegende Wahrscheinlichkeit wird als ausreichend betrachtet, wo ein strikter Beweis nicht nur im Einzelfall, sondern der Natur der Sache nach nicht möglich oder nicht zumutbar ist und wo insofern "Beweisnot" besteht (vgl. BGE 132 III 715 E. 3.1; BGE 130 III 321 E. 3.2; BGE 128 III 271 E. 2b/aa; Urteil des BVGer B-807/2012 vom 25. Juni 2018, *Erne*, E. 8.4.4.2).

Bei Vorliegen multipler Wirkungszusammenhänge ist das Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit ausreichend, also kein Überzeugungsbeweis erforderlich (vgl. BGE 139 I 72, *Publigroupe*, E. 8.3.2 und 144 II 246, *Altimum*, E. 6.4.4, betreffend Abreden; vgl. Urteile des

BVGer B-807/2012 vom 25. Juni 2018, *Erne*, E. 8.4.4.4, B-7633/2009 vom 14. September 2015, *ADSL II*, E. 162).

"Gewöhnliche" Lebenssachverhalte ohne multiple Wirkungszusammenhänge liegen beispielsweise vor, wenn festgestellt werden muss, ob bestimmte Personen Preise oder Bestandteile derselben untereinander abgesprochen haben. Demgegenüber gestaltet sich die Beurteilung möglicher Auswirkungen kartellrechtlicher Sachverhalte auf den Wettbewerb naturgemäss als komplexer. Neben der objektiven Datenlage stehen hier wirtschaftliche Analysen und Hypothesen im Zentrum der Betrachtung. Auch das Vorliegen allfälliger Effizienzgründe (Art. 5 Abs. 2 KG) kann nur unter Berücksichtigung wirtschaftlicher Überlegungen beurteilt werden. Ökonomischen Erkenntnissen haftet allerdings immer eine gewisse Unsicherheit an. Deswegen muss es genügen, dass die von Art. 5 Abs. 1 KG geforderten Auswirkungen einer Abrede auf den Wettbewerb, wie auch allfällige Effizienzgründe, nach Art. 5 Abs. 2 KG mit überwiegender Wahrscheinlichkeit gegeben sind (so - betreffend das Vorliegen von Effizienzgründen - ausdrücklich das Urteil des BGer 2A.430/2006 vom 6. Februar 2007, *Buchpreisbindung II*, E. 10.4; Urteil des BVGer B-807/2012 vom 25. Juni 2018, *Erne*, E. 8.4.4.5 m.H.).

6.3.3 Dem erforderlichen Beweismass kann nicht nur direkt, sondern auch indirekt, nämlich gestützt auf Indizien, Genüge getan werden (vgl. BGE 93 II 345, Deutsche Lufthansa AG gg. Basler Transport-Versicherungs-Gesellschaft (AG), E. 2 m.H.; Urteil des BVGer B-807/2012 vom 25. Juni 2018, *Erne*, E. 8.4.4.6 m.H.). Ein Indiz ist eine Tatsache, die auf eine andere, unmittelbar erhebliche Tatsache schliessen lässt. Beim Indizienbeweis wird vermutet, dass eine nicht bewiesene Tatsache effektiv gegeben ist, weil sich diese Schlussfolgerung nach der Lebenserfahrung kraft bewiesener Tatsachen (Indizien) aufdrängt (vgl. Urteil des BGer 6B_332/2009 vom 4. August 2009, *X. gg. StA St. Gallen*, E. 2.3 m.H.; Urteil des BVGer B-807/2012 vom 25. Juni 2018, *Erne*, E. 8.4.4.6; Entscheid der Reko Wef FB/2002-1 vom 22. Dezember 2004 E. 8.1, veröffentlicht in: RPW 2005/1 S. 183 ff.).

6.3.4 Kann das geforderte Beweismass nicht erreicht werden, stellt sich die Frage, zu wessen Lasten der beweislose Zustand geht. Die Antwort darauf ergibt sich aus dem Rechtsgrundsatz, dass derjenige die (objektive) Beweislast für das Vorliegen einer Tatsache trägt, der aus ihr Rechte ableitet (Art. 8 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 10. Dezember 1907, ZGB, SR 210; vgl. Urteil des BGer 2C_988/2014 vom 1. September 2015, A. gg. Polizei- und Militärdirektion des Kantons BE, E. 3.1; Urteil des BVGer C-563/2011 vom 10. September 2014, A. gg. Bundesamt für Migration BFM, E. 4.2, BVGE 2008/23 E. 4.2 m.w.H.).

Die objektive Beweislastverteilung hinsichtlich der gestützt auf Art. 49a i.V.m. Art. 5 Abs.1 und 3 KG verhängten Sanktion muss auf differenzierende Weise betrachtet werden. Wettbewerbsabreden im Sinne von Art. 4 Abs. 1 i.V.m. Art. 5 Abs. 3 KG bilden die Vermutungsbasis, gestützt auf welche die Wettbewerbsbehörden gegebenenfalls schliessen, der wirksame Wettbewerb sei vermutungsweise beschränkt oder beseitigt worden. Deshalb ist davon auszugehen, dass die Wettbewerbsbehörden neben der Beweisführungslast auch die objektive Beweislast betreffend Wettbewerbsabreden im Sinne von Art. 4 Abs. 1 i.V.m. Art. 5 Abs. 3 KG tragen. Folglich trifft die objektive Beweislast bezüglich einer Beteiligung der Beschwerdeführerin an den fraglichen Preisabsprachen die Vorinstanz (vgl. Urteil des BVGer B-807/2012 vom 25. Juni 2018, *Erne*, E. 8.4.5 m.H.).

6.4 Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts dürfen die Anforderungen an das Beweismass hinsichtlich belasteter Dritter auch bei einer Selbstanzeige nicht herabgesetzt werden. Dabei ist die Vorinstanz verpflichtet, den Sachverhalt für jede einzelne Verfahrenspartei separat zu erstellen und abzuklären. Entsprechend muss sie den Kartellrechtsverstoss jeder Verfahrenspartei einzeln zur Last legen. Insbesondere hat sie die jeweilige Beteiligung an der Absprache individuell nachzuweisen (zum Ganzen vgl. Urteil des BVGer B-807/2012 vom 25. Juni 2018, *Erne*, E. 8.5 m.H.).

6.5 Die allgemeinen Beweisregeln gelten auch, wenn eine Selbstanzeige vorliegt (Urteil des BVGer B-771/2012 vom 25. Juni 2018, *Cellere*, E. 6.5.4.3) und damit für die nachfolgende Beurteilung der Beweislage. Ob es in einem kartellrechtlichen Verwaltungsverfahren keine, eine oder mehrere Selbstanzeigen gibt, kann keinen Einfluss darauf haben, welches Beweismass für den Nachweis eines rechtserheblichen Sachumstandes erforderlich ist. Ebensowenig wirkt sich das Vorhandensein von Selbstanzeigen auf die Frage aus, wer die objektive Beweislast und damit die Folgen der Beweislosigkeit trägt.

Bei Aussagen sowie Urkunden von Selbstanzeigern und "nicht kooperierenden" Unternehmen handelt es sich um Parteiauskünfte im Sinne des Art. 12 Bst. b VwVG, welche der freien Beweiswürdigung unterliegen (Urteil des BVGer B-771/2012 vom 25. Juni 2018, *Cellere*, E. 6.5.5.4 m.H.).

6.6 Somit haben die Wettbewerbsbehörden insbesondere den Überzeugungsbeweis dafür zu erbringen, dass bestimmte Händler von Fahrzeugen der VW-Konzernmarken untereinander maximale Rabatte sowie minimale Ablieferungspauschalen vereinbarten, um diese anschliessend über sog. Stammtische im Rahmen des VPVW weiterzuverbreiten und letztlich zu Lasten der Kunden höhere Margen aus ihren Automobilverkäufen zu erzielen. Dementsprechend liegt es auch an der Vorinstanz, der Beschwerdeführerin mit dem Regelbeweismass des Überzeugungsbeweises individuell nachzuweisen, dass sich diese in der vorgeworfenen Form an der fraglichen Absprache beteiligte.

7.

7.1 Als zusammenfassende Würdigung der Beweismittel sowie der Darlegungen der Verfahrensparteien hielt die Vorinstanz in ihrer Sanktionsverfügung fest, die Verfahrensparteien und die Selbstanzeigerin hätten sich auf eine gemeinsame Rabattpolitik geeinigt. Anschliessend hätten sie eine gemeinsame Konditionenliste für maximale Preisnachlässe und minimale Ablieferungspauschalen zur Abgabe der Erstofferte für Neufahrzeuge der Marken des VW-Konzerns vereinbart. Zur Umsetzung des abgestimmten Rabattverhaltens hätten sie regionale

Stammtische des VPVW durchgeführt und die Präsentation "Projekt Repo 2013" gehalten. Dies stelle eine Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG i.V.m. Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG über die direkte oder indirekte Festsetzung von Preisen dar. Die gesetzlich statuierte Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs könne durch den vorhandenen Aussenwettbewerb widerlegt werden. Die Abrede beeinträchtige den Wettbewerb jedoch auf allen relevanten Märkten erheblich im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG. Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gemäss Art. 5 Abs. 2 KG lägen keine vor. Es handle sich somit um eine unzulässige Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 Abs. 3 i.V.m. Abs. 1 KG.

7.2 Die Beschwerdeführerin reichte Kaufverträge sowie Tabellen mit ihren zwischen dem 4. März und dem 14. April 2013 erstellten Offerten ein. Letztere enthalten die Namen zahlreicher Interessenten, diejenigen der zuständigen Mitarbeiter der Beschwerdeführerin, die Bezeichnungen der betreffenden Fahrzeuge, deren Preise, die offerierten Rabatte sowie allfällige spezielle preisliche Konditionen. Dazu erklärt die Beschwerdeführerin, bei der sehr geringen Anzahl von Verkaufsverträgen, welche zwischen dem 28. März und dem 3. April 2013 abgeschlossen worden seien, sei der individuelle Spielraum für Nachlässe in sechs Fällen überschritten worden. Es seien Rabattsätze von [...] % gewährt worden. Dies zeige deutlich, dass sich die Beschwerdeführerin und ihr Verkaufspersonal, welches gar nicht um die Konditionenliste des "Projekts Repo 2013" gewusst habe, überhaupt nicht an diese gehalten hätten bzw. hätten halten können.

In keiner Weise habe sich die Beschwerdeführerin, ihr CEO oder ein anderer Mitarbeiter an der Ausarbeitung und Entwicklung einer gemeinsamen Konditionenliste beteiligt oder bei der Erstellung einer solchen mitgewirkt. Gleiches gelte für die Präsentation, welche sich mit dem "Projekt Repo 2013" befasst habe. Die Beschwerdeführerin benütze ihre eigenen Konditionenlisten, überarbeite diese regelmässig und passe sie den Marktverhältnissen an. Ihre Verkäufer seien nicht an einen Fix- oder Maximalrabatt gebunden, weder bei Erstofferten noch während der restlichen Verkaufsverhandlungen. Ferner sei eindeutig ersichtlich, dass die Rabattsätze der Konditionenliste der Beschwerdeführerin und jene des "Projekts Repo 2013" nicht vergleichbar seien.

8.

Materiell muss vorerst geprüft werden, ob sich die Beschwerdeführerin an einer Wettbewerbsabrede nach Art. 4 Abs. 1 KG beteiligte.

8.1 Die Beschwerdeführerin verneint, eine solche Abrede geschlossen zu haben. Weder sie, noch ihr Geschäftsleiter oder andere ihrer Mitarbeiter hätten sich aktiv an der Vorbereitung des Projekts "Repo 2013" beteiligt. Erst mit der E-Mail vom 22. Januar 2013, welche an die Vorstandsmitglieder des VPVW verschickt worden sei, habe ihr Geschäftsleiter Kenntnis von der Diskussion erhalten. Er habe gar nicht gewusst, was mit dem Ausdruck "Projekt Repo" gemeint gewesen sei. Da diese E-Mail an die Vorstandsmitglieder adressiert gewesen sei, sei er davon ausgegangen, dass es sich um ein Thema des VPVW handle. Er habe weder auf die erwähnte E-Mail geantwortet, noch diesbezüglich Kontakt zu den anderen Adressaten gesucht. Es liege auch kein Beweis dafür vor, dass ein Vertreter der Beschwerdeführerin am Treffen, welches während der VPVW-MVR-Tagung stattgefunden haben solle, teilgenommen hätte. Ebensowenig gebe es einen Beweis dafür, dass sich die Beschwerdeführerin oder ihr Geschäftsleiter an der darauffolgenden E-Mail-Diskussion beteiligt hätte.

Die Kronzeugin verfüge über einen Marktanteil von weit über [...] % beim Verkauf von Neuwagen der Marken des VW-Konzerns. In ihrer Bonusmeldung habe sie sich denn auch selber als Preisführerin bezeichnet. Der Verkaufsmarkt von Neuwagen der Marken des VW-Konzerns sei oligopolistisch strukturiert, und die Kronzeugin besitze als Importeurin dieser Marken bei der Preisfestsetzung einen weit grösseren Spielraum als die anderen Verfahrensparteien. Folglich habe die Besprechung vom 6. Februar 2013, an der notabene weder der Geschäftsleiter noch ein anderer Vertreter der Beschwerdeführerin teilgenommen habe, keine Abrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG herbeigeführt.

Zu keinem Zeitpunkt habe die Beschwerdeführerin ein wettbewerbswidriges Verhalten angestrebt, sondern bestenfalls durch die Aktivitäten ihres Geschäftsleiters als Vorstandsmitglied des VPVW den Anschein einer Kooperation erweckt. Sie habe stets ihre eigenen Konditionenlisten verwendet, um hierdurch einen Wettbewerbsvorteil gegenüber ihren Konkurrenten zu erlangen. Ihre eingereichten eigenen Konditionenlisten sowie die Kaufverträge, welche an ihren verschiedenen Standorten während der Dauer der angeblichen Abrede geschlossen worden seien, bewiesen, dass die Beschwerdeführerin nicht auf ihre unternehmerische Handlungsfreiheit verzichtet habe.

Die Vorinstanz übersehe, dass die Kronzeugin ihre Konditionenliste mit E-Mail vom 22. Januar 2013 durch [...] an [R._____ AG] (mit Kopie an [Y._____ AG]) verschickt habe. Wie die Vorinstanz selber feststelle (Ziff. 26 f. der Sanktionsverfügung), entspreche die Konditionenliste des Retailbereichs der Selbstanzeigerin (Gültigkeit ab 18. Februar 2013) der Konditionenliste des Projekts "Repo 2013". In der Verfügung habe die Vorinstanz dazu festgehalten, [Y._____ AG] habe seine eigene Konditionenliste an die interne Konditionenliste des Retailbereichs der Selbstanzeigerin mit Gültigkeit ab 18. Februar 2013 angepasst und diese am 8. Februar 2013 per E-Mail an die [Q._____ AG], [R._____ AG] und [Z._____ AG] gesandt. Sie erbringe keinen Beweis dafür, dass [Y._____ AG] die Konditionenliste tatsächlich an den Vizedirektor der Beschwerdeführerin geschickt habe.

Überdies verkenne die Vorinstanz, dass die Beschwerdeführerin nicht an der Ausarbeitung der Konditionenliste beteiligt gewesen sei und dass sie mit der Durchführung des Stammtisches der Region [...], an welchem weder die Konditionenliste noch die Rabattsätze gezeigt worden seien, keine Massnahme ergriffen habe, welche objektiv geeignet gewesen wäre, die Höhe der Endverkaufspreise von Neuwagen der Marken des VW-Konzerns zu beeinflussen. In diesem Sinne habe sie weder bewusst noch gewollt mit den anderen Verfahrensparteien zusammengewirkt, um damit eine Wettbewerbsbeschränkung mindestens zu bezwecken.

Die "Stammtische" seien zwischen dem 18. und dem 27. März 2013 abgehalten worden, wobei anzumerken sei, dass (I.) nicht alle zugelassenen Händler der Marken des VW-Konzerns Mitglieder des VPVW seien, (II.) gar nicht alle Stammtische abgehalten worden seien und die Teilnehmerzahl der Mitglieder gering gewesen sei, (III.) sich die an den jeweiligen Stammtischen gehaltenen Präsentationen, welche angeblich zur Verbreitung der Wettbewerbsabrede gedient hätten, erheblich voneinander unterschieden hätten, was die Beschwerdeführerin stets betont habe und (IV.) der letzte Stammtisch abgehalten worden sei, nachdem der Präsident des VPVW die Untersuchungsadressaten bereits per E-Mail dazu aufgefordert gehabt habe, die kartellrechtlichen Rahmenbedingungen einzuhalten, was die Vorinstanz selber erwähne.

Der Geschäftsleiter der Beschwerdeführerin habe den Stammtisch der Region [...] in seiner Funktion als Vorstandsmitglied des VPVW durchgeführt. Er habe die Präsentation neben mehreren anderen Verbandsthemen gezeigt, habe diese weder verfasst, noch sei er an ihrer Ausarbeitung beteiligt gewesen, habe die Rabattzahlen der Konditionenliste abgedeckt und den weiteren Inhalt der Präsentation so vorgetragen, wie er ihn von den anderen Vorstandsmitgliedern erhalten habe. Für den Geschäftsleiter der Beschwerdeführerin sei immer klar gewesen, dass er in seiner Funktion als Vorstandsmitglied handle, nicht als Vertreter der Beschwerdeführerin.

Die Vorinstanz habe keine Beweise dafür erbracht, dass das Projekt "Repo 2013" wesentliche Preisbestandteile betroffen hätte, welche eine bedeutende Auswirkung auf den wirksamen Wettbewerb hätten haben können. Eine Ablieferungspauschale sei im Verhältnis zum Gesamtpreis eines Neuwagens lediglich ein unbedeutender Bestandteil. Folglich könne die Vereinbarung maximaler Rabatte und minimaler Ablieferungspauschalen bei Erstofferten keine bedeutenden Folgen für den wirksamen Wettbewerb auf dem Neuwagenverkaufsmarkt für Fahrzeuge der Marken des VW-Konzerns gehabt haben.

Bei der allfälligen Abrede handle es sich um maximale Rabatte bei Erstofferten und nicht um Fixrabatte. Ein maximaler Rabatt lasse einen gewissen Spielraum zu, zumindest bis zur Erreichung des Maximums. Er werde erst dann ein Problem, wenn er zu einem Fixrabatt führe, d.h. wenn alle den maximalen Rabatt (auf den Endverkaufspreis) gewährten. Ob dies der Fall gewesen sei, habe die Vorinstanz nicht ermittelt. Sie habe es unterlassen, den Sachverhalt vollständig zu ermitteln.

Angesichts der von der Beschwerdeführerin eingereichten Dokumente (eigene Konditionenlisten und abgeschlossene Verträge) hätte die Vorinstanz ernsthaft an ihrer Teilnahme an der Abrede zweifeln müssen. Hätte sie dies getan, so hätte sie festgestellt, dass die Erstofferten, welche die Beschwerdeführerin während des für die Vorinstanz relevanten Zeitraums (28. März sowie 2. und 3. April 2013) erstellt habe, keineswegs den Rabattsätzen des Projekts "Repo" entsprächen und sich die Beschwerdeführerin nicht an die Vorgaben der Konditionenliste des Projekts "Repo" gehalten habe. Zudem hätte sie anhand der eingereichten Konditionenlisten und der effektiv abgeschlossenen Verträge feststellen müssen, dass die Beschwerdeführerin weder die Rabattsätze noch die Ablieferungspauschalen des Projekts "Repo" benutzt habe, was für jegliche Kategorie verkaufter Neuwagen gelte.

8.2 Auf ihre Sanktionsverfügung verweisend, erwidert die WEKO, zwischen einer kollektiven, bewussten und gewollten Aktion verschiedener Unternehmen zum Bezwecken oder Bewirken einer Wettbewerbsbeschränkung (Wettbewerbsabrede) und einer reinen Orientierung der kleinen Konkurrenten an den Vorgaben eines Preisführers bestehe ein entscheidender Unterschied. Die Beschwerdeführerin und die anderen beteiligten Unternehmen hätten jedoch nicht einfach entschieden, die Preise einer Konkurrentin zu befolgen, sondern eine Konditionenliste für maximale Preisnachlässe und minimale Ablieferungspauschalen vereinbart und Stammtische zur Verbreitung der abgestimmten Rabattpolitik durchgeführt.

Die Tatsache, dass die Beschwerdeführerin am Treffen vom 6. Februar 2013 nicht teilgenommen habe, sei für die Beurteilung nicht entscheidend. Eine Anwesenheit der Beschwerdeführerin an diesem Treffen habe die Vorinstanz auch nie behauptet. Es gelte jedoch zu beachten, dass die anderen Parteien die Beschwerdeführerin über den Inhalt des Treffens vom 6. Februar 2013 informiert hätten und aus der Beweislage klar hervorgehe, dass sie am Projekt "Repo 2013" von Anfang an beteiligt gewesen sei und an seiner Umsetzung aktiv mitgewirkt habe.

[...] habe die interne Konditionenliste des Retailbereichs der Selbstanzeigerin nicht aus eigener Initiative, sondern als Antwort auf den Vorschlag von [R._____ AG] betreffend die Umsetzung des Projekts "Repo 2013" verschickt. [Y._____ AG] habe seine eigene Konditionenliste nicht an die interne Konditionenliste des Retailbereichs der Selbstanzeigerin, die [...] mit E-Mail vom 22. Januar 2013 den Herren [R._____ AG] und [Y._____ AG] geschickt habe, angepasst, sondern an die Konditionenliste, die am 6. Februar 2013 mit den anderen Parteien vereinbart worden sei. Die Preisnachlässe und die Ablieferungspauschalen der vereinbarten Konditionenliste entsprächen daher in ihrer definitiven Fassung nicht den Konditionen der internen Konditionenliste, die [...; Q._____ AG] mit E-Mail vom 22. Januar 2013 versandt habe.

Nach dem europäischen Wettbewerbsrecht sei ein Unternehmen auch dann als Teilnehmer einer Vereinbarung zu qualifizieren, wenn es an Zusammenkünften, bei denen wettbewerbswidrige Absprachen getroffen worden seien, teilgenommen habe, ohne sich eindeutig zu widersetzen. Die Wiederholung der Teilnahme sei dabei kein Tatbestandsmerkmal einer Vereinbarung. Es genüge eine einmalige Teilnahme. Stehe fest, dass ein Unternehmen an einer solchen Zusammenkunft teilgenommen habe, so obliege es dem Unternehmen, Umstände darzutun, aus denen sich ergebe, dass ihm dabei jede wettbewerbswidrige Einstellung gefehlt habe.

Die Beschwerdeführerin habe das vereinbarte Ziel gegenüber den anderen beteiligten Unternehmen nie abgelehnt und sich nie vom Projekt "Repo 2013" distanziert. Im Gegenteil hätten die Herren [X._____ AG] die Präsentation anlässlich des Stammtisches der Region [...] gehalten. Dabei hätten sie einen Auszug aus der verein-

barten Konditionenliste, verschiedene Beispiele zu deren Anwendung sowie die entsprechenden "Spielregeln" gezeigt und erklärt. Schliesslich hätten sie die Präsentation und die vereinbarte Konditionenliste an die Teilnehmer des Stammtisches gesandt. Auf diese Weise habe die Beschwerdeführerin aktiv am Projekt "Repo 2013" teilgenommen und es zumindest unterstützt.

Gemäss eigener Aussage sei dem Geschäftsleiter der Beschwerdeführerin das Ziel des Projektes "Repo 2013" bekannt gewesen ("Weil die Listenpreise von VW und Skoda durch [Q._____ AG] reduziert wurden, war es die Idee, auch die Nachlässe anzupassen", "[...] Und dazu hiess es, man solle diese Nachlässe bei den Erstofferten einsetzen", "[...] Die Idee, die dahinterstand, war mir schon klar, da ging es vielleicht schon darum, dass man im Netz nicht mehr so viel Rabatt gibt").

Die Beschwerdeführerin und die anderen beteiligten Unternehmen hätten das Ziel verfolgt, die Rabatthöhe für Erstofferten innerhalb des Netzes der zugelassenen Händler des VW-Konzerns durch die Erstellung einer einheitlichen Konditionenliste und die Verbreitung der vereinbarten Rabattpolitik zu bestimmen, um einen Margengewinn zu erzielen. Diese Nivellierung der Erstofferten nach oben und die entsprechende Rabattsenkung seien zweifellos geeignet gewesen, zu einer Einschränkung des Preiswettbewerbs zu führen.

8.3 Art. 4 Abs. 1 KG definiert Wettbewerbsabreden als "rechtlich erzwingbare oder nicht erzwingbare Vereinbarungen sowie aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen von Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufen, die eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken".

8.3.1 Eine Vereinbarung manifestiert sich in einem bewussten und gewollten Zusammenwirken der beteiligten Unternehmen. Ob solches vorliegt, beurteilt sich nach den allgemeinen Regeln über den Vertragsschluss (Art. 1 ff. des Obligationenrechts vom 30. März 1911, OR, SR 220), welche eine - ausdrückliche oder stillschweigende - übereinstimmende gegenseitige Willensäusserung verlangen. Dabei entscheidet der wirkliche Wille der Parteien, nicht aber eine unrichtige Bezeichnung oder Ausdrucksweise (Art. 18 Abs. 1 OR). Rein unilaterale (beabsichtigte) Wettbewerbsbeschränkungen gelten nicht als Abreden. Allerdings kann eine einseitige Erklärung, verbunden mit entsprechender Durchsetzungsmacht, in eine Abrede nach Art. 4 Abs. 1 KG münden, wenn der Adressat den Willen des Erklärenden zu erkennen vermag und sich ihm explizite oder konkludenterweise unterzieht. Vereinbarungen nach Art. 4 Abs. 1 KG gehen über den obligationenrechtlichen, auf Austausch oder Gesellschaft beruhenden Vertrag hinaus, da sie sich auch auf rechtlich nicht erzwingbare Verhältnisse erstrecken (vgl. zum Ganzen: BGE 147 II 72, *Pfizer*, E. 3 und 144 II 246, *Altimum*, E. 6.4.1 sowie Urteil des BVGer B-552/2015 vom 14. November 2017, X. AG gg. WEKO, *Türbeschläge*, E. 4.1, je m.H.; SIMON BANGERTER/BEAT ZIRLICK, in: Roger Zäch et al. (Hrsg.): KG-Kommentar, Zürich / St. Gallen 2018, Art. 4 Abs. 1 N. 19 ff.; MARC AMSTUTZ/BLAISE CARRON/MANI REINERT, in: Vincent Martenet / Pierre Tercier / Christian Bovet (Hrsg.), Droit de la concurrence, Commentaire, 2. A., 2013, Art. 4 Abs. 1 KG N. 1 ff., 21 ff. m.H.).

8.3.2 Für die zweite Tatbestandsvariante des Art. 4 Abs. 1 KG bedarf es einer Abstimmung, eines darauf gestützten Verhaltens sowie eines Kausalzusammenhangs zwischen diesen beiden Elementen. Aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen umfassen zwar keinen auf Konsens gerichteten Austausch von Willensbekundungen, doch erfordern sie eine minimale Kommunikation, eine gegenseitige Fühlungnahme. Dazu fällt nicht nur ein bi- oder multilateraler Informationsaustausch, sondern auch ein einseitiges Informationsverhalten eines Unternehmens in Betracht, wenn davon ausgegangen werden kann, dass Wettbewerber ihr Marktverhalten entsprechend anpassen. Sodann muss die Abstimmung umgesetzt worden sein. Dieser Abstimmungserfolg zeigt sich in der Regel in einem mehr oder weniger sichtbaren, tatsächlichen Marktverhalten. Auch innerbetriebliche Massnahmen können eine Umsetzung belegen. Zwischen Abstimmung und Abstimmungserfolg muss eine Kausalbeziehung vorliegen; ob allenfalls weitere Ursachen bestehen, ist unbeachtlich.

Mit der Aufnahme abgestimmter Verhaltensweisen in den Begriff der Abrede verdeutlichte der Gesetzgeber, dass sich die beteiligten Unternehmen nicht ausdrücklich ins Einvernehmen über ihr Marktverhalten gesetzt haben müssen. Der Begriff der Abrede soll lückenlos alle denkbaren Mittel der Verhaltenskoordination erfassen, welche die praktische Zusammenarbeit an die Stelle des mit Risiken behafteten Wettbewerbs treten lassen.

Aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG beruhen, wie erwähnt, kausal auf einem Mindestmass an Koordination. Letzteres unterscheidet sie vom erlaubten Parallelverhalten, einer legitimen Anpassung an das Handeln anderer Marktteilnehmer (vgl. zum Ganzen BGE 147 II 72, *Pfizer*, E. 3.4 und 129 II 18, *Buchpreisbindung I*, E. 6.3; Urteile des BVGer B-552/2015 vom 14. November 2017, *Türbeschläge*, E. 4.1 und B-8404/2010 vom 23. September 2014, *SFS*, E. 5.3.7, je m.H.; BANGERTER/ZIRLICK, Art. 4 Abs. 1 N. 22 und 53 ff.; AMSTUTZ/CARRON/REINERT, Art. 4 Abs. 1 KG N. 35).

Der Tatbestand der abgestimmten Verhaltensweise ist von der Preisführerschaft sowie von einseitigen Verhaltensweisen, die allenfalls von Art. 7 KG erfasst werden, abzugrenzen; diese Fälle stellen keine Wettbewerbsabreden dar, da das Element der Abstimmung fehlt (ROGER ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, 2. A., 2005, N. 368 f.; vgl. PATRICK L. KRAUSKOPF/OLIVIER SCHALLER, in: Marc Amstutz / Mani Reinert (Hrsg.): Kartellgesetz, Basler Kommentar, 2. A., 2021, Art. 5 N. 65 , wonach der Tatbestand einer Abrede gemäss Art. 4 Abs. 1 KG bei Preisführerschaft nicht erfüllt ist; ROLF H. WEBER/STEPHANIE VOLZ, Wettbewerbsrecht - Fachhandbuch Expertenwissen für die Praxis, 2013, N. 2.117). Preisführerschaft, wie sie die Beschwerdeführerin behauptet, kann sich ergeben, wenn ein Unternehmen seinen Preis aufgrund von Effizienzvorteilen so festzulegen vermag, dass die anderen gerade noch kostendeckend verkaufen können. Erhöht das führende Unternehmen den Preis, werden die schwächeren Konkurrenten nachziehen. Sie werden es nicht wagen, ihm mittels tieferer Preise Marktanteile abzunehmen, denn er könnte seine Preise jederzeit wieder senken und den Preiskampf letztlich gewinnen (vgl. ZÄCH, N. 369; BANGERTER/ZIRLICK, Art. 4

Abs. 1 KG N. 67 m.H.; AMSTUTZ/CARRON/REINERT, Art. 4 Abs. 1 KG N. 119; KRAUSKOPF/SCHALLER, Art. 5 KG N. 65).

8.3.3 Beim Bezwecken oder Bewirken einer Wettbewerbsbeschränkung handelt es sich schon dem Wortlaut von Art. 4 Abs. 1 KG nach um alternative Voraussetzungen. Von Bezwecken geht die Rechtsprechung aus, wenn bereits der Gegenstand der Verhaltenskoordination auf Begrenzung oder Ausschaltung eines oder mehrerer relevanter Wettbewerbsparameter abzielt (Urteile des BVGer B-807/2012 vom 25. Juni 2018, *Erne*, E. 9.3.1 m.H.) oder den Wettbewerb potentiell beeinträchtigen kann (vgl. BGE 143 II 297, *Gaba*, E. 5.4.2 und 5.6; Urteil des BVGer B-807/2012 vom 25. Juni 2018, *Erne*, E. 9.3.1 m.H.).

Mit der Variante des Bewirkens bestimmt Art. 4 Abs. 1 KG, dass es für Abreden oder aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen keine besondere subjektive Absicht der Beteiligten braucht. Ebensowenig muss aus dem Inhalt einer Abrede auf einen objektiven Zweck derselben geschlossen werden können. Entscheidend ist vielmehr, in welchem Ausmass der wirksame Wettbewerb durch eine Abrede oder aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen eingeschränkt wird. Es genügt, wenn eine Wirkung am Markt, die auf ein koordiniertes Verhalten der Beteiligten zurückzuführen ist, nachgewiesen werden kann. Die Verhaltenskoordination muss also kausal für die Wettbewerbsbeschränkung sein; diese darf nicht durch äussere Umstände hervorgerufen worden sein (vgl. zum Ganzen BGE 147 II 72, *Pfizer*, E. 3.6).

8.4 Nach Ansicht der Beschwerdeführerin hatte die Selbstanzeigerin nicht nur Preisführerschaft, sondern auch weitergehend eine führende oder anstiftende Rolle inne. Da jedenfalls Preisführerschaft einer Abrede möglicherweise entgegenstehen könnte, ist die Frage nach einer führenden Stellung der Selbstanzeigerin in diesem Sinne zuerst zu behandeln.

8.4.1 Die Beschwerdeführerin argumentiert, die Selbstanzeigerin verfüge im Retailbereich über einen Marktanteil von rund [...] %. Aufgrund desselben habe das Sekretariat der Vorinstanz am 14. September 2014 eine Vorabklärung wegen Missbrauchs der Marktmacht eröffnet. Deshalb liege es bereits aus marktstrukturellen Gründen auf der Hand, dass sich die übrige Konkurrenz (zugelassene Händler / Konzessionäre der Selbstanzeigerin und Wiederverkäufer) an den Preisen der Selbstanzeigerin orientiere. Bei der Selbstanzeigerin bestehe keine wirtschaftliche Trennung zwischen Import und Retail, d.h. sie verfüge als Gesamtunternehmen über Marktmacht sowohl als Importeurin als auch als Retailbetrieb mit ca. [...] des gesamten Absatzvolumens der Marken des VW-Konzerns in der Schweiz. Sie könne also auf die Unternehmensergebnisse der zugelassenen Händler sehr direkt Einfluss nehmen, beispielsweise, indem sie das Margensystem verändere. Dies führe dazu, dass die zugelassenen Händler (darunter auch die Beschwerdeführerin) ihr Rabattverhalten zwingend anpassen müssten, um noch knapp kostendeckend agieren zu können. Vor diesem Hintergrund sei es auch nicht erstaunlich, dass die angeblich vereinbarte Konditionenliste aufgrund der Preisführerschaft der Selbstanzeigerin im Wesentlichen mit der [Q._____ AG]-internen Konditionenliste übereinstimme, was auch durch mehrere Verfahrensparteien bestätigt worden sei.

8.4.2 Darauf entgegnet die WEKO, Preisführerschaft liege vor, wenn andere Unternehmen dem Preisführer bezüglich der Preise ohne Abstimmung folgten. Die Tatsache, dass die Selbstanzeigerin möglicherweise über Preisführerschaft verfüge, könne nicht mit dem Ausschluss einer Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG beim vorgeworfenen Verhalten gleichgesetzt werden. Wie in der angefochtenen Verfügung dargelegt, gehe aus dem Beweismaterial klar hervor, dass die Parteien und die Selbstanzeigerin die einzelnen Konditionen (Preisnachlässe und Ablieferungspauschalen) gemeinsam abgestimmt und sich nicht einfach an den Konditionen oder Angeboten des Retailbereichs der Selbstanzeigerin orientiert hätten. Dass die Q._____ AG gleichzeitig in den Bereichen Import und Retail tätig sei, schliesse ein koordiniertes Verhalten zwischen ihren zugelassenen Händlern nicht aus. Die Beschwerdeführerin und die anderen beteiligten Unternehmen, einschliesslich des Retailbereichs der Q._____ AG, hätten ein gemeinsames Interesse daran gehabt, die Wettbewerbsabrede zu treffen, da ihnen durch das koordinierte Wettbewerbsverhalten ein Vorteil (Gewinn) habe zukommen können. Mit der Senkung der Preisnachlässe um 2 % seien "Mehreinnahmen von ca. 75'000.- pro 100 Einheiten" vorgesehen gewesen. [R._____ AG] habe sogar "von einer Chance von ca. 24 Mio." gesprochen.

8.4.3 Vorab ist das Argument der Beschwerdeführerin, die Selbstanzeigerin habe eine anstiftende oder führende Rolle innegehabt, zu betrachten.

8.4.3.1 Wenn ein an einer unzulässigen Abrede nach Art. 5 Abs. 3 KG beteiligtes Unternehmen an deren Aufdeckung und Beseitigung mitwirkt, kann auf eine Sanktion ganz oder teilweise verzichtet werden (Art. 49a Abs. 2 KG). Gemäss Art. 8 Abs. 2 Bst. a der Verordnung über die Sanktionen bei unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen vom 12. März 2004 (KG-Sanktionsverordnung, SVKG, SR 251.5) erlässt die WEKO die Sanktion aber (neben weiteren Voraussetzungen) nur, wenn das Unternehmen kein anderes zur Teilnahme am Wettbewerbsverstoss gezwungen und nicht die anstiftende oder führende Rolle bei diesem Verstoss eingenommen hat.

Was als anstiftende Rolle im Sinne von Art. 8 Abs. 2 Bst. a SVKG zu verstehen ist, wird in dieser Verordnung nicht definiert. Art. 24 des Schweizerischen Strafgesetzbuches vom 21. Dezember 1937 (StGB, SR 311.0) lässt sich entnehmen, dass Anstiftung darin besteht, jemanden zu einer Tat zu bestimmen. Kartellrechtlich bedeutet Anstiftung im Wesentlichen, dass ein (oder mehrere) Unternehmen - im Bewusstsein der Kartellrechtswidrigkeit eines bestimmten Verhaltens - allein oder gemeinsam den Entschluss eines (oder mehrerer) anderer Unternehmen weckt / wecken, eine Wettbewerbsbeschränkung zu begehen bzw. sich daran zu beteiligen. Analog zum Strafrecht kommt als Mittel grundsätzlich jedes motivierende Verhalten in Frage (CHRISTOPH TAGMANN/BEAT ZIRLICK, in: Marc Amstutz / Mani Reinert (Hrsg.): Kartellgesetz, Basler Kommentar, 2. A., 2021, Art. 49a N. 76).

8.4.3.2 Art. 8 Abs. 2 Bst. a SVKG setzt voraus, dass die Selbstanzeigerin an einer unzulässigen Wettbewerbsabrede beteiligt war. Sollte sie zu Unrecht als Selbstanzeigerin anerkannt worden sein, wie die Beschwerdeführerin meint, wäre eine Abrede also nicht ausgeschlossen. Fraglich mag nach den Vorbringen der Beschwerdeführerin allenfalls scheinen, ob die Selbstanzeigerin auf eine Weise dominierend wirkte, welche eine Wettbewerbsabrede verunmöglichen würde.

8.4.3.3 Indizien dafür, dass die Selbstanzeigerin die Unternehmen zur Teilnahme am angezeigten Wettbewerbsverstoss gezwungen hätte, sind nicht ersichtlich. Auch die Beschwerdeführerin beruft sich nicht auf eigentlichen Zwang. Ebensowenig lässt sich aber feststellen, dass die Selbstanzeigerin die betreffenden Unternehmen zum vorgeworfenen Verhalten speziell motiviert hätte. Von einer anstiftenden oder führenden Rolle der Selbstanzeigerin in dem Sinne, dass gar keine Abrede hätte zustandekommen können, ist daher nicht auszugehen.

8.4.4 Sodann ist die Frage der Preisführerschaft der Selbstanzeigerin näher zu beleuchten. Wie erwähnt, könnte eine solche Konstellation einer Abrede möglicherweise entgegenstehen.

8.4.4.1 Bei ihrer Protokollaussage vom 4. April 2013 gegenüber den Wettbewerbsbehörden legte die Selbstanzeigerin unter anderem Folgendes dar (Zitat):

> Die Q._____ AG ist autorisierter Importeur für Neufahrzeuge der Volkswagen-Konzernmarken VW PW, VW Nutzfahrzeuge, Audi, SEAT und Skoda in der Schweiz und im Fürstentum Liechtenstein (Geschäftsbereich [...] IMPORT). Zudem ist sie auf der Einzelhandelsebene mit eigenen autorisierten Händler- und Werkstatt-Betrieben für die erwähnten Fahrzeugmarken sowie die Volkswagen-Konzernmarke Porsche tätig (Geschäftsbereich [...] RETAIL).
>
> [...]
>
> Aufgrund der Preisführerschaft der Q._____ AG deckt sich die vereinbarte Konditionenliste weitgehend mit der internen Konditionenliste der Q._____ AG für ihre [...] RETAIL-Betriebe. Die aktuelle Fassung dieser [...]-internen Konditionenliste hat die Q._____ AG am 15. März 2013 an alle [...] RETAIL-Betriebe verteilt [...]. Die Verteilung dieser Konditionenliste erfolgt zwar jeweils nur [Q._____ AG]-intern. Naturgemäss gelangt die Liste aber bisweilen in die Hände anderer autorisierter Händler, die nicht zu [Q._____ AG] RETAIL gehören. Dies führt in der Praxis dazu, dass sich das Preisniveau aufgrund des normalen Marktverhaltens der Marktteilnehmer jeweils in einem gewissen Masse angleicht.

In ihrem Begleitschreiben vom 15. März 2013 zur Verteilung der vorstehend erwähnten Konditionenliste an ihre Retailbetriebe hielt die Selbstanzeigerin fest (Zitat):

> Im Januar haben Sie von uns die neue Konditionenliste 2013 erhalten und bereits gibt es eine neue Version davon.
>
> Warum?
>
> Wie Sie alle wissen, haben nun die Marken VW-PW, VW-NF und Skoda ihre Preise ebenfalls repositioniert und dies ist für [...] RETAIL und den Handel generell die einmalige Gelegenheit (wie wir das bei Audi letztes Jahr nach der Repositionierung erfolgreich gemacht haben), durch ein leicht reduziertes Rabattverhalten unsere Profitabilität nachhaltig zu steigern, denn wir haben es trotz massiven Ergebnisverbesserungen in 2012 (von [...] CHF in 2011 auf [...] CHF in 2012) noch immer dringend nötig, um das erstrebte Ziel, schwarze Zahlen zu erreichen.
>
> Um nicht weiter an Ertragskraft zu verlieren, bitten wir Sie alle dringend, diese neue Liste per sofort anzuwenden und umzusetzen.
>
> Sollten Sie in Ihrer Tätigkeit Offerten von Mitbewerbern sehen oder zugespielt erhalten, welche ggü. unserer Liste erhöhte Rabatte enthalten, bitten wir Sie, diese über ihre Geschäftsführer an die Leiter der Region weiterzuleiten.
>
> [...]
>
> Es gilt nach wie vor der Grundsatz, dass die Geschäftsführer vor Ort in eigener Kompetenz die Konditionen für Service- und Vertriebspartner in ihrem eigenen Verkaufsgebiet festlegen.
>
> [...].

Hierzu bleibt festzuhalten, dass kartellrechtlich nicht relevant ist, was die Selbstanzeigerin gegenüber ihren Retailbetrieben anordnete. Konzerninterne Absprachen fallen nicht in den Anwendungsbereich des KG (vgl. Urteile des BVGer B-3962/2013 vom 30 Oktober 2019, *Diffulivre*, E. 6.1, B-831/2011 vom 18. Dezember 2018, *SIX*, E. 51 und B-581/2012 vom 16. September 2016, *Nikon*, E. 4.1.5, zu Art. 2 Abs. 1bis KG). Das Konzernprivileg erlaubt Massnahmen im Innenverhältnis, jedoch keine Disziplinierung unabhängiger Händler (vgl. zum Konzernprivileg die Urteile des BGer 2C_43/2020 vom 21. Dezember 2021, *Dargaud*, E. 7.2 f. m.H., sowie des BVGer B-581/2012 vom 16. September 2016, *Nikon*, E. 7.2.3).

8.4.4.2 Unter der Überschrift "Vorbringen der Verfahrensparteien" stellte die WEKO in Ziff. 71 der Sanktionsverfügung vom 19. Oktober 2015 zum Thema "Preisführerschaft" fest, die Untersuchungsadressatinnen machten geltend, die Selbstanzeigerin habe eine führende Rolle bei der allfälligen Absprache gespielt, da sie hohe Marktanteile besitze und ihr ausserdem die Preisführerschaft zukomme. Insbesondere machten diese Parteien geltend, dass die Selbstanzeigerin [...] % des Verkaufs von Neuwagen der Marken des VW-Konzerns kontrolliere und ihre interne Konditionenliste mit der angeblich vereinbarten übereinstimme.

Die WEKO würdigte dieses Vorbringen in Ziff. 86 der angefochtenen Verfügung mit den Worten, die Tatsache, dass die Selbstanzeigerin möglicherweise über hohe Marktanteile und die Preisführerschaft verfüge, könne nicht ohne Weiteres mit einer führenden Rolle beim vorgeworfenen Verhalten gleichgesetzt werden. In Bezug auf den untersuchten Sachverhalt bestünden keine Hinweise auf eine anstiftende oder eine führende Rolle der Selbstanzeigerin. Es gelte im Gegenteil darauf hinzu-

weisen, dass ein grosser Teil des Projekts "Repo 2013" von der R._____ AG vorbereitet und organisiert worden sei. So habe Herr [R._____ AG] die Diskussion während der Tagung der Markenverantwortlichen für VW-Personenwagen (VW-PW-MVR-Tagung) und die Idee des Projekts "Repo 2013" für die anderen Teilnehmer zusammengefasst, diese angehalten, sich zu engagieren und mitzuziehen und ihnen die Terminvorschläge für die gemeinsame Besprechung (unter anderem auch den 6. Februar 2013) unterbreitet. Herr [R._____ AG] habe ausserdem vorgeschlagen, weitere wichtige Händler zur Teilnahme am Projekt "Repo 2013" einzuladen. Er habe auch dafür gesorgt, [...] (Direktor der X._____ AG), der am Treffen vom 6. Februar 2013 abwesend gewesen sei, zu informieren. Herr [R._____ AG] sei ausserdem der Autor der Präsentation, was ihn als wichtigen Urheber des Projekts "Repo 2013" auszeichne.

Sodann erwog die WEKO in Ziff. 230 f. ihrer Sanktionsverfügung, zwischen einer kollektiven, bewussten und gewollten Aktion von verschiedenen Unternehmen für das Bezwecken oder Bewirken einer Wettbewerbsbeschränkung (Wettbewerbsabrede) und einer reinen Orientierung der kleinen Konkurrenten an den Vorgaben des Preisführers bestehe ein entscheidender Unterschied. Bei ihrer Anhörung sei die Selbstanzeigerin mit dem Vorwurf der Preisführerschaft konfrontiert worden. Gemäss ihrer Aussage orientierten sich ihre zugelassenen Händler, die sog. freien Vertragspartner, aufgrund der starken Präsenz der Retailbetriebe der Selbstanzeigerin in gewissen Regionen der Schweiz an deren Konditionen oder Angeboten. Wörtlich lautet die entsprechende Aussage des Leiters "Dealer Operations" der Selbstanzeigerin zur Preisführerschaft (Zitat):

> In diesem Zusammenhang gemeint ist, dass die [Q._____ AG] Retail als Organisation in gewissen Regionen der Schweiz sehr stark vertreten ist und somit andere freie Vertragspartner sich an den Konditionen oder Angeboten der [Q._____ AG] Retail orientieren. Wenn ein grosser Betrieb wie die [Q._____ AG] Retail am Markt agiert, ist es früher oder später offensichtlich, wo das Rabattverhalten ist, was auch einem kleineren Partner ermöglicht, sich am Verhalten der [Q._____ AG] Retail zu orientieren.

Zusammenfassend erwog die WEKO in Ziff. 233 ihrer Sanktionsverfügung, die Tatsache, dass die Selbstanzeigerin möglicherweise über Preisführerschaft verfüge, könne nicht mit dem Ausschluss einer Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG beim vorgeworfenen Verhalten gleichgesetzt werden. Aus dem Beweismaterial gehe klar hervor, dass die Parteien und die Selbstanzeigerin die einzelnen Konditionen, d.h. Preisnachlässe und Ablieferungspauschalen, gemeinsam abgestimmt und sich nicht einfach an den Konditionen oder Angeboten von [Q._____ AG] Retail orientiert hätten.

8.4.4.3 Die Formulierung, bei ihrer Anhörung sei die Selbstanzeigerin mit dem Vorwurf der Preisführerschaft konfrontiert worden, erscheint unglücklich, denn sie vermag die tatsächlichen Ereignisse in ein falsches Licht zu rücken. Unerwähnt blieb in den vorinstanzlichen Erwägungen nämlich, dass sich die Selbstanzeigerin schon in ihrer Protokollaussage vom 4. April 2013 ausdrücklich als Preisführerin charakterisiert hatte. Auch die oben (E. 8.4.4.1) aus dem Begleitschreiben vom 15. März 2013 zitierte Passage, grundsätzlich würden die Geschäftsführer vor Ort in eigener Kompetenz die Konditionen für Service- und Vertriebspartner in ihrem Verkaufsgebiet festlegen, könnte auf Preisführerschaft der Selbstanzeigerin hindeuten. Solche schloss die WEKO in ihrer Sanktionsverfügung (vgl. Ziff. 233) denn auch nicht aus, beleuchtete die Problematik allerdings nicht näher, weil jedenfalls eine Abrede vorliege.

8.4.4.4 Mit E-Mail vom 5. März 2013 an [R._____ AG], [...] (Geschäftsleiter der Y._____ AG), [Geschäftsleiter der X._____ AG] und [...] (Geschäftsführer der Z._____ AG) äusserte sich [Q._____ AG] betreffend "Konditionenliste nach unserem Meeting vom 6. Februar in [...]" folgendermassen (auszugsweise zitiert):

> Wenn ich mir nun die Konditionen anschaue, dann haben wir bei den Detail-Kunden beim Polo von [...]% auf [...]% korrigiert und beim Golf von [...]% auf [...]%. Ich habe dabei ganz ehrlich Bedenken, dass wir das umgesetzt kriegen (insbesondere bei mir) da der Rabattunterschied - und die Polos, Golfs Einstiegsmodelle eben nicht günstiger werden - evtl. zu gross ist und wir ggü. Kunde Argumentationsnotstand haben werden.
>
> Ich habe mich deshalb gefragt, ob wir die Konditionen Detail nicht auf [...]% anheben, so dass es leichter umsetzbar wird.

Hätte die Selbstanzeigerin im betreffenden Zeitraum tatsächlich als Preisführerin agiert, so hätte sie keine Veranlassung gehabt, sich bei (kleineren) Konkurrenzunternehmen zu erkundigen, ob sie mit bestimmten (Mindest-) Rabatten einverstanden wären. Vor allen Dingen hätte sie sich der von ihrer eigenen Präferenz abweichenden Meinung dieser Unternehmen kaum angeschlossen, wenn sie allfällige Preisführerschaft effektiv hätte ausspielen können. Vielmehr hätte sie sich dann einfach auf ihre Preissetzungsmacht verlassen, ohne sich mit der Konkurrenz abzusprechen. Umgekehrt wäre diese nicht in der Position gewesen, mit der Selbstanzeigerin über Verkaufskonditionen zu verhandeln, wenn sie sich im Rahmen des inkriminierten Sachverhalts mit Preisführerschaft konfrontiert gesehen hätte. Gerade die oben zitierte Äusserung zeichnet daher das Bild gleichgestellter Verhandlungspartner. Unter diesen Umständen bedarf es im vorliegenden Zusammenhang keiner näheren Abklärungen zur Frage eventueller Preisführerschaft der Selbstanzeigerin.

8.4.4.5 Mit Blick auf vertikale Verhältnisse bleibt zu beachten, dass Vereinbarungen oder abgestimmte Verhaltensweisen nicht durch ein "Preisdiktat" der Hersteller ausgeschlossen werden; massgebend ist allein, ob die Beteiligten auf der gleichen Marktstufe eine Abrede getroffen haben, die Preise in bestimmter Höhe festzusetzen (Urteil des BGer 2C_1016/2014 vom 9. Oktober 2017, Eidgenössisches Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung gg. Siegenia-Aubi AG, WEKO, E.3.2).

8.5 In Ziff. 228 der angefochtenen Verfügung wurde eine Abrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG konstatiert (Zitat):

Durch die Erstellung einer einheitlichen Konditionenliste für maximale Preisnachlässe und minimale Ablieferungspauschalen für Neufahrzeuge der Marken des VW-Konzerns (A. 3.3) haben die Parteien und die [Selbstanzeigerin] eine gemeinsame Rabattpolitik vereinbart. Um die Umsetzung des abgestimmten Rabattverhaltens durch eine möglichst grosse Zahl autorisierter Händler der Marken des VW-Konzerns in der Schweiz sicherzustellen, haben die Parteien und die [Selbstanzeigerin] zudem gemeinsam die Durchführung regionaler Stammtische im Rahmen des VPVW geplant und durchgeführt. Während dieser Anlässe wurde die vereinbarte Rabattpolitik den Teilnehmern mittels einer Präsentation mitgeteilt (A. 3.4). Aufgrund der vorliegenden Korrespondenz betreffend das "Projekt Repo 2013", des Inhalts der vereinbarten Konditionenliste sowie der von ihnen gehaltenen Präsentation ist festzuhalten, dass die betroffenen Unternehmen eine Vereinbarung i.S.v. Art. 4 Abs. 1 KG über die gemeinsame indirekte Festsetzung des Verkaufspreises respektive einen Verzicht auf abweichende Konkurrenzangebote getroffen haben.

8.6 Hintergrund der strittigen Wettbewerbsabrede ist, dass die [Q._____] Import AG per 1. März 2013 die Listenpreise für VW-Personenwagen, VW-Nutzfahrzeuge und Skoda um durchschnittlich 13 %, per 1. April 2013 diejenigen für Seat um durchschnittlich 14,5 % reduzierte. Mit dieser sog. Preisrepositionierung ("Repo") sollten namentlich die zuvor eingeräumten Währungsrabatte ersetzt werden. Im Hinblick darauf unterhielten sich [Q._____ AG], [R._____ AG] und [Y._____ AG] an einer Tagung der Markenverantwortlichen für VW-Personenwagen vom 10. und 11. Januar 2013 über die Preisnachlässe der Fahrzeughändler.

8.6.1 Am 22. Januar 2013 (16.18 h) informierte [R._____ AG] die Vorstandsmitglieder des VPVW, darunter [Geschäftsleiter der Beschwerdeführerin], wie folgt (E-Mail auszugsweise zitiert):

Wir haben ja anlässlich der letzten MVR Tagung in [...] das Thema besprochen, in welcher Form wir uns auf die Repo von VW PW bzw. auch von Seat und Skoda vorbereiten möchten. Es steht in der Diskussion, dass wir unsere Nachlässe um -2% reduzieren möchten.

[...]

Zudem sprechen wir von einer "Chance" von ca. 24 Mio.

Am 23. Januar 2013 schrieb [Q._____ AG] per E-Mail an [Y._____ AG] (mit Kopie an [R._____ AG]), was folgt (Zitat):

[...]

Wir haben ja unsere Liste vorerst genauso belassen wie 2012. Was wir aber unbedingt tun müssen, ist dass wir zusammensitzen und eine gemeinsame Liste erstellen, die wir dann wiederum in den regionalen Meetings besprechen können.

Wie [R._____ AG] schon gesagt hat, ist die Herausforderung die konsequente Umsetzung des Rabattverhaltens und vor allem die KONTROLLE dazu und hier müssen wir uns was überlegen (und auch darüber nachdenken, was wir tun, wenn wir "Verfehlungen" feststellen).

Deshalb unterstütze ich eine Meeting mit den von [R._____ AG] vorgeschlagenen Teilnehmern, wo wir dies alles klären und die Kommunikation in die Händlerregionen organisieren, denn wir müssen alle dasselbe sagen und sicherstellen.

In einem E-Mail vom 24. Januar 2013 an [Y._____ AG] (mit Kopie an Q._____ AG) führte [R._____ AG] unter anderem Folgendes aus (Zitat):

Hoi [...] und [...]

[...] Ich denke, dass es nicht so wichtig ist was bei den einzelnen Beträgen geschrieben wird sondern das erste Ziel wäre, dass wirklich alle Offerten bei allen Händlern separiert dargestellt werden und selbstverständlich auch ohne grosse Vermischung mit dem Eintauschpreis.

[...] Aber mit diesem Restrisiko der Überzahlung des Eintausches müssen wir leben können.

[...]

Was wir bei dieser Gelegenheit auch ansprechen müssen ist die Ablieferungspauschale. [...] Also eine um Fr. 100.- höhere Abl.p. ergibt pro 100NW bekanntlich + Fr. 10'000.- in der Kasse !!

Ich habe noch kurz mit [X._____ AG] und [Z._____ AG] sprechen können. Wie auch in den Antwortmails bestätigt, sind auch diese beiden Parteien einverstanden mitzuziehen und sich auch zu engagieren.

[...]

Am 6. Februar 2013 (10.27 h) übermittelte [Q._____ AG] [R._____ AG], [Z._____ AG] und [Y._____ AG] in einem E-Mail unter der Überschrift "Konditionenlisten Audi und restliche Marken nach Repo" zwei vom 6. Februar 2013 datierende Tabellen mit dem Logo von [Q._____ AG] Retail, welche Ablieferungspauschalen sowie prozentuale Rabatte für die verschiedenen Modelle ausweisen und die Titel "Verkaufskonditionen Endkunden Neufahrzeuge 2013 (verbindliche Weisung) - generell zu überprüfen je nach Umfang / Höhe der Repo, ersetzt die Liste vom 18. Februar 2012, gültig ab Juni 2013, Anpassung Repo VW, Skoda, Seat" bzw. "Verkaufskonditionen Endkunden Neufahrzeuge 2013 (verbindliche Weisung), ersetzt die Liste vom 19. Januar 2012, gültig ab 18. Februar 2013 (Anpassung Audi)" tragen.

Ebenfalls am 6. Februar 2013 trafen sich [Q._____ AG], [R._____ AG], [Y._____ AG] und [Z._____ AG] zu einer Besprechung in [...].

Am 4. März 2013 sandte [Q._____ AG] zwei Tabellen per E-Mail an [R._____ AG], [Y._____ AG], [X._____ AG] und [Z._____ AG]. Begleitend hielt er fest (Zitat):

Beiliegend wie heute morgen vereinbart die am 6. Feb. vereinbarte Konditionenliste für die Stammtische bzg. Rabattverhalten nach Repo.

[eingefügtes Dokument mit den Verkaufskonditionen für VW, Skoda und Seat per 1. März 2013]

Zum Vergleich noch die Tabelle von [...], die er auf der Basis der obigen Liste dann für sich selbst erstellt hat.

[Tabelle]

Eine Frage gibt es allerdings noch, denn in der neuen Konditionenliste sind wir auch bei Seat von einer Repo ausgegangen, die es jetzt ja (noch) nicht gibt: Frage: Sollten wir trotzdem die reduzierten Nachlässe bei Seat verwenden oder möchtet ihr die alten Sätze, die zwischen [...] % höher waren in der Liste? Bitte mir Bescheid geben - ich würde dann die Liste nochmals für Seat anpassen.

In einem E-Mail vom 5. März 2013 (10.35 h; Betreff: "Konditionentabelle nach unserem Meeting vom 6. Februar in [...]") an [R._____ AG], [Y._____ AG], [X._____ AG] und [Z._____ AG] schrieb [Q._____ AG] unter anderem Folgendes (auszugsweise zitiert):

[...]

Wenn ich mir nun die Konditionen anschaue, dann haben wir bei den DetailKunden beim Polo von [...] % auf [...] % korrigiert und beim Golf von [...] % auf [...] %. Ich habe dabei ganz ehrlich Bedenken, dass wir das umgesetzt kriegen (insbesondere bei mir), da xder Rabattunterschied - und die Polos, Golf Einstiegsmodelle eben nicht günstiger werden - evtl. zu gross ist und wir ggü. Kunde Argumentationsnotstand haben werden.

Ich habe mich deshalb gefragt, ob wir die Konditionen Detail nicht auf [...] % anheben, so dass es leichter umsetzbar wird.

Gleichentags (18.14 h) erklärte [R._____ AG] gegenüber [Q._____ AG] (mit Kopie an [Z._____ AG], [X._____ AG] und Y._____ AG) per E-Mail (Zitat):

Guten Abend miteinander

Auch ich würde es begrüssen, wenn wir an diesen [,,,] % festhalten könnten. Denn auch andere Modelle bei anderen Marken sind betroffen und somit kämen dann auch diese Verkäufer auf die Idee, die Konditionen zu heben. Es ist uns sicher allen bewusst, dass die Ausgangslage der Einpreisung nicht bei allen Modellen optimal ist, aber auch bei Audi hatte es Modelle, welche teurer wurden. Der Vorteil ist sicher, dass der Import mächtig Werbung macht mit dem Wort "Volkspreisen" und zudem werden wir gegenüber der Audi Repo alle Händler informieren können.

Wichtig ist sicher, dass wir uns engmaschig über die Erfahrungen an der Front und deren Volumenentwicklung updaten. Ich denke, schon nach 3 Monaten müssen wir darüber sprechen. Korrigieren können wir immer noch.

[...]

Um 19.11 Uhr desselben Tages antwortete [Q._____ AG] [R._____ AG] (mit Kopie an [Z._____ AG], [X._____ AG] und [Y._____ AG]) per E-Mail wie folgt (Zitat):

Ok. Wollte Euch halt nochmals fragen. Wir werden es auch so umsetzen. Danke für Euren Feedback.

Drei Minuten später hielt [Z._____ AG] in einem E-Mail an [Q._____ AG] (mit Kopie an [R._____ AG], [X._____ AG] und [Y._____ AG]) fest (Zitat):

Guten Abend zusammen

Nun gut, wir werden dies auch so umsetzen.

Wichtig wird sein, dass auch die kleineren Betriebe die Spielregeln einhalten.

Am 6. März 2013 (07.21 h) teilte [Y._____ AG] [Z._____ AG] und [Q._____ AG] per E-Mail (mit Kopie [R._____ AG] und [X._____ AG]) Folgendes mit (Zitat):

Guten Morgen zusammen

Ich finde es einen guten Schritt, aber wie [...] sagt es müssen sich alle an die Spielregeln halten. Insbesondere wird es das Wichtigste sein, dass wir alle, Retail die Grossen wie die Kleinen ins Boot holen, dass sie es den Verkäufern eintrichtern dies zu glauben und umzusetzen.

Die Kontrollen in naher Zukunft sind wichtig.

Ich hatte gestern einige Telefone mit Kollegen und die möchten wissen wie es jetzt weitergeht, ich werde ihnen meine Listen anonym zusenden.

Freiburg war gestern mit der alten Liste unterwegs bei den Händlern und Servicepartnern, und Solothurn wusste auch noch nichts davon, [...] ich glaube die Repo Liste haben sie noch nicht erhalten.

Morgen geht der Salon auf und wir sollten bereit sein mit der REPO.

Gruss [...]

Um 07.54 h desselben Tages schrieb [R._____ AG], die Anrede "Liebe Kollegen" verwendend (genauer Adressatenkreis nicht ersichtlich), unter anderem, was folgt (Zitat):

Einladungsschreiben Stammtisch

Gestern habe ich mit [X._____ AG] die Gebiete abgestimmt. [...], du bekommst von mir noch die def. Liste meiner Region [...].

[X._____ AG] hat mich gefragt, wer bzw. in welchem Namen wir das Einladungsschreiben aufsetzen.

Spontan habe ich gesagt, dass es nicht offiziell der Händlervorstand sein darf betreffend dem Thema. Heute Morgen bin ich mir nicht mehr so sicher, weil es ja der erste offizielle Stammtisch sein soll. [...]

Nach ergänzender Korrespondenz betreffend den Umsetzungszeitpunkt erklärte [Z._____ AG] in einem E-Mail vom 6. März 2013 (08.21 h) an [R._____ AG] (mit Kopie an [Y._____ AG], [Q._____ AG] und [X._____ AG]) Folgendes (Zitat):

Geschätzte Kollegen. Für mich war seit gestern klar, dass nachdem der letzte Stammtisch (bei uns wird es wahrscheinlich auch die letzte Woche März sein, da

wir für die Gebietsgrösse zwei Stammtische durchführen müssen) durch ist, die Liste aktiv wird. [...]

Am 26. März 2013 sandte [Z._____ AG] [R._____ AG] ein E-Mail (mit Kopie an [Q._____ AG], [...], [X._____ AG] und [Präsident VPVW]), worin er unter anderem Folgendes festhielt (Zitat):

Geschätzte Händlerkollegen

Auch wir in [...] haben die beiden Stammtische ([...] heute Morgen und heute Nachmittag in [...]) durchgeführt.

Analog wie bei Euch positive Einstellung mit einem Schuss "Bedenken", aber wir wollen es alle versuchen.

Hinzu kommt, wenn der Verkäufer 2% weniger Marge geben muss, bleibt auch bei ihm was mehr "hängen".

[...]

Mit E-Mail vom 27. März 2013 unterrichtete [Y._____ AG] [Präsident VPVW] und [Q._____ AG] sowie, in Kopie, die übrigen Involvierten, namentlich den Direktor der Beschwerdeführerin, wie folgt (Zitat):

Hallo zusammen

Mein Feedback zum Stammtisch war durchwegs positiv, es hat einige Knacknüsse im Erreichen aller in meinem Verantwortungsgebiet. Dies konnte ich delegieren oder selber erledigen.

Ich habe ihnen ausdrücklich gesagt, dass das transparente Offerieren wie in der Präsentation ersichtlich das wichtigste am ganzen ist und wir negative Auswüchse immer gerade beim jeweiligen Verantwortlichen rügen sollen. Dies wurde eigentlich so aufgenommen, dass es so durchgesetzt werde.

Das Thema Preisnachlässe haben wir diskutiert und alle waren sich einig dass wir endlich mehr Geld verdienen müssen, und jeder sich selber helfen muss, denn von [Q._____ AG] Import können wir keine Hilfe diesbezüglich erwarten. Ich habe die blauen Beispiele gezeigt und gesagt jeder könne sich dann beim Ausgang ein neutrales Blatt mitnehmen.

Im weiteren habe ich auf grossen Wunsch der meisten versprochen die Präsentation zu mailen. Im Wissen dass es Vertriebspartner und Servicepartner dabei hatte, habe ich die fünf [...] Formulare ausgeblendet.

Wir haben einen neuen Termin schon nach 3 Monaten abgemacht damit wir über das Gelingen oder nicht frühzeitig reagieren können. Montag 17. Juni 2013.

Meine Bedenken sind schon gross ob wir die nicht loyalen Partner und Trittbrettfahrer ins Boot holen können und das langfristig.

In meinem Gebiet hat es drin und angrenzend einige spezielle Mitbewerber [...] auch die Problematik des [...] hat mir [...] geschildert. Ich glaube, dass wir vom Vorstand noch mit den Feedbacks von allen zusätzliche Strategien entwickeln sollten um die auch noch ins Boot zu holen.

[...]

8.6.2 Aus der soeben wiedergegebenen E-Mail-Korrespondenz muss geschlossen werden, dass sich jedenfalls die aktiv daran Beteiligten auf zahlenmässig bestimmte maximale Rabatte und minimale Ablieferungspauschalen, wie sie in der betreffenden Liste festgesetzt worden waren, einigten. Diese Rabatte und Ablieferungspauschalen sollten die Margen der Händler durch Erhöhung der tatsächlichen Verkaufspreise für Neufahrzeuge vergrössern. Sie dienten also der Beeinflussung eines Wettbewerbsparameters, denn sie waren dazu bestimmt, die Gestaltung der Neuwagenpreise durch eine Vielzahl von Händlern zu vereinheitlichen. Mithin wurde eine Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG bezweckt.

Dass die Rabatte und Ablieferungspauschalen "nur" für Erstofferten vereinbart waren und bisweilen noch ein individuell zu bewertendes Eintauschfahrzeug an Zahlung genommen worden sein dürfte, vermag am Zweck der (horizontalen) Abrede nichts zu ändern. Auch unter Berücksichtigung dieser Umstände bleibt das Bestreben der Beteiligten festzustellen, gemeinsam die Preise anzuheben und so den Wettbewerb zu beschränken. Nicht erwiesen ist damit jedoch, dass die Beschwerdeführerin an dieser Abrede beteiligt gewesen wäre.

8.6.3 Die Vorinstanz verweist auf die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH), wonach die oppositionslose Teilnahme an einer Unternehmenszusammenkunft, an welcher es zu einer wettbewerbswidrigen Abrede kommt, als Beteiligung an der Abrede zu gelten hat, sofern das fragliche Unternehmen nicht darlegt, dass es mit der Teilnahme am Treffen ausschliesslich wettbewerbskonforme Ziele verfolgte und dies den übrigen am Treffen beteiligten Unternehmen kundgetan oder die Absprache umgehend den Wettbewerbsbehörden gemeldet hat (vgl. Urteil des BVGer B-552/2015 vom 14. November 2017 E. 4.3 m.H.).

Die vom EuGH zu dieser Frage entwickelten Grundsätze sind gemäss einem Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts im Prinzip auf schweizerische Rechtsverhältnisse übertragbar, doch kommt es (auch nach der Praxis des EuGH) für die Beurteilung eines bestimmten Verhaltens weniger auf abstrakte Kriterien als auf die konkreten Umstände des Einzelfalls an. Eine Vereinbarung setzt zudem begrifflich einen mindestens konkludent geäusserten Verpflichtungswillen voraus, welcher vorbehältlich besonderer Umstände in der Regel nicht schon aus der einmaligen stillen Teilnahme an einem Treffen herzuleiten sein wird, zumal in diesem Punkt auch nicht von einer kartellrechtstypisch erschwerten Beweislage auszugehen ist; vielmehr sind die Umstände mit einem zivilrechtlichen Konsensstreit vergleichbar (Urteil des BVGer B-552/2015 vom 14. November 2017, *Türbeschläge*, E. 4.4 m.H.).

Mithin gilt das ordentliche Beweismass, wobei die Feststellung des wirklichen Willens möglicher Abredepartner Tatfrage, die Auslegung von Willenserklärungen hingegen Rechtsfrage ist. In tatsächlicher Hinsicht ist bei rechtsgenüglich erhobenen Beweisen im Zweifel von dem für das Unternehmen günstigeren Sachverhalt auszugehen. Eine punktuelle Beweislastverschiebung ist dabei nicht per se mit der Unschuldsvermutung unver-

einbar. Vielmehr kann mangels gegenteiliger Indizien der Schluss von einer bewiesenen Tatsache auf eine wahrscheinliche andere Tatsache aufgrund der Umstände zulässig sein, sofern die Annahme widerlegbar ist und das angeschuldigte Unternehmen ausreichend Gelegenheit erhält, sich zu verteidigen. Dies gilt insbesondere für innere Tatsachen, welche nur durch indirekte Beweise erschlossen werden können (Urteil des BVGer B-552/2015 vom 14. November 2017, *Türbeschläge*, E. 4.4 m.H.).

In diesem Kontext sei noch das Urteil des EuGH vom 21. Januar 2016 in der Rechtssache C-74/14 erwähnt. Anlässlich einer Vorabentscheidung erkannte der EuGH Folgendes (Zitat):

> Art. 101 Abs. 1 AEUV ist dahin auszulegen, dass, wenn der Administrator eines Informationssystems, das Reisebüros ermöglichen soll, in einheitlicher Buchungsform Reisen auf ihrer Website zu vertreiben, diesen Wirtschaftsteilnehmern über einen individuellen elektronischen Mitteilungsdienst eine Mitteilung sendet, in der sie darauf aufmerksam gemacht werden, dass für die Preisnachlässe auf die mittels dieses Systems vertriebenen Produkte fortan eine Obergrenze gelte und im Anschluss an die Verbreitung dieser Mitteilung an dem fraglichen System technische Änderungen vorgenommen würden, die für die Durchführung dieser Massnahme erforderlich seien, vermutet werden kann, dass diese Wirtschaftsteilnehmer ab dem Zeitpunkt, zu dem sie von der vom Systemadministrator versandten Mitteilung Kenntnis erlangten, sich an einer abgestimmten Verhaltensweise im Sinne dieser Bestimmung beteiligt haben, wenn sie es unterlassen haben, sich öffentlich von dieser Verhaltensweise zu distanzieren, sie nicht bei den Behörden angezeigt haben oder keine anderen Beweise zur Widerlegung dieser Vermutung wie etwa den Nachweis einer systematischen Gewährung eines über die fragliche Obergrenze hinausgehenden Preisnachlasses vorgelegt haben.
>
> Es ist Sache des vorlegenden Gerichts, auf der Grundlage der nationalen Rechtsvorschriften über die Beweiswürdigung und das Beweismass zu prüfen, ob im Hinblick auf sämtliche ihm unterbreiteten Umstände das Versenden einer Mitteilung wie der im Ausgangsverfahren in Rede stehenden ein hinreichender Beweis dafür sein kann, dass ihre Adressaten deren Inhalt kannten. Die Unschuldsvermutung versagt dem vorlegenden Gericht, davon auszugehen, dass das blosse Versenden einer Mitteilung ein hinreichender Beweis dafür sein könne, dass deren Adressaten zwangsläufig deren Inhalt kennen mussten.

8.6.4 Am 6. Februar 2013 hatten sich [Q._____ AG], [R._____ AG], [Y._____ AG] und [Z._____ AG] zu einer Besprechung in [...] getroffen. Aus den E-Mails von [Q._____ AG] vom 4. und 5. März 2013 ergibt sich, dass dabei über eine (gemeinsame) Konditionenliste diskutiert wurde. Weder der Geschäftsleiter noch sonst ein Vertreter der Beschwerdeführerin nahm freilich an diesem Treffen teil, wie die Vorinstanz selber einräumt. Überhaupt lässt sich anhand der verfügbaren Akten keine Teilnahme der Beschwerdeführerin an einer Zusammenkunft, an der eine Wettbewerbsabrede getroffen worden wäre, feststellen. Schon deshalb stösst der Hinweis der Vorinstanz auf die Rechtsprechung des EuGH ins Leere.

8.6.5 Der Geschäftsleiter der Beschwerdeführerin erscheint im aktenkundigen E-Mail-Austausch zwar teilweise als Adressat, teilweise als Empfänger von Kopien. Durch Mitarbeiter der Beschwerdeführerin verfasste oder versandte Textnachrichten, welche sich auf die soeben wiedergegebene Diskussion beziehen würden, finden sich in den Akten jedoch keine. Die oben zitierte Bemerkung von [R._____ AG] betreffend Gebietsaufteilung und Einladungsschreiben erlaubt keine Rückschlüsse auf eine Beteiligung der Beschwerdeführerin an einer Debatte über Preisnachlässe und Ablieferungspauschalen, denn sie betrifft nur organisatorische Modalitäten der sog. Stammtische. Gleiches gilt für seine Äusserung (E-Mail vom 24. Januar 2013 an [Y._____ AG], mit Kopie an [Q._____ AG]), er habe noch kurz mit [X._____ AG] und [Z._____ AG] sprechen können, und "wie auch in den Antwortmails bestätigt", seien diese beiden "einverstanden, mitzuziehen und sich auch zu engagieren". Ein solches Antwortmail der Beschwerdeführerin liegt nicht vor, und es bleibt unklar, worin das Engagement ihres Geschäftsleiters genau bestehen sollte. Bei seiner Anhörung durch die WEKO vom 7. September 2015 erklärte dieser zur soeben erwähnten Bemerkung von [R._____ AG] (Protokollzitat):

> Soweit ich mich erinnern mag, hat er mir erzählt, was das Projekt Repo ist. Es ist ein Informatiksystem, in welchem die Verkäufer die Offerten machen. Es ging darum, dass gewisse Personen offenbar diese Erstofferten immer falsch gemacht haben. Man wollte das aufnehmen und den Mitgliedern präsentieren. Aber ich habe das nicht richtig verstanden, weil ich das System gar nicht kenne. Ich leite ein Unternehmen mit [...] Mitarbeitern. Ich weiss nicht, mit welchen Hilfsmitteln der einzelne Verkäufer arbeitet. Ich machte mit, weil es sich um ein Verbandsthema handelte und habe das Thema präsentiert. Es wurde auch erwähnt, dass es ein Treffen gibt, das Treffen hat dann nicht stattgefunden, ich war nie an einem Treffen dabei.

Folglich lässt sich jedenfalls aus dem E-Mail-Verkehr allein keine (konkludente) Teilnahme der Beschwerdeführerin an einer entsprechenden Abrede herauslesen. Während des gesamten beweismässig erstellten Austausches elektronischer Nachrichten verblieb die Beschwerdeführerin in der passiven Rolle einer Informationsempfängerin. Auch die Befragung ihres Geschäftsleiters durch die Vorinstanz liefert keinen schlüssigen Beweis dafür, dass die Beschwerdeführerin zusammen mit anderen Unternehmen eine Wettbewerbsabrede vereinbart hätte.

8.7 Anlässlich seiner Einvernahme durch das Sekretariat vom 17. Juni 2013 erwiderte der Geschäftsleiter der Beschwerdeführerin auf die Frage, ob er die Konditionenliste und die Rabattpolitik seiner Konkurrenten für Neufahrzeuge der VW-Gruppe kenne (Protokollzitat):

> Teilweise, ja. Ich kenne die Liste, welche erstellt worden ist und bei den Präsentationen gezeigt worden ist. Man hat mir intern gesagt, dass dies die [Q._____ AG] Retail Liste sei.

Weiter erklärte er, er wisse nicht genau, von wem die Liste erstellt worden sei. Sie sei ihm im Rahmen der Präsentation des Stammtisches einfach zugeschickt worden. Er habe sie am 24. Februar 2013 per Mail erhalten. Auf Vorhalt der Konditionenliste (Preisnachlassempfehlung für Neufahrzeuge) vom 1. März 2013 äusserte sich der Geschäftsleiter der Beschwerdeführerin wie folgt (Protokollzitate):

> Wie gesagt, war ich an diesem Treffen nicht dabei am 6. Februar. Ich wusste ehrlich gesagt am Anfang nicht, was das heisst, "Projekt Repo". Ich bin noch nicht allzu lange dabei und kümmere mich erst mal um meine Firma. Herr [R._____ AG], war es glaube ich, der mir erklärt hat was das Projekt Repo ist.
>
> *Wurden Sie vor oder nach dem 6. Februar darüber informiert?*
>
> Das weiss ich nicht mehr genau.
>
> *Wozu sollte die Rabattliste erstellt werden?*
>
> Weil die Listenpreise von VW und Skoda durch [Q._____ AG] reduziert wurden, war es die Idee auch die Nachlässe anzupassen.
>
> *Welche Nachlässe?*
>
> Für diese Konditionenliste, nehme ich an. Ich kenne nur die Präsentation. Und dazu hiess es, man solle diese Nachlässe bei den Erstofferten einsetzen.
>
> Diese Liste kam von diesem Gremium (beim Verlesen des Protokolls: Mit Gremium meine ich die Teilnehmer des Treffens vom 6. Februar 2013. Ich weiss aber nicht genau, ob das stimmt.), welche man dann an diesen Stammtischen präsentieren sollte. Aber als Mitglied des Verbands habe ich mich dazu bereit erklärt diese Präsentation zu zeigen. Wir bei der X._____ AG haben aber, wie vorher erklärt, unsere eigene Konditionenliste. Und für uns ist diese Liste nicht relevant. Und es wäre für meine Konkurrenten natürlich höchst interessant, wenn die meine Konditionen kennen würden. Deswegen habe ich mich zwar dazu bereit erklärt diese Liste zu zeigen im Rahmen der Präsentation, das hat aber nichts mit unserer eigenen [...] Liste zu tun, was davon unabhängig ist.
>
> *Wenn Sie als Geschäftsführer Ihre eigene Konditionenliste haben, was war dann das Ziel der anderen Vorstandsmitglieder?*
>
> Wie gesagt, bin ich in diesem Vorstand und da muss man auch die Interessen des Vorstands vertreten. Deswegen habe ich mich diesem Anliegen nicht verwehrt. Die Idee die dahinter stand, war mir schon klar, da ging es vielleicht schon darum, dass man im Netz nicht mehr so viel Rabatt gibt. Aber wie gesagt, was der Vorstand macht und was wir bei der X._____ AG machen sind zwei verschiedene Dinge.
>
> *War es die Idee mithilfe dieser Konditionenliste die Rentabilität zu verbessern?*
>
> Das haben sich die Initianten vielleicht vorgestellt.
>
> *Warum haben Sie das dann nicht gemacht?*
>
> Ich muss auf mein Unternehmen schauen. Und wir haben unser Konzept, was gut ist. Deswegen gibt es keinen Grund für uns dieses Konzept zu ändern.

Bei ihrer Anhörung durch die WEKO vom 7. September 2015 bekräftigte die Beschwerdeführerin namentlich, sie sei an der Erstellung der Konditionenliste nicht beteiligt gewesen; diese sei ihr für die Präsentation am Stammtisch zugestellt worden. Sie habe eine eigenständige Strategie und ein System, in welchem die Verkäufer einen Handlungsspielraum von mehreren Prozenten Rabatt hätten. Sie habe Verträge eingereicht, aus denen man klar ersehe, dass sie eine andere Verkaufsstrategie verfolge. Dies sei in der Untersuchung jedoch nicht gross beachtet worden. Es sei gesagt worden, ihr Rabattsystem liege sehr nahe an der Konditionenliste, was schon sein könne. Aber in den Verträgen sehe man, dass es hinsichtlich der gewährten Rabattprozente Abweichungen im zweistelligen Bereich gebe. Es könne sein, dass die Rabatte im Autohandel, wo inzwischen fast keine Margen mehr übrigblieben und mit dem Neuwagenverkauf fast keine Gewinne mehr gemacht würden, sehr ähnlich seien.

Zu seiner eigenen Rolle erklärte der Geschäftsleiter der Beschwerdeführerin, er sei damals erst acht bis neun Monate bei der X._____ AG gewesen. In dieser Phase habe er andere Prioritäten als der Händlerverband gehabt. Er habe die Position im Händlerverband von seinem Vorgänger übernommen. Bis zum Zeitpunkt, als das Thema aufgekommen sei, habe es zwei bis drei Sitzungen gegeben. An den späteren Sitzungen, die im Januar und im Februar stattgefunden hätten, sei er nie beteiligt gewesen. Ab und zu habe er ein Mail bekommen, in welchem das Projekt erwähnt worden sei, aber er habe sich nicht damit befasst, weil er gedacht habe, er werde informiert, worum es gehe, wenn es eine Vorstandssitzung gebe. Deswegen sei er nie involviert gewesen. Er sei nicht an den Gesprächen dabeigewesen und habe an der Entwicklung des Themas nicht mitgewirkt. Als Mitglied des Vorstandes habe er das Thema am Stammtisch nicht selber präsentiert.

Auf die Frage, wie die aktuelle Konditionenliste für Neufahrzeuge in seinem Unternehmen festgelegt werde, antwortete der Geschäftsleiter der Beschwerdeführerin (Protokollzitat):

> Das ist ein ständiger Prozess. Wir haben ein System, das wir immer wieder anpassen. Wir passen diese Liste sicher 4-5 Mal im Jahr an. Es gibt mehrere Stufen in der Liste, welche die Verkäufer selber wahrnehmen können. Wenn der Verkäufer die höchste Stufe überschreiten muss im Verhandlungsprozess, dann muss er den Verkaufsleiter kontaktieren. Die verschiedenen Stufen haben einen Einfluss auf den Verkäufer, je mehr Rabatt er gibt, desto weniger Provision erhält er. [...]

8.8 Näherer Betrachtung bedarf nun die Präsentation, welche am Stammtisch der Region [...], den [X._____ AG] am 20. März 2013 leiteten, gehalten wurde.

8.8.1 In der angefochtenen Verfügung finden sich dazu namentlich folgende Passagen (Zitate):

Ziff. 46:

Am 20. März 2013 leiteten die Herren [X._____ AG] den Stammtisch für die Region [...]. Die Präsentation und die vereinbarte Konditionenliste wurden aufgelegt.

Ziff. 68:

Bezüglich Bulletpoint 4 in der Folie 24 sagte Herr [Geschäftsleiter der X._____ AG] aus, er habe die Zahlen der aufgeführten Ablieferungspauschalen abgeändert.

Ziff. 80:

Die Präsentation wurde von Herrn [R._____ AG] erstellt und der Inhalt der Präsentation war für alle gleich. Die letzte Version der Präsentation versendete Herr [R._____ AG] am 13. März 2013, als Basis für die Stammtische, an die [Q._____ AG], [Z._____ AG], [X._____ AG] und [Y._____ AG].

Ziff. 81:

Den Parteien und der [Selbstanzeigerin] wurde während den Einvernahmen (bzw. der Ergänzung zur Bonusmeldung der [Q._____ AG]) die Präsentation Region [...] vorgehalten, welche an den Stammtischen der Herren [X._____ AG] gezeigt wurde und von Herrn [...] (District Manager VW PW der Selbstanzeigerin) an Herrn [...] (Verkaufsleiter VW PW der Selbstanzeigerin) per E-Mail am 20. März 2013 weitergeleitet wurde. Die Präsentation Region [...] stimmt im Wesentlichen mit der Präsentation (Region [...]) überein.

8.8.2 Wie sich aus seinen Befragungen durch die WEKO und deren Sekretariat ergibt, konzedierte der Geschäftsleiter der Beschwerdeführerin, am Stammtisch eine Präsentation gehalten zu haben, gab aber auch zu bedenken, dass diese teilweise vom Vizedirektor der Beschwerdeführerin, vorgetragen worden war. Ausserdem seien an der Veranstaltung diverse Themen traktandiert gewesen, nicht nur Rabatte und Ablieferungspauschalen. Eigener Darstellung zufolge referierte der Geschäftsleiter der Beschwerdeführerin, damals seit kurzem Vorstandsmitglied des VPVW, weil es sich um ein Verbandsthema handelte. Er habe sich in der Rolle des Vorstandsmitglieds verpflichtet gefühlt, "dieses Thema" auch zu präsentieren, wobei für ihn immer klar gewesen sei, dass die Beschwerdeführerin ihre eigene Preisstrategie verfolge. Das Thema "Repo" habe er nicht präsentiert, sondern einem Mitarbeiter übergeben, weil er die technischen Details dazu nicht gekannt habe. Die Idee dahinter sei ihm schon klar gewesen; vielleicht sei es schon darum gegangen, dass "man im Netz nicht mehr so viel Rabatt" gebe.

8.8.3 [...], Direktor der Beschwerdeführerin und Vorstandsmitglied des VPVW, delegierte die Präsentation des Projekts "Repo 2013" am Stammtisch vom 20. März 2013 eigener Erklärung zufolge an den Vizedirektor der Beschwerdeführerin, selber aber nicht Mitglied des Vorstandes des VPVW. Fest steht insbesondere angesichts der gerade wiedergegebenen Aussage des Geschäftsleiters der Beschwerdeführerin, dass maximale Rabatte und minimale Ablieferungspauschalen für Erstofferten Gegenstand der Präsentation am Stammtisch der Region [...], die er betreute, waren. Bestätigt wird dies namentlich durch folgende Seiten der Präsentation: 2 (Themenübersicht; Stichworte "Projekt Repo 2013; kurze Erläuterung, um was es geht", "Gründe für die Durchführung des Projektes Repo 2013", "Anpassungen pro Marke", "zusätzliche Vereinheitlichung der Offerten-Darstellung inkl. der Ablieferungspauschalen" und "Spielregeln"), 14 (Übersicht "Projekt Repo 2013"), 15 ("Gründe für dieses Projekt"), 16 ("Massnahmen, um Zerfall der Rentabilität zu stoppen", u.a. mit dem Kommentar "Rabattsenkung ist die einzige Stellschraube, um den Deckungsbeitrag sofort und nachhaltig zu steigern!"), 18 ("Konditionen an Endkunden pro Marke", Grobübersicht), 30 ("Auswirkungen", unter anderem mit der Bemerkung: "Bei einer Senkung der Konditionen von 2 % entspricht dies Mehreinnahmen von ca. Fr. 75'000.- pro 100 Einheiten."). Seite 17 enthält einzig die Angabe [Vizedirektor der Beschwerdeführerin], was darauf hindeutet, dass dieser die Präsentation erst ab Seite 18 vortrug. Auf den Seiten 18 ff. der Präsentation finden sich denn auch die (technischen) Details des Projekts. Wenn der Geschäftsleiter sie nicht kannte und am Stammtisch nicht persönlich präsentierte, musste er sie spätestens dort zur Kenntnis nehmen. Ferner indizieren besonders die Seiten 2 und 16 der Präsentation, dass er mindestens über den Hintergrund und die Kernpunkte des Projekts Bescheid wusste, räumte er doch selber ein, die Idee dahinter sei ihm schon klar gewesen. Da ihm die Präsentation zugesandt worden war, konnte er aber sogar die technischen Details, namentlich die Konditionen pro Marke, schon vor dem Stammtisch kennen. Immerhin hatte er auch entschieden, welchen Teil des Referats er an den Vizedirektor delegieren wollte.

8.8.4 Gerade die Präsentation der Details des Projekts durch den Vizedirektor der Beschwerdeführerin signalisiert, dass es nicht einfach um ein von dieser losgelöstes Verbandsthema ging. Erstens war der Vizedirektor kein Vorstandsmitglied des VPVW. Zweitens figurierte er neben weiteren Mitarbeitern der Beschwerdeführerin auf der Liste der für die VW-PW-MVR-Tagung vom 10./11. Januar 2013 in [...] angemeldeten Teilnehmer. Dort wurde das Projekt "Repo 2013" jedenfalls zwischen [Q._____ AG], [R._____ AG] und [Y._____ AG] angestossen. Eine Teilnahme des Vizedirektors der Beschwerdeführerin an dieser Tagung mag erklären, weshalb er neben dem Direktor der Beschwerdeführerin, der an der Tagung nicht zugegen gewesen war, beim Präsentieren des Projekts anlässlich des Stammtisches vom 20. März 2013 mitwirkte. Allerdings lässt sich nicht eruieren, ob und gegebenenfalls wie weit der Vizedirektor der Beschwerdeführerin von Beginn weg in das Projekt "Repo 2013" eingebunden war.

Dafür, dass es sich nicht ohne Weiteres um eine reine Verbandsangelegenheit handelte, spricht auch das oben (E. 8.6.1) zitierte E-Mail von [R._____ AG] vom 6. März 2013 (07.54 h), worin er festgehalten hatte, "[X._____ AG]" habe ihn gefragt, in welchem Namen sie das Einladungsschreiben aufsetzen sollten. Spontan habe er, [R._____ AG], gesagt, dass es angesichts des Themas nicht offiziell der Händlervorstand sein dürfe. Nun sei er sich nicht mehr so sicher, weil es ja der erste Stammtisch sein solle.

8.8.5 Inwiefern die Präsentation durch den Direktor, inwiefern durch den Vizedirektor der Beschwerdeführerin gehalten wurde, spielt letztlich keine Rolle, denn beide übten hohe leitende Funktionen bei der X._____ AG aus. Sie präsentierten am Stammtisch ein Projekt, das sich insbesondere auf vereinbarte maximale Rabatte und minimale Ablieferungspauschalen erstreckte. Wie das Projekt als solches waren diese vorab zwischen wenigen Unternehmen ausgehandelt worden. Die Präsentation am Stammtisch bildete keine konstituierende Komponente der strittigen Wettbewerbsabrede, sondern bezweckte deren Ausdehnung auf möglichst viele Händler. So diente der Verband als Vehikel, um weitere Akteure für das Vereinbarte zu gewinnen. Dass neben dem Projekt "Repo 2013" anlässlich des Stammtisches der Region [...] vom 20. März 2013 auch andere Themen als Rabatte und Ablieferungspauschalen referiert wurden, ist unerheblich, zumal diese einen grossen Teil der Präsentation ausmachten.

8.9 Die inkriminierte Abrede wurde demnach im Vorfeld der Stammtische geschlossen. Eine Mitwirkung seitens der Beschwerdeführerin an den Diskussionen über einheitliche Maximalrabatte und minimale Ablieferungspauschalen in Erstofferten kann freilich nicht nachgewiesen werden. Zunächst einmal gilt dies für die Tagung vom 10. / 11. Januar 2013 in [...]. Der Direktor der Beschwerdeführerin nahm daran nicht teil; ihr Vizedirektor war anwesend, beteiligte sich nach Aussage der Beschwerdeführerin aber nicht an einer Diskussion über das Projekt "Repo 2013". Ausserdem gilt es für den auf die Tagung folgenden E-Mail-Verkehr, soweit er aktenkundig ist. Der Direktor der Beschwerdeführerin figuriert dort neben Anderen als Adressat von Nachrichten; bisweilen wird er im E-Mail-Text genannt. Durch ihn versandte E-Mails jedoch fehlen.

In einem E-Mail vom 8. Februar 2013 (07.32 h) bemerkte [Y._____ AG] an die Adresse von [Q._____ AG], der Vizedirektor der X._____ AG habe ihn am Vortag angerufen und gefragt, ob er die Retail-Nachlassliste nicht auch erhalten könne. Gleichentags (17.37 h) erklärte [R._____ AG] per E-Mail gegenüber dem Direktor der Beschwerdeführerin, zum Thema "Repo" sei die "neue Konditionenliste" via [Y._____ AG] als Information an den Vizedirektor der Beschwerdeführerin weitergeleitet worden. Um sich über die Details und das weitere Vorgehen zu informieren, sei es am besten, wenn der Direktor der Beschwerdeführerin [Q._____ AG] oder [R._____ AG] einmal anrufe. Daraus lässt sich folgern, dass die Beschwerdeführerin frühestens am 8. Februar 2013 Kenntnis von Details des Projekts "Repo" erlangte. Offen bleibt, um welche Einzelheiten es sich dabei handelte und wann sie ihr genau zugingen. Auf alle Fälle muss der Vizedirektor der Beschwerdeführerin vor dem Stammtisch detaillierte Projektinformationen erhalten haben, da er solche dort bekanntlich präsentierte.

Insgesamt kann vor diesem Hintergrund eine *ausdrückliche*, auf konsensuale Beteiligung an der strittigen Abrede gerichtete Willensäusserung der Beschwerdeführerin beweismässig nicht erhärtet werden. Deshalb stellt sich die Frage, ob eine Beteiligung ihrerseits an der Vereinbarung allenfalls mittels *stillschweigender* Willensbekundung gegenüber den Involvierten erfolgte. Ein so entstandener Konsens lässt sich aber nicht nachzeichnen, zumal die gegenseitige Kommunikation zwischen den Initiatoren der Vereinbarung und der Beschwerdeführerin kaum dokumentiert ist. Zwar figuriert diese als Empfängerin elektronischer Nachrichten, doch finden sich keine entsprechenden Rückmeldungen ihrerseits, welche wenigstens implizite verlässliche Schlüsse auf die für eine Vereinbarung erforderliche gegenseitige Willensübereinstimmung erlauben würden. Letzteres vermag auch die Präsentation am Stammtisch der Region [...] vom 20. März 2013 nicht. Wohl zeigt sie, dass Vertreter der Beschwerdeführerin das Projekt "Repo 2013" einschliesslich detaillierter Konditionenlisten vorstellten. Allerdings steht sie der Möglichkeit, dass die Beschwerdeführerin ihr Rabattverhalten auf dasjenige der in die Vereinbarung Involvierten bloss abstimmte oder, wie sie selber behauptet, eine eigenständige Rabattpolitik verfolgte, nicht entgegen. In diesem Zusammenhang sei daran erinnert, dass sachverhaltsmässige Unklarheiten aufgrund der Unschuldsvermutung zu Gunsten der sanktionsbedrohten Partei gewertet werden müssen (vgl. oben E. 6.2).

8.10 Angesichts dessen bleibt zu eruieren, ob der Beschwerdeführerin eine abgestimmte Verhaltensweise im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG vorzuwerfen ist.

8.10.1 Hierzu bedarf es einer minimalen Kommunikation. Auch ein einseitiges Informationsverhalten eines Unternehmens fällt in Betracht, wenn davon ausgegangen werden kann, dass Wettbewerber ihr Handeln am Markt entsprechend anpassen. Ausserdem braucht es ein kausal auf der Kommunikation basierendes Verhalten; die Abstimmung muss umgesetzt worden sein (vgl. zum Ganzen oben E. 8.3.2).

8.10.2 Aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen basieren nicht auf einem konsensorientierten Austausch von Willensbekundungen. Gleichwohl ist nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts eine minimale Kommunikation, eine gegenseitige Fühlungnahme, nötig (BGE 147 II 72, *Pfizer*, E. 3.4.2.3).

In der Tatbestandsvariante der Vereinbarung bildet ein bestimmtes Verhalten Gegenstand einer erklärten Willensübereinstimmung, deren Umsetzung aber nicht erforderlich ist. Bei der Verhaltensabstimmung hingegen muss die Verständigung konkretisiert werden. Die Konkretisierung liegt jedoch nicht schon in der Abstimmung, sondern erst im anschliessenden Marktverhalten der Parteien, dem Abstimmungserfolg (BGE 147 II 72, *Pfizer*, E. 3.4.5).

8.10.3 Abzugrenzen ist der Tatbestand der abgestimmten Verhaltensweise auch vom blossen Parallelverhalten. Solches liegt vor, wenn Unternehmen spontan gleich oder gleichförmig reagieren oder sich wechselseitig nachahmen. Bewusstes Parallelverhalten beruht unter normalen Marktbedingungen auf Informationen, die durch blosse Beobachtung des Handelns der Marktteilnehmer gewonnen werden können und deren Kenntnis normalerweise Voraussetzung dafür ist, dass den Unternehmen wettbewerbliches, d.h. an den Marktverhältnissen orientiertes, Verhalten überhaupt möglich ist.

Unternehmen, die sich parallel zu ihren Wettbewerbern verhalten, agieren selbständig, passen ihr Verhalten

jedoch zulässigerweise an das festgestellte oder erwartete Verhalten ihrer Wettbewerber an. Dagegen beruht eine Verhaltensabstimmung auf der Verwertung von Informationen, die unter normalen Marktbedingungen nicht ohne Weiteres zugänglich, sondern nur aufgrund eines bewussten Informationsaustausches zwischen den Marktteilnehmern verfügbar wären (BGE 147 II 72, *Pfizer*, E. 3.4.2.1 f.). Anders als bei blossem Parallelverhalten müssen die Wettbewerbsteilnehmer die praktische Zusammenarbeit willentlich an die Stelle des mit Risiken verbundenen Wettbewerbs treten lassen (BGE 129 II 18, *Buchpreisbindung* I, E. 6.3).

8.10.4 Vor diesem Hintergrund ist nun im Einzelnen zu prüfen, ob die Beschwerdeführerin den Tatbestand der abgestimmten Verhaltensweise nach Art. 4 Abs. 1 KG erfüllt hat.

8.10.4.1 Entsprechend den obigen Erwägungen (E. 6.3.1 f.) ist vorliegend ein Lebenssachverhalt ohne multiple Wirkungszusammenhänge zu würdigen. Deshalb kommt hier wiederum das Regelbeweismass zur Anwendung; das Gericht muss nach objektiven Gesichtspunkten von der Richtigkeit der streitigen Sachbehauptung überzeugt sein. Die Verwirklichung der rechtserheblichen Tatsachen braucht dabei nicht mit Sicherheit festzustehen. Es genügt, wenn das Gericht keine ernsthaften Zweifel daran hat oder allenfalls verbleibende Zweifel als leicht erscheinen.

8.10.4.2 Eine minimale Kommunikation zwischen ihr und den an der strittigen Vereinbarung Beteiligten über die fraglichen Höchstrabatte und Mindestablieferungspauschalen fand in der Tat statt. So erhielt der Direktor der Beschwerdeführerin, wie oben dargelegt (E. 8.6.1), E-Mails von [R._____ AG], [Q._____ AG], [Y._____ AG] und [Z._____ AG] betreffend eine gemeinsame Konditionenliste. In seinem E-Mail vom 24. Januar 2013 bemerkte [R._____ AG], er habe noch kurz mit "[X._____ AG] und [Z._____ AG]" sprechen können; wie in den Antwortmails bestätigt, seien auch sie einverstanden, "mitzuziehen" und sich zu engagieren. Vor dem Hintergrund der zitierten E-Mail-Korrespondenz (oben E. 8.6.1) muss mit "[...]" der Direktor der Beschwerdeführerin gemeint sein. Ferner bat [...], der Vizedirektor der Beschwerdeführerin, [Y._____ AG] um die Konditionenliste (vgl. oben E. 8.9). Ein weiteres Indiz für eine "gegenseitige Fühlungnahme" im Sinne der Rechtsprechung bildet die Präsentation, die der Direktor und der Vizedirektor der Beschwerdeführerin am Stammtisch der Region [...] vom 20. März 2013 vortrugen. Diese Präsentation basierte insbesondere auf derjenigen, welche [R._____ AG] mit E-Mail vom 13. März 2013 dem Direktor der Beschwerdeführerin gesandt hatte.

8.10.4.3 Das zweite Element aufeinander abgestimmter Verhaltensweisen ist die Umsetzung der Abstimmung. Dieser Abstimmungserfolg muss sich in der Regel in einem mehr oder weniger sichtbaren, tatsächlichen Marktverhalten manifestieren (vgl. Urteil des BVGer B-552/2015 vom 14. November 2017, *Immer*, E. 4.5.2). Er sagt noch nichts über eine Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG aus (BGE 147 II 72, *Pfizer*, E. 3.4.3). Vorliegend stellt sich die Frage, ob die Beschwerdeführerin die inter alios vereinbarten maximalen Rabatte und minimalen Ablieferungspauschalen in ihren Erstofferten für den Verkauf von Neuwagen der VW-Konzernmarken respektierte.

8.10.4.3.1 Die Rabattpolitik der Beschwerdeführerin erläuterte deren Direktor anlässlich der Einvernahme durch das Sekretariat vom 17. Juni 2013 folgendermassen (Protokollzitat):

> Grundsätzlich gibt es einen Nachlass (Grundrabatt, der auf der Konditionenliste geregelt ist und durch uns definiert wird). Zusätzlich gibt es Rabatte, z.B. einen Lagerrabatt auf eigene Fahrzeuge, die bei uns lange Standzeiten haben. Dieser Rabatt geht von unserer eigenen Marge ab. Ab und zu gibt es auch einen Spezialrabatt (z.B. Verkaufsförderungsaktionen des Importeurs), welcher vom Importeur bezahlt wird. In der Praxis gibt es also die unverbindliche Preisempfehlung des Importeurs (Katalogpreis). Auf den kann es dann je nach Modell Sonderrabatte (z.B. Lagerrabatt oder Verkaufsförderungsaktionen) geben. Zusätzlich gibt es einen [X._____ AG] Grundrabatt, welchen der Verkäufer steuern kann.

Auf die Frage, wie die aktuelle Konditionenliste für Neufahrzeuge in seinem Unternehmen festgelegt werde, antwortete der Direktor der Beschwerdeführerin (Protokollzitat):

> Das ist ein ständiger Prozess. Wir haben ein System, das wir immer wieder anpassen. Wir passen diese Liste sicher 4-5 Mal im Jahr an. Es gibt mehrere Stufen in der Liste, welche die Verkäufer selber wahrnehmen können. Wenn der Verkäufer die höchste Stufe überschreiten muss im Verhandlungsprozess, dann muss er den Verkaufsleiter kontaktieren. Die verschiedenen Stufen haben einen Einfluss auf den Verkäufer, je mehr Rabatt er gibt, desto weniger Provision erhält er. Die Konditionenliste und das Provisionsreglement ist eigentlich eine Einheit. [...]

Die Frage, ob der Grundrabatt für alle gleich sei, beantwortete er wie folgt (Protokollzitat):

> Nein, das ist marken- und modellspezifisch. Es gibt Modelle, wo wir keinen Rabatt geben und es gibt andere Modelle, wo wir stufenweise Rabatt geben bis z.B. [...] % je nach Modell. [...] (Der Verkäufer kann bis zur definierten Höhe gehen. Alles was darüber hinausgeht bedarf der Zustimmung durch den Verkaufsleiter, was auch mehr als [...] % sein kann.) Der Verkäufer führt die Verhandlungen und dann gibt es eine erste Offerte. Es liegt dann in der Verantwortung des Verkäufers wie viel Rabatt er geben möchte. Je mehr Rabatt er gibt desto weniger Provision erhält er. Bei manchen Verhandlungen reicht der Grundrabatt nicht aus, dann muss er zum Verkaufsleiter, der dann einen weitergehenden Rabatt genehmigen kann. Dadurch wollen wir ermöglichen, dass der Verkäufer in einem gewissen Rahmen selbständig verhandeln kann. Gleichzeitig kann aber der Verkaufsleiter bei höheren Rabatten eine gewisse Kontrollfunktion ausüben. Für uns ist es wichtig, dass sie Volumen machen, damit wir Marktanteil machen, aber gleichzeitig müssen wir auch schauen, dass wir noch was verdienen.

Zur Frage, ob er die Konditionenliste und die Rabattpolitik der Konkurrenten für Neufahrzeuge der VW-Gruppe kenne, erklärte der Direktor der Beschwerdeführerin (Protokollzitat):

> Teilweise, ja. Ich kenne die Liste, welche erstellt worden ist und bei den Präsentationen gezeigt worden ist. Man hat mir intern gesagt, dass dies die [Q._____ AG] Retail Liste sei.

Er fügte hinzu, die Liste sei ihm im Rahmen der Präsentation des Stammtisches zugeschickt worden; er habe sie am 24. Februar 2013 per E-Mail erhalten.

8.10.4.3.2 Als Beilage zu einem Schreiben vom 27. März 2014 unterbreitete die Beschwerdeführerin dem Sekretariat, wie sie dabei festhielt, ihre "Konditionenlisten [...], welche während dem 1. Quartal 2013 von ihren verschiedenen Verkaufsstellen benutzt wurden, sowie die Listen der effektiv abgeschlossenen Verkaufsverträge von Neuwagen während des Zeitraums vom 4. März bis 14. April 2013." Sie fügte hinzu, die Konditionenlisten und die Verkaufsverträge belegten eindeutig, dass sie das Projekt "Repo" nicht umgesetzt und der Wettbewerb vollumfänglich gespielt habe.

Oben auf diesen drei Konditionenlisten findet sich jeweils die Bezeichnung "Verkäufernachlassliste" (je mit Angabe "ab 12. Februar, 12. März bzw. 23. Mai 2013"). Es handelt sich um Tabellen, deren erste Spalte die einzelnen Marken mit ihren verschiedenen Modellen auflistet. Die zweite Spalte ist mit "Detail", die dritte mit "KMU [...]", die vierte mit "Kleinflotte [...]" und die fünfte mit "Grossflotte ab [...]" überschrieben. In der sechsten Spalte werden die Ablieferungspauschalen aufgeführt. Die Spalten zwei bis fünf sind jeweils in weitere sechs Spalten unterteilt, welche grundsätzlich nach folgendem Muster eingefärbt sind: erste Spalte dunkelgrün, zweite hellgrün, dritte weiss, vierte hellgelb, fünfte dunkelgelb, sechste rot. Zu letzterer wird unterhalb der Tabellen Folgendes vermerkt: "Tabelle Rot: Entscheid Verkaufsleiter".

In Ziff. 78 der Sanktionsverfügung legte die Vorinstanz dar, die in den dunkelgrünen, hellgrünen und weissen Spalten enthaltenen Prozentsätze für Preisnachlässe seien meist entweder gleich hoch oder tiefer als diejenigen der vereinbarten Konditionenliste. Die gelben Spalten zeigten die maximalen Preisnachlässe auf, welche das Verkaufspersonal nach den ersten Verhandlungen und der Erstofferte für das betreffende Modell selbständig gewähren dürfe. Demgegenüber weise die rote Spalte grössere Rabatte aus, die nur auf Entscheid des Verkaufsleiters hin zugestanden würden. In einem solchen System sehe sich das Verkaufspersonal gehalten, in der Erstofferte einen tiefen Rabatt entsprechend den ersten drei Spalten aufzuführen, um sich für die weiteren Verhandlungen überhaupt noch eigenen Spielraum und bei effektivem Vertragsschluss eine Provision sichern zu können. Der Umstand, dass die positiv (grün) bzw. neutral (weiss) markierten Spalten denjenigen Prozentsätzen entsprächen, welche auch auf der vereinbarten Konditionenliste aufgeführt (oder tiefer als diese) seien, offenbare, dass die interne Konditionenliste der Beschwerdeführerin die maximalen Preisnachlässe für Erstofferten der vereinbarten Konditionenliste befolge.

Ein Vergleich der Verkäufernachlasslisten mit den abgesprochenen Maximalrabatten und Mindestablieferungspauschalen bestätigt die Einschätzung der Vorinstanz. Sie erweist sich gerade auch vor dem Hintergrund der oben zitierten Aussagen des Direktors der Beschwerdeführerin als stringent. Insbesondere fällt auf, dass die Rabattsätze der Verkäufernachlasslisten diejenigen der abgesprochenen Konditionenliste über weite Strecken einhalten, denn sie liegen gleich hoch oder tiefer. Analoges gilt für die Ablieferungspauschalen der Beschwerdeführerin, welche jene der abgesprochenen Liste grundsätzlich um mindestens Fr. 50.- übersteigen. Es muss davon ausgegangen werden, dass die jeweils in den ersten, meist dunkelgrün gefärbten Spalten genannten Rabatte in der Regel diejenigen für die Erstofferten bildeten. Sonst hätten sich die Verkäufer von Beginn weg eines Teils ihres Verhandlungsspielraums beraubt, zumal höhere Rabatte ihre Provision schmälerten, wie der Direktor der Beschwerdeführerin erläuterte. Was deren Listen mit den während des Zeitraums vom 4. März bis zum 14. April 2013 effektiv abgeschlossenen Kaufverträgen über Neuwagen betrifft, so weisen diese lediglich die den Kunden gewährten Endrabatte, jedoch nicht die Preisnachlässe und Ablieferungspauschalen für Erstofferten aus. Deshalb erlauben sie keine verlässlichen Rückschlüsse auf den strittigen Sachverhalt.

8.10.4.3.3 Mit Schreiben vom 25. Juni 2015 reichte die Beschwerdeführerin dem Sekretariat einige Kaufverträge ein. Schon weil es sich dabei nicht um Erstofferten handelt, können sie eine Abstimmung derselben mit der vereinbarten Konditionenliste allerdings nicht widerlegen. Bekanntlich unterscheiden sich die in Kaufverträgen festgelegten Rabatte und Ablieferungspauschalen bisweilen von denjenigen der Erstofferten. Ziel des Projekts "Repo 2013" war es aber, die Rabatte zu reduzieren und die Ablieferungspauschalen zu erhöhen, indem Höchst- bzw. Mindestwerte in die Erstofferten eingesetzt wurden. Abgesehen davon wurden die eingereichten Verträge zwischen dem 28. März und dem 3. April 2013 geschlossen, als der Präsident des VPVW (am 26. März 2013) und die Selbstanzeigerin (am 2. sowie am 3. April 2013) bereits Abmahnungsschreiben, unter anderem an die Beschwerdeführerin, geschickt hatten. Ferner betrifft ein Vertrag eine Automarke, welche nicht zum VW-Konzern gehört.

Unter diesen Umständen eignen sich die erwähnten Kaufverträge nicht zum Nachweis einer individuellen Rabattpolitik. Die Beschwerdeführerin selber hält fest, sie verrechne andere Ablieferungspauschalen (Fr. [...] bis [...] je nach Marke und Modell) als diejenigen, welche auf der Konditionenliste des Projekts "Repo 2013" verzeichnet seien (Fr. [...] bis [...]). An den Kaufverträgen erkenne man, dass es sich nicht um Fixbeträge handle; vielmehr variierten die Ablieferungspauschalen zwischen Fr. [...] bzw. [...] und Fr. [...]. Allerdings liegen die von der Beschwerdeführerin zuerst genannten Höchst- und Tiefstwerte jeweils genau Fr. [...] über denjenigen der Konditionenliste des Projekts "Repo 2013", was wiederum auf eine Befolgung der Mindestpauschalen derselben in den Erstofferten hindeutet (vgl. auch Folie 24 der Präsentation für den Stammtisch der Region [...], vorgetragen durch den Direktor bzw. den Vizedirektor der Beschwerdeführerin).

8.10.4.3.4 Dem Bundesverwaltungsgericht legte die Beschwerdeführerin sodann mehrere Listen vor, welche ihren Angaben zufolge Erstofferten für Neuwagen von Marken des VW-Konzerns dokumentieren. Sie erklärte dazu, sie habe mit der Einreichung ihrer Erstofferten, die zwischen dem 4. März und dem 14. April 2013 gemacht worden seien, eindeutig dargelegt, dass sie ihre eigene Rabattpolitik verfolgt und sich nicht an der Konditionenliste des Projekts "Repo 2013" beteiligt habe. Die gewährten Rabatte schwankten zwischen 0 und [...] %. Wenn die Vorinstanz daran gezweifelt habe, hätte sie im Rahmen des Untersuchungsgrundsatzes zusätzliche Ermittlungen tätigen und auch nach entlastenden Elementen suchen müssen. So hätte sie beispielsweise die effektiven Erstofferten und die einzelnen Kaufverträge einfordern können.

Die Vorinstanz vertritt den Standpunkt, die Listen zeigten nicht, ob es um Erstofferten oder solche nach weiteren Verhandlungsrunden gehe. Ebensowenig sei ersichtlich, ob sich die Offerten auf Fahrzeuge aus besonderen (Rabatt-) Kategorien, z.B. Vorführwagen oder Flotten, bezögen. Ein Grossteil der Prozentsätze in diesen Listen entspreche den maximalen Preisnachlässen gemäss vereinbarter Konditionenliste des Projekts "Repo 2013". Der von der Beschwerdeführerin erwähnte maximale Rabatt von [...] % sei mit "Sonderrabatt" bezeichnet und betreffe eine einzige Offerte. Ferner habe die WEKO in der angefochtenen Verfügung festgestellt, dass die vereinbarten Konditionen nur zwischen dem 28. März und dem 3. April 2013 hätten angewendet werden können. Ein grosser Teil der auf den Listen verzeichneten Offerten sei jedoch ausserhalb dieses kurzen Zeitraums gemacht worden, weshalb sie für den vorliegenden Sachverhalt ohnehin nicht massgebend seien.

Zunächst einmal ist festzuhalten, dass die Beschwerdeführerin ihre umfangreichen Listen ohne (nachvollziehbare) Auswertung eingereicht hat. Somit hat sie sich bezüglich der tabellarisch ausgewiesenen Rabatte auf eine blosse Behauptung beschränkt, obwohl die Daten aus ihrem eigenen Machtbereich stammen und sie selber über geeignete Instrumente verfügen müsste, um eine erläuternde Interpretation bereitzustellen. Ausserdem wurden die Listen der Beschwerdeführerin nicht nach der Spalte "Datum", sondern in absteigender Reihenfolge nach der Spalte "Rabatt %" sortiert. Zuoberst in den Listen stehen damit immer die Offerten mit den höchsten Rabatten (gemessen in Prozent) der betrachteten Kalenderwoche. Durch diese Gliederung wollte die Beschwerdeführerin allem Anschein nach ihre Argumentation untermauern, dass sie grosszügige Rabatte gewährt und sich nicht an die Vorgaben des Projekts "Repo 2013" gehalten habe. So bieten die Listen freilich keine getreue Dokumentation des Rabattverhaltens über die Zeit. Hierfür hätten die Offerten nach ihrem Erstelldatum sortiert werden müssen. Dies wäre umso wichtiger gewesen, als sich die Listen auf die Periode vom 4. März bis zum 14. April 2013 erstrecken, während das inkriminierte Verhalten gemäss Sanktionsverfügung zwischen dem 28. März und dem 3. April 2013 umgesetzt werden konnte (effektiv an drei Tagen; vgl. dazu unten E. 11.2.7). Schliesslich bleibt festzustellen, dass die Ablieferungspauschalen in den Listen nicht erwähnt werden.

Der Aufbau der sechs Tabellen ist identisch. Es kann davon ausgegangen werden, dass jede ihrer Zeilen eine andere Offerte repräsentiert. Da die Beschwerdeführerin nicht in jeder Kalenderwoche gleichviele Offerten erstellte, variiert die Zeilenzahl. Über sämtliche Tabellen betrachtet liegen Informationen zu [...] Offerten vor. Allerdings sind die Angaben nicht für alle Offerten vollständig. Bei [...] Offerten ist keine Rabattart angegeben. Weil in diesen Fällen (mit einer Ausnahme) auch Informationen zur Marke, zum Modell und zum Preis des offerierten Neuwagens fehlen, lässt sich nicht ermitteln, ob das Fahrzeug mit oder ohne Rabatt offeriert wurde. Da die Beschwerdeführerin ihre Listen jedoch als Nachweis für die Gewährung grosszügiger, von der vereinbarten Konditionenliste abweichender Rabatte für Neuwagen eingereicht hat, ist zu vermuten, dass es sich bei diesen Offerten entweder nicht um solche für Neuwagen oder aber um Offerten für Neuwagen zum Listenpreis, d.h. "ohne Rabatt", handelt. Angaben zur Marke, zum Modell, zur Mehrausstattung und zum Preis des offerierten Fahrzeugs finden sich jeweils nur im oberen Teil der Listen. Bei den Offerten im unteren Teil sind nur das Datum, der Ersteller und der Empfänger der Offerte erwähnt. Vollständige Angaben liegen für insgesamt [...] Offerten vor. In [...] Fällen fehlen nähere Angaben zum offerierten Fahrzeug. In sieben Fällen ist die Identität des Kunden unbekannt.

Laut Beschwerdeführerin handelt es sich bei den aufgelisteten Offerten ausschliesslich um Erstofferten. Ob dies stimmt, lässt sich anhand der Tabelleninhalte nur ansatzweise überprüfen, denn in der Spalte "Status" wurden nur die Kategorien "Offerte" oder "offre" benutzt, und die Bezeichnung "Erstofferte" findet sich in den Listen nirgends. Bei [...] Listeneinträgen kann es sich schon deshalb nicht um Erstofferten handeln, weil für die betreffenden Kunden Angaben zu älteren Offerten vorliegen, die sich auf das gleiche Fahrzeugmodell beziehen. Für [...] weitere Einträge liegen Informationen vor, dass den betreffenden Kunden bereits vorher Offerten abgegeben wurden. Da die Offertangaben - insbesondere zum Modell des Neuwagens - unvollständig sind, ist hierzu aber keine abschliessende Einschätzung möglich. Als Quintessenz lässt sich immerhin festhalten, dass es sich bei den eingereichten Listen der Beschwerdeführerin jedenfalls um keine reinen Erstoffertenlisten handelt.

Ein Vergleich der "Erstoffertenlisten" mit den "Verkäufernachlasslisten", welche die Beschwerdeführerin am 27. März 2014 dem Sekretariat einreichte (vgl. oben E. 8.10.4.3.2), bekräftigt diesen Befund. Angesichts der abgestuften Rabatte der Verkäufernachlasslisten ist es namentlich nicht plausibel, dass bereits in Erstofferten Rabatte von [...] % und mehr gewährt worden wären, selbst bei Flotten, insbesondere aber gegenüber Privatpersonen, zumal höhere Rabatte die Provision der Verkäufer minderten. Aufgrund dessen lässt sich aus den von der Beschwerdeführerin als "Erstoffertenlisten" eingereichten Tabellen nicht ableiten, sie hätte im fraglichen Zeitraum bei Erstofferten eine von der strittigen Konditionenliste unabhängige Strategie bezüglich Rabatten (und Ablieferungspauschalen) verfolgt.

8.10.4.3.5 Im Erstellen von Erstofferten manifestiert sich ein tatsächliches Marktverhalten der Beschwerdeführerin. Es zeigt mindestens, dass zwischen ihr als Anbiete-

rin und Abnehmern Vertragsverhandlungen über Fahrzeugkäufe angebahnt wurden. Wie oben (E. 8.10.4.3.2) festgestellt, hielt sich die Beschwerdeführerin in ihren während des fraglichen Zeitraums verfassten Erstofferten weitgehend sowohl an die Höchstrabatte als auch an die Mindestablieferungspauschalen der abgesprochenen Konditionenliste. Am Stammtisch der Region [...] vom 20. März 2013 hatte ihr Vizedirektor das Projekt "Repo 2013" einschliesslich detaillierter Konditionenlisten präsentiert. Die dabei verwendete Folie 16 enthält unter dem Titel "Massnahmen, um Zerfall der Rentabilität zu stoppen" die Bemerkung "Generieren von mehr Brutto-Gewinn" mit dem Kommentar "Rabattsenkung ist die einzige Stellschraube, um den Deckungsbeitrag sofort und nachhaltig zu steigern!" Folie 24 ("Offertdarstellung / Ablieferungspauschale") zeigt die Aussage, die [auf den vorangegangenen Folien] genannten Konditionen würden auf der sog. Erstofferte angewandt und als Preisnachlässe bzw. Flottenrabatte ausgewiesen. Auf Folie 30 ("Auswirkungen") ist Folgendes festgehalten: "Bei einer Senkung der Konditionen von 2 % entspricht dies Mehreinnahmen von ca. Fr. 75'000.- pro 100 Einheiten."

Vor diesem Hintergrund hat das Bundesverwaltungsgericht keine ernsthaften Zweifel daran, dass die Beschwerdeführerin die streitige Abrede über Höchstrabatte und Mindestablieferungspauschalen für Erstofferten betreffend Neuwagen von Marken des VW-Konzerns in ihrer Geschäftstätigkeit umsetzte. Mit anderen Worten lässt sich feststellen, dass sie ihr Verhalten am Markt im fraglichen Zeitraum auf die besagten, unter Dritten vereinbarten Konditionen abstimmte.

Es erübrigt sich deshalb auch, weitere Kaufverträge von der Beschwerdeführerin einzuverlangen, zumal sie solche sowie eine entsprechende Tabelle schon dem Sekretariat einreichte und Gegenstand des vorliegenden Verfahrens ohnehin Erstofferten bilden.

8.10.4.4 Schliesslich bedarf es eines Kausalzusammenhangs zwischen der Abstimmung und dem Verhalten am Markt. Diesbezüglich gelten gemäss Bundesgericht zwei Beweiserleichterungen. Bei nachgewiesener Abstimmung wird vermutet, dass die beteiligten Unternehmen die ausgetauschten Informationen bei der Festlegung ihres Marktverhaltens auch berücksichtigt haben. Die Vermutung ist widerlegbar. Umgekehrt kann ein Gleichverhalten eine abgestimmte Verhaltensweise indizieren; allerdings sind dazu meistens weitere Indizien notwendig (BGE 147 II 72, *Pfizer*, E. 3.4.4).

Auch unabhängig von diesen Vermutungen offenbart sich vorliegend ein entsprechender Kausalzusammenhang. Aufgrund ihrer Fühlungnahme (Abstimmung) mit an der Vereinbarung Beteiligten erhielt die Beschwerdeführerin von diesen die abgesprochene Konditionenliste sowie eine Vorlage für die Präsentation des Projekts "Repo 2013". Der Direktor und der Vizedirektor der Beschwerdeführerin präsentierten das Projekt, inklusive Details hinsichtlich der vereinbarten Höchstrabatte und Mindestablieferungspauschalen, am Stammtisch der Region [...] vom 20. März 2013 (vgl. oben E. 8.8.2 ff. und 8.10.4.2). Ihr Referat basierte auf der erwähnten Vorlage und beinhaltete die abgesprochene Konditionenliste. Daran orientierte sich die Beschwerdeführerin in der Folge bei ihren Erstofferten für Neuwagen des VW-Konzerns (vgl. oben E. 8.10.4.3.2 und 8.10.4.3.5).

8.10.4.5 Als Zwischenfazit ergibt sich, dass die Beschwerdeführerin anlässlich des Projekts "Repo 2013" den Tatbestand der abgestimmten Verhaltensweise gemäss Art. 4 Abs. 1 KG erfüllte, indem sie die wettbewerbliche Preisbildung beim Verkauf von Neuwagen des VW-Konzerns im Gleichklang mit anderen Anbieterinnen zu Lasten der (potentiellen) Käufer manipulierte (vgl. auch oben E. 8.3.2 f. und unten E. 9.3.6 a.E.).

9.

Geprüft werden muss sodann, ob die Wettbewerbsabrede, an der sich die Beschwerdeführerin beteiligte, unzulässig war.

9.1 Unzulässig sind nach Art. 5 Abs. 1 KG Abreden, die den Wettbewerb auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen erheblich beeinträchtigen und sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lassen, sowie Abreden, die zur Beseitigung wirksamen Wettbewerbs führen. 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 (Zitat):

a. Abreden über die direkte oder indirekte Festsetzung von Preisen;

b. Abreden über die Einschränkung von Produktions-, Bezugs- oder Liefermengen;

c. Abreden über die Aufteilung von Märkten nach Gebieten oder Geschäftspartnern.

Bezüglich der "Vermutungen für die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs" wurde in der Botschaft KG 1995 zu den Tatbeständen des Art. 5 Abs. 3 KG ausgeführt (S. 566), die angesprochenen Wettbewerbsabreden höben Grundparameter des Wettbewerbs auf, beseitigten mit anderen Worten den wirksamen Wettbewerb im Innenverhältnis der beteiligten Unternehmen. Wirksamer Wettbewerb könne folglich nur noch von aussen kommen. Die wettbewerbliche Beurteilung von Sachverhalten, die einem der Vermutungstatbestände entsprächen, laufe demnach hauptsächlich auf die Beantwortung der Frage hinaus, ob noch wirksamer Aussenwettbewerb vorhanden sei.

9.2 Bei der Erheblichkeit im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG handelt es sich gemäss neuerer Rechtsprechung des Bundesgerichts um eine Bagatellklausel, welche als Aufgreifkriterium dient, um die Verwaltung zu entlasten (BGE 144 II 194, *BMW*, E. 4.3.1 und 143 II 297, *Gaba*, E. 5.1 f; Urteil des BGer 2C_113/2017 vom 12. Februar 2020, Aktiengesellschaft Hallenstadion / Ticketcorner AG gg. Starticket AG / ticketportal AG / Weko, E. 7.3.1). Die Erheblichkeit lässt sich sowohl durch qualitative als auch durch quantitative Merkmale bestimmen. Erweist sich das qualitative als sehr gewichtig, bedarf es kaum eines quantitativen. Gibt es hingegen keine qualitativen Merkmale oder nur solche von geringem Gewicht, müssen (vor allem) quantitative herangezogen werden (BGE 143 II 297, *Gaba*, E. 5.2.2). Abreden nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG sind grundsätzlich erheblich, wobei es genügt,

dass sie den Wettbewerb beeinträchtigen *können* (BGE 143 II 297, *Gaba*, E. 5.6).

9.3 Vermutet wird die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs unter anderem bei Abreden über die direkte oder indirekte Festsetzung von Preisen zwischen Unternehmen, welche tatsächlich oder der Möglichkeit nach miteinander im Wettbewerb stehen (Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG).

9.3.1 In der Botschaft KG 1995 (S. 567) wurden Preisabreden nach Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG folgendermassen umschrieben (Zitat):

> Für die Unterstellung unter diesen Vermutungstatbestand ist die Wirkung der Preisfestsetzung entscheidend. Mit welchen Mitteln diese erreicht wird, ist ohne Belang. Der Vermutungstatbestand bezieht sich auf jede Art des Festsetzens von Preiselementen oder Preiskomponenten. Er erfasst ferner direkte oder indirekte Preisfixierungen. Er gilt beispielsweise nicht nur für Abreden über Rabatte, sondern auch für Vereinbarungen über Kriterien zur Anwendung von Rabatten, soweit diese zu einer Preisfestsetzung führen. Die gleichen Grundsätze gelten auch für Abreden über Kalkulationsvorschriften, soweit damit letztlich die Wirkung der Preisfestsetzung bezüglich einzelner Preiselemente erreicht wird.

Unter Hinweis darauf urteilte das Bundesgericht am 14. August 2002 (BGE 129 II 18, *Buchpreisbindung* I, E. 6.5.5), zwar legten die Buchhändler die Buchpreise nicht selber in horizontalen Abreden fest; vielmehr hielten sie bloss die von den Verlagen vorgegebenen Preise ein. Eine Preisabrede liege indessen nicht nur vor, wenn ein konkreter Preis, sondern auch, wenn bloss einzelne Komponenten oder Elemente der Preisbildung fixiert würden. Als Preisabrede habe auch die abgestimmte Verhaltensweise zu gelten, wonach ein einheitlicher Endabnehmerpreis angewendet werde; das sei selbst dann der Fall, wenn dieser nicht durch die Buchhändler, sondern je durch die einzelnen Verleger bestimmt sei. Die Buchhändler wüssten, dass infolge des Sammelrevers alle anderen angeschlossenen Buchhändler jedes Buch zum gleichen Preis verkauften wie sie. Diese Ausschaltung des Preiswettbewerbs auf Stufe Endabnehmer sei das offensichtliche Ziel des Sammelrevers.

Im Urteil 2C_1017/2014 vom 9. Oktober 2017 betreffend Preiserhöhungen erwog das Bundesgericht, eine Vereinbarung werde nicht durch ein "Preisdiktat" der Hersteller ausgeschlossen. Massgebend sei alleine, ob die Beteiligten auf der gleichen Marktstufe eine Abrede getroffen hätten, die Preise in bestimmter Höhe festzusetzen bzw. weiterzugeben (Eidgenössisches Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung SBFI gg. Koch Group AG Wallisellen / Weko, *Koch*, E. 3.2).

9.3.2 Vor diesem Hintergrund fragt sich, ob die Verkaufspreise durch die konstatierte Abrede über Höchstrabatte und minimale Ablieferungspauschalen im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG *festgesetzt* wurden. Wie die Beschwerdeführerin betont, betrafen die Rabatte und Ablieferungspauschalen "nur" Erstofferten, wovon auch die Vorinstanz ausging. Diese verkenne aber, dass im Neuwagenhandel nicht alleine der Rabatt eine Rolle spiele, sondern weitere, viel gewichtigere Preisparameter (Eintauschfahrzeuge, Leasingrückläufer, Sonderaktionen) den Endverkaufspreis ausmachten. Ausserdem sei eine Ablieferungspauschale nur ein unbedeutender Bestandteil des Gesamtpreises eines Neuwagens. Ein maximaler Rabatt schliesslich werde erst dann ein Problem, wenn er zu einem Fixrabatt führe, d.h. wenn alle den maximalen Rabatt auf den Endverkaufspreis gewährten. Ob dies hier der Fall gewesen sei, habe die Vorinstanz nicht ermittelt. Folglich könne die Vereinbarung maximaler Rabatte und minimaler Ablieferungspauschalen bei Erstofferten keine bedeutenden Auswirkungen auf den wirksamen Wettbewerb auf dem Neuwagenmarkt für Fahrzeuge der Marken des VW-Konzerns haben.

9.3.3 Koordiniert wurden die Rabatte und Ablieferungspauschalen im Kontext der Reduktion der Listenpreise, welche die [Selbstanzeigerin] Import AG per 1. März bzw. 1. April 2013 vorgenommen hatte (vgl. oben E. 8.6). Wie sich aus der Umschreibung des Begriffs "Konditionenliste" in Ziff. 9 der Sanktionsverfügung schliessen lässt, stützte sich die Vorinstanz auf die Prämisse, dass die Rabatte der Händler jeweils als Prozentsatz des Listenpreises (des Herstellers) festgesetzt wurden. Ein (ausdrücklicher) Vorwurf an die involvierten Händler, etwa im Sinne einer Bruttopreisabsprache oder einer abgestimmten Verhaltensweise stets den Listenpreis des Herstellers bzw. des Importeurs als sog. Fahrzeuggrundpreis in den Offerten verwendet zu haben, findet sich in der Sanktionsverfügung jedoch nicht.

Gleichwohl muss davon ausgegangen werden, dass dieser Listenpreis als Basis für die vereinbarten Höchstrabatte diente, denn ohne entsprechenden Referenzwert ergäbe die Festlegung prozentualer Preisnachlässe wenig Sinn. Ausserdem wurden die Rabatte gerade im Zuge der Senkung der Listenpreise abgesprochen, um die Rentabilität zu sichern. Bekräftigt wird dies durch die Bemerkung der Beschwerdeführerin, mit ihren Ausführungen verkenne die Vorinstanz die reelle Margensituation auf dem Verkaufsmarkt von Neuwagen der Marken des VW-Konzerns. Auf diesem Markt hätten die zugelassenen Händler, welche dem Vertriebsnetz der Kronzeugin angehörten, eine maximale Marge von [...] bis [...] % und das nur, wenn sie alle Standards der Kronzeugin erfüllten. Dies lasse bei der Rabattsetzung in Erstofferten einen geringen Spielraum zu. In diesem Zusammenhang bleibt ferner darauf hinzuweisen, dass die Händlermargen laut den Aussagen Beteiligter durch den Hersteller bzw. den Importeur vorgegeben waren (vgl. zum Einfluss der Handelsmargen KOSTKA, N. 1381).

Die Beschwerdeführerin selber beruft sich auf Spielräume der Händler bei anderen Elementen ihrer Gegenleistung als bei den (von der Vorinstanz als abgesprochen gewerteten) Rabatten und Ablieferungspauschalen, nicht aber darauf, dass schon die in den Offerten ausgewiesenen Fahrzeuggrundpreise je nach Händler individuell festgesetzt worden wären.

9.3.4 Folgt man der bundesrätlichen Botschaft und der oben zitierten Rechtsprechung des Bundesgerichts, liegt eine Subsumtion der festgestellten Vereinbarung maximaler Rabatte und minimaler Ablieferungspauschalen unter Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG nahe. Auch in der wohl überwiegenden Lehre wird der Begriff der Preisabrede

nach Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG weit ausgelegt, so dass er neben dem Preis als solchem sämtliche Komponenten desselben umfasst (vgl. BANGERTER/ZIRLICK, Art. 5 KG N. 380 m.H. und 418; JÜRG BORER, Wettbewerbsrecht I, Kommentar, 3. A., 2011, Art. 5 KG N. 34 f.; ANDREAS HEINEMANN: Bruttopreisabsprachen, in: Inge Hochreutener / Walter A. Stoffel / Marc Amstutz (Hrsg.), 8. IDé-Tagung zum Wettbewerbsrecht, Grundlegende Fragen, Bern 2017, S. 121 ff., 133; JUHANI KOSTKA, Harte Kartelle, 2010, N. 1317 ff. m.H., 1371 ff.; PETER REINERT, in: Baker & McKenzie (Hrsg.), SHK-Kartellgesetz, 2007, Art. 5 KG N. 25; FELIX TUSCHMID, Die horizontale Preisabrede, Eine Auslegung des kartellrechtlichen Vermutungstatbestands von Art. 5 Abs. 3 lit. a KG, AJP 2018 S. 848 ff., 848 f.; ROLF H. WEBER/STEPHANIE VOLZ, Wettbewerbsrecht, 2013, N. 2.182, 2.191; relativierend hingegen AMSTUTZ/CARRON/REINERT, Art. 5 KG N. 398 f.; zum Ganzen vgl. auch Urteil des BVGer B-807/2012 vom 25. Juni 2018, *Erne*, E. 10.2.3 m.H.).

REINERT (Art. 5 KG N. 25) legt dar, selbst Abreden über die Rabattgewährung wirkten sich letztlich auf die Preisfestsetzung aus und fielen damit grundsätzlich unter Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG. Eine Ausnahme, bei der eine Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung von vorneherein nicht vorliege, bestehe immerhin dort, wo sich die Vereinbarung auf einen nur sehr kleinen Preisbestandteil beziehe und damit keine spürbare Auswirkung auf den Endpreis habe. Namentlich bei Abreden über Rabatte dürfte dies seiner Meinung nach regelmässig der Fall sein, wenn die Ausgangspreise weiterhin frei festgesetzt werden könnten.

Für eine etwas restriktivere Auslegung plädieren EMCH und GOTTRET (DANIEL EMCH/ANNA GOTTRET: Grundsätzliche Erheblichkeit - kritische Würdigung und mögliche Korrektive, in: sui-generis 2018, S. 374 ff., 379 N. 17). Sie vertreten die Auffassung, es solle nicht mehr alles, was einen entfernten Bezug zum Wettbewerbsparameter Preis habe, als horizontale Preisfestsetzung qualifiziert werden. Nur Abreden über Preiskomponenten, die tatsächlich zu einer einheitlichen Preisfestsetzung führten, gehörten unter den betreffenden Vermutungstatbestand subsumiert.

TUCHSCHMID vertritt den Standpunkt, wenn lediglich ein einzelnes Preiselement abgesprochen werde, bestehe weiterhin Wettbewerb bei allen nicht festgesetzten Preiselementen, und die Unternehmen blieben bezüglich der Festsetzung des Endpreises grundsätzlich frei. Das Potential solcher Abreden, den wirksamen Wettbewerb zu beseitigen, sei äusserst gering (S. 850 ff.). Im Unterschied zu Bruttopreisen bildeten andere Preiselemente keineswegs die Berechnungsgrundlage für den Endpreis. Der Ausgangspreis könne weiterhin frei festgesetzt werden. So könnten Rabattabreden nur, wenn andere Faktoren hinzukämen, beispielsweise in Kombination mit Bruttopreisabreden oder weil der Preiswettbewerb auf einem Markt mit Publikumshöchstpreis und festgesetzter Marge nur über die Rabatte spiele, zu einer Festsetzung des Endpreises führen. Abreden über Preiselemente erschienen daher für sich allein nicht als besonders schädliche Abreden, vor denen der wirksame Wettbewerb und der einzelne Marktteilnehmer durch direkte Sanktionen geschützt werden müssten (S. 862). Alle Abreden, die lediglich harmonisierende Wirkung auf die Endpreise hätten oder eine solche Wirkung bezweckten, fielen nicht unter den Tatbestand der horizontalen Preisabrede nach Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG. Sie seien jedoch in der Regel erheblich und vorbehaltlich einer Effizienzrechtfertigung unzulässig. Die WEKO könne deren Unzulässigkeit mittels Verfügung feststellen und für den Fall einer Zuwiderhandlung gegen die Verfügung indirekte Sanktionen gemäss Art. 50 KG androhen (S. 863).

KOSTKA erklärt (N. 1378), bei mehreren wettbewerbsbeschränkenden Abreden spiele es keine Rolle, ob die einzelne Rabattabrede eine erhebliche Einschränkung des Preiswettbewerbs bewirke (z.B. mittels Festlegung eines vergleichsweise geringen zulässigen Rabatts) oder nur eine vergleichsweise geringe Beeinflussung des Preiswettbewerbs zeitige (z.B. mittels Festlegung eines maximal zulässigen Rabatts von 80 %), da aus der Gesamtheit der Abreden ohnehin ihr wettbewerbsbeschränkender Zweck hervorgehe und sich aus der kumulativen Wirkung der Gesamtheit der Abreden die preisharmonisierende Wirkung ergebe. In einem solchen Fall sei die Rabattabrede gemeinsam mit den übrigen Abreden in ihrer Gesamtheit als Preisabrede zu qualifizieren.

Harmonisierung bedeutet im vorliegenden Kontext nicht, dass die fraglichen Preise (nahezu) identisch sein müssten. Harmonisierend können beispielsweise auch eine gleichförmige Erhöhung des Preisniveaus oder andere koordinierte Preisstrategien zur Erzielung einer Kartellrente wirken, selbst wenn die Preisniveaus der einzelnen Produkte oder Dienstleistungen unterschiedlich bleiben sollten (vgl. BANGERTER/ZIRLICK, Art. 5 KG N. 390).

9.3.5 Bei Fahrzeugpreisen von mehreren zehntausend Franken war die Absprache geeignet, die effektiven Verkaufspreise zum Nachteil der Kunden um einige hundert bis einige tausend Franken pro Fahrzeug anzuheben. Beträge dieser Grössenordnung können im vorliegenden Kontext nicht als geringfügig oder gar vernachlässigbar taxiert werden. Vielmehr handelt es sich bei den abgesprochenen Rabatten und Ablieferungspauschalen um wesentliche Elemente des Kaufpreises. Auch die Äusserungen eines involvierten Händlers, man spreche von einer "Chance von ca. 24 Mio.", und eine um Fr. 100.- höhere Ablieferungspauschale ergebe pro 100 Neuwagen bekanntlich Fr. 10'000.- mehr in der Kasse (vgl. oben E. 8.6.1), lassen darauf schliessen, dass nicht über unbedeutende Preiselemente diskutiert wurde. Hervorzuheben bleibt hier auch nochmals, dass die Preissetzung auf einheitlichen Listenpreisen basierte.

9.3.6 Abgesehen davon würde für eine Verhaltenskoordination bezüglich des Preises nach der Gesetzeskonzeption schon eine Verständigung über einzelne Preiselemente ausreichen (Botschaft KG 1995, 567). Einer Verständigung über sämtliche einzelnen Bestandteile zur Ausgestaltung des Preises oder aller Komponenten zur Ermittlung des Preises durch die Abredebeteiligten bedarf es hingegen nicht. Dementsprechend genügt eine Verständigung über Rabatte oder Berechnungsmethoden eines für ein Produkt anzuwendenden Preises für die Qualifizierung als Preisabrede (Botschaft KG 1995, 567).

Überdies hat der Gesetzgeber die Behandlung von Preis- und anderen harten Kartellabreden aus Gründen der Rechtssicherheit und der Praktikabilität an das EU-Wettbewerbsrecht angekoppelt. Harte Kartellabreden sollen demzufolge zwar nicht strenger, aber auch nicht milder als im EU-Wettbewerbsrecht behandelt werden (AB 2003 330, Votum Fritz Schiesser für die Mehrheit der Ständeratskommission). Dies stellte das Bundesgericht im Sinne einer Parallelität der Rechtslage bereits ausdrücklich fest (BGE 143 II 297, *Gaba*, E. 6.2.3; BGE 147 II 72, *Pfizer*, E. 3.1, für das Tatbestandsmerkmal der Verhaltenskoordination). Für die Bestimmung des Inhalts einer Preisabrede und deren wettbewerbliche Einstufung ist daher die entsprechende Qualifizierung von Preisabreden durch die EU-Wettbewerbspraxis zu berücksichtigen (vgl. hierzu HENGST DANIELA, in: Langen/Bunte (Hrsg.), Kartellrecht, Bd. 2, Europäisches Kartellrecht, 13. A., 2018; Art. 101 Abs. 1 N. 269 ff.; SCHRÖTER HELMUTH/VOET VAN VORMIZEELE PHILIPP, in: Schröter/Jakob/Klotz/Mederer (Hrsg.), Europäisches Wettbewerbsrecht, 2. A., 2014, Art. 101 Abs. 1 N. 134 ff.; WOLLMANN HANNO/HERZOG ANDREA, in: Bornkamm/Montag/Säker (Hrsg.), Münchener Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, Bd. 1, Europäisches Wettbewerbsrecht, 2. A., 2015, Art. 101 Abs. 1 N. 178 f., 253 f.; ZIMMER DANIEL, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, Bd. I, Europäisches Kartellrecht, 6. A., 2019, Art. 101 Abs. 1 N. 213 ff.).

Das EU-Wettbewerbsrecht sieht bei Preisabreden weder im Hinblick auf die Eingehung oder die inhaltliche Ausgestaltung noch die nachteilige Einwirkung der Preiskoordination eine qualitative Differenzierung vor. Als Preisabrede wird sowohl jeder Austausch von Informationen über Preiselemente als auch deren Festlegung zwischen Unternehmen aller Marktstufen erfasst. Dabei werden Preisabreden selbst bei einer unerheblichen Wettbewerbsbeschränkung generell nicht zugelassen. Dies gilt auch für die Verständigung über Preisempfehlungen. Als Ausnahme von der generellen Unzulässigkeit sind Höchstpreisabreden bei vertikalen Wettbewerbsverhältnissen vorgesehen, soweit sich diese nicht faktisch wie übliche Preisabreden auswirken. Die Zulässigkeit einer Preisabrede im Einzelfall ergibt sich darüber hinaus nur bei Vorliegen eines ausreichenden Rechtfertigungsgrunds.

Nach der Konzeption der einschlägigen Verbotsnormen des KG bildet der Aspekt der Wesentlichkeit kein Kriterium für die Abgrenzung oder Differenzierung von Preisabreden. Einerseits würde dies der vom Gesetzgeber vorgesehenen einheitlichen Beurteilung von Preisabreden widersprechen. Andererseits sehen weder Art. 4 Abs. 1 KG noch Art. 5 Abs. 3 und 4 KG ein entsprechendes Kriterium vor. Ferner statuiert Art. 5 KG mit dem Tatbestandsmerkmal der Erheblichkeit von Wettbewerbsbeeinträchtigungen bereits ein Kriterium, mit dem unerhebliche Sachverhalte von einer Qualifizierung als unzulässige Wettbewerbsabreden ausgeschlossen werden. Deshalb besteht kein notwendiger Anwendungsbereich für eine zusätzliche Abgrenzung von unwesentlichen Preisabreden. Darüber hinaus sieht das EU-Wettbewerbsrecht weder ein Wesentlichkeitskriterium für die Feststellung einer Preisabrede noch ein Erheblichkeitskriterium für die Beurteilung von Preisabreden vor. Vielmehr ist eine Koordination von Preiselementen ungeachtet ihrer jeweiligen Bedeutung für den Preis eines Produkts verboten.

Angesichts dessen sind als Preisabreden alle Verhaltenskoordinationen zu qualifizieren, die in die eigenständige Preisbildung eines Unternehmens eingreifen und damit dessen Preissetzungsfreiheit einschränken, weil dadurch das Selbständigkeitspostulat verletzt wird (BGE 147 II 72, *Pfizer*, E. 3.5, 144 II 246, *Altimum*, E. 6.4.2 und 129 II 18, *Buchpreisbindung I*, E. 5.1). Ein formaler Eingriff in die Preisgestaltung durch die Festlegung bestimmter Preiselemente ist bereits nach seinem Inhalt auf eine nachteilige Einwirkung auf den Wettbewerb ausgerichtet. Daher bezweckt er eine Wettbewerbsbeschränkung (BGE 147 II 72, *Pfizer*, E. 3.6, 129 II 18, *Buchpreisbindung I*, E. 5.1). Dies entspricht im Ergebnis der Rechtslage im EU-Wettbewerbsrecht.

9.3.7 Die Beschwerdeführerin erklärt, der Wert eines Eintauschfahrzeuges oder eines Leasingrückläufers spiele beim Neuwagenverkauf eine viel gewichtigere Rolle als der Rabatt in der Erstofferte, weil der Rahmen, in welchem Rabatt gewährt werden könne, aufgrund des Margensystems der Selbstanzeigerin für alle zugelassenen Händler relativ schmal sei. Abgesehen vom Grossvolumengeschäft - wie z.B. bei Mietwagen - werde bei mindestens 80 % aller Neuwagengeschäfte der Wert eines Eintauschfahrzeuges bei der Verhandlung und Festlegung des Endverkaufspreises miteinbezogen. Der Eintauschwert werde mittels eines technischen sowie optischen Zustandstests und eines geschätzten Marktpreises definiert. In der Regel lägen die so kalkulierten Preise sehr weit auseinander. Bei der Beschwerdeführerin komme es öfters vor, dass das gleiche Fahrzeug manchmal unbewusst an zwei bis vier ihrer Standorte geschätzt werde und dabei sehr unterschiedliche Eintauschpreise offeriert würden. Für den Endkunden bedeute das, dass ihm von Händler zu Händler sehr unterschiedliche Rückkaufbedingungen angeboten würden. Dies wirke sich massiv auf den Endverkaufspreis aus; würden alle Marktteilnehmer den gleichen maximalen Rabatt bei einer Erstofferte gewähren, so würde der (Innen-) Wettbewerb unter anderem wegen der unterschiedlichen Bewertung von Eintauschfahrzeugen immer noch voll und ganz spielen. Deshalb bestehe zwischen den Verfahrensparteien und den anderen Marktakteuren starker Wettbewerb betreffend mitentscheidende Wettbewerbsparameter. Aus Sicht der Beschwerdeführerin hätte die Vorinstanz die erwähnten Tatsachen in ihrer Beurteilung des Innenwettbewerbs berücksichtigen müssen bzw. die Bedingungen und die Wettbewerbsparameter, welche beim Neuwagenverkauf tatsächlich ausschlaggebend seien, ermitteln sollen.

9.3.8 Die in den Akten befindlichen Offertbeispiele für Neuwagen sehen neben dem jeweiligen Preisnachlass Ablieferungspauschalen, Treue- und Ausstellungsrabatte sowie Lagerabverkaufsprämien als mögliche Preiselemente vor. Zusammen mit dem Fahrzeuggrundpreis und den Kosten der Mehrausstattung ergeben diese den Gesamtpreis des Neuwagens. Davon wird der Preis eines allfälligen Eintauschfahrzeugs abgezogen, woraus der Restkaufpreis resultiert. Eintauschfahrzeuge wurden folglich an Zahlung genommen, bestimmten den Ge-

samtpreis des Neuwagens aber nicht mit und waren unterhalb desselben separat aufgeführt. Wohlbemerkt bezieht sich der Vorwurf der Absprache auf die Preise der Neuwagen, welche durch tiefere Rabatte und höhere Ablieferungspauschalen angehoben werden sollten.

9.3.9 Ausgehend von den Listenpreisen konnte die individuelle Preissetzung beim Neuwagenverkauf nur über die verschiedenen Rabatte, die Ablieferungspauschale und über Prämien, z.B. für Verkäufe ab Lager, stattfinden. Prämien und Rabatte beruhen bisweilen auf koordinierten Aktionen seitens des Herstellers bzw. des Importeurs, an denen zahlreiche Händler mitwirken, sodass diesbezüglich nicht von individuellen oder mit den einzelnen Käufern ausgehandelten Preisreduktionen gesprochen werden kann.

Von den wenigen tatsächlich einem individuellen Verhandlungsprozess zugänglichen Preiselementen wurden zwei, nämlich der allgemeine Preisnachlass (Rabatt) und die Ablieferungspauschale, abgesprochen. Dies muss unter den gegebenen Umständen als Preisfestsetzung im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst a KG qualifiziert werden, zumal es sich um eine kombinierte Abrede handelt, bei welcher niedrige Höchstrabatte vereinbart wurden (vgl. KOSTKA, N. 1378 und 1380, wonach Abreden, die einen geringen maximalen Rabatt festlegen, eine erhebliche Beeinflussung des Preises bzw. eine faktische Beseitigung des Preiswettbewerbs erzielen).

9.4 Angesichts dessen stellt sich die Frage, ob im betreffenden Zeitraum entgegen der gesetzlichen Vermutung wirksamer Wettbewerb herrschte (vgl. BGE 143 II 297, *Gaba*, E. 4.1 und Urteil des BGer 2C_1017/2014 vom 9. Oktober 2017 E. 3.3). Als solcher fällt aktueller oder potentieller Aussen- oder Innenwettbewerb in Betracht (vgl. BGE 143 II 297, *Gaba*, E. 4.1 a.E. m.H., Urteil des BGer 2C_63/2016 vom 24. Oktober 2017, *BMW*, E. 4.3.2).

Wie die WEKO in Ziff. 289 der angefochtenen Sanktionsverfügung zutreffend schloss, kann "die in Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG verankerte Vermutung der Beseitigung des Wettbewerbs [...] in casu aufgrund des vorhandenen Aussenwettbewerbs umgestossen werden." Die Analyse desselben habe gezeigt, dass in allen untersuchten Segmenten trotz der sehr hohen gemeinsamen Marktanteile der Abredeteilnehmer von einer Vielzahl aktueller und potentieller Wettbewerber auszugehen sei. Vor diesem Hintergrund bedarf die Bemerkung der Beschwerdeführerin, die Annahmen der WEKO betreffend den Aussenwettbewerb seien falsch, da die Verfahrensparteien auf dem Verkaufsmarkt von Neuwagen des VW-Konzerns einen Marktanteil von knapp über [...] % und nicht von [...] % hätten, keiner näheren Erörterung.

9.5 Wird wirksamer Wettbewerb nachgewiesen, so liegt freilich eine erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs vor, weil eine Preisabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung grundsätzlich bereits erheblich ist (BGE 147 II 72, *Pfizer*, E. 6.5, 143 II 297, *Gaba*, E. 5.6 und Urteil des BGer 2C_1017/2014 vom 9. Oktober 2017, *Koch*, E. 3.3). Dabei genügt es, wenn die Abrede den Wettbewerb potentiell beeinträchtigen kann, denn schon mit ihrer Vereinbarung und nicht erst mit ihrer praktischen Umsetzung wird laut Bundesgericht ein Klima der Wettbewerbsfeindlichkeit geschaffen, welches im Sinne von Art. 96 BV und Art. 1 KG hinsichtlich des Funktionierens des normalen Wettbewerbs volkswirtschaftlich oder sozial schädlich ist (BGE 144 II 194, *BMW*, E. 4.3.1 f. und 143 II 297, *Gaba*, E. 5.4).

Tatsächlicher Auswirkungen der Abrede bedarf es demnach nicht (BGE 143 II 297, *Gaba*, E. 5.4; Urteil des BVGer B-771/2012 vom 25. Juni 2018, *Cellere*, E. 8.3.1 f.). Insofern erübrigen sich auch ergänzende Untersuchungsmassnahmen, wie sie die Beschwerdeführerin verlangt. Entsprechend lässt sich diesbezüglich keine Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes konstatieren.

10.

Zu eruieren bleibt, ob sich die Abrede durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lässt (Art. 5 Abs. 1 KG). Die Beschwerdeführerin selber nennt keine solchen.

10.1 Art. 5 Abs. 2 KG bestimmt dazu Folgendes (Zitat):

> Wettbewerbsabreden sind durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt, wenn sie:
>
> a. notwendig sind, um die Herstellungs- oder Vertriebskosten zu senken, Produkte oder Produktionsverfahren zu verbessern, die Forschung oder die Verbreitung von technischem oder beruflichem Wissen zu fördern oder um Ressourcen rationeller zu nutzen; und
>
> b. den beteiligten Unternehmen in keinem Fall Möglichkeiten eröffnen, wirksamen Wettbewerb zu beseitigen.

10.2 Gestützt auf Art. 6 KG können in Verordnungen oder allgemeinen Bekanntmachungen die Voraussetzungen umschrieben werden, unter denen einzelne Arten von Wettbewerbsabreden aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz in der Regel als gerechtfertigt gelten. Dabei werden gemäss Art. 6 Abs. 1 KG insbesondere die folgenden Abreden in Betracht gezogen (auszugsweise zitiert):

> b. Abreden über die Spezialisierung und Rationalisierung, einschliesslich diesbezügliche Abreden über den Gebrauch von Kalkulationshilfen;
>
> [...]
>
> e. Abreden mit dem Zweck, die Wettbewerbsfähigkeit kleiner oder mittlerer Unternehmen zu verbessern, sofern sie nur eine beschränkte Marktwirkung aufweisen.

10.3 Durch die Effizienzanalyse sollen Abreden, die auch im Dienste eines gesamtwirtschaftlich positiven Zwecks stehen, von jenen unterschieden werden, welche hauptsächlich dem Erzielen einer Kartellrente dienen. Zur Rechtfertigung einer Abrede müssen die in Art. 5 Abs. 2 KG statuierten Voraussetzungen kumulativ erfüllt sein, wobei es genügt, wenn ein einzelner der in Art. 5 Abs. 2 Bst. a KG genannten Effizienzgründe vorliegt. Das in dieser Bestimmung erwähnte Erfordernis der Notwendigkeit wird vom Bundesgericht im Sinne der Verhältnismässigkeit ausgelegt (zum Ganzen BGE 147 II 72, *Pfizer*, E. 7.2, 143 II 297, *Gaba*, E. 7.1 und 129 II 18, *Buchpreisbindung I*, E. 10.3, je m.H.; Urteil des

BVGer B-829/2012 vom 25. Juni 2018, *Granella*, E. 9.3.5).

Im Lichte des gesamtwirtschaftlichen Effizienzbegriffs reichen rein individuelle, subjektive, betriebswirtschaftliche Zugewinne an Leistungsfähigkeit (z.B. betriebsinterne Kostenumlagerungen) oder rein pekuniäre Vorteile (z.B. blosse Kartellrenten, eine sog. Marktberuhigung oder die Verhinderung ruinösen Wettbewerbs) der Abredeteilnehmer für eine Rechtfertigung nicht aus (ZIRLICK/BANGERTER, Art. 5 KG N. 258; zum Ganzen auch AMSTUTZ/CARRON/REINERT, Art. 5 KG N. 246 ff.).

10.4 Die Notwendigkeit der Absprache muss in zeitlicher, örtlicher, persönlicher und wirtschaftlicher Hinsicht gegeben sein (BGE 144 II 246, *Altimum*, E. 13.5.1 m.H.). Preisabreden erfüllen das Kriterium der Notwendigkeit in der Regel nicht (BGE 144 II 246, *Altimum*, E. 13.5.1 und 129 II 18, *Buchpreisbindung I*, E. 10.4, je m.H.).

10.4.1 In den Ziff. 348 ff. der Sanktionsverfügung legte die Vorinstanz dar, zur Beurteilung von Rechtfertigungsgründen im Fall einer Preisabrede könne die Bekanntmachung der WEKO betreffend die Voraussetzungen für die kartellrechtliche Zulässigkeit von Abreden über die Verwendung von Kalkulationshilfen als Orientierungshilfe dienen. Insbesondere liessen sich gemäss dieser Bekanntmachung Abreden über den Gebrauch von Kalkulationshilfen aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz in der Regel dann nicht rechtfertigen, wenn sie den Beteiligten Margen, Rabatte, andere Preisbestandteile oder Endpreise vorgäben oder vorschlügen. A fortiori könne eine Abrede wie die vorliegende, welche die Verwendung einer gemeinsamen Konditionenliste für Preisnachlässe und Ablieferungspauschalen zum Gegenstand habe, nur schwerlich gerechtfertigt sein.

Die Erstellung und die Verbreitung einer derartigen Konditionenliste zwischen den Händlern dienten lediglich der Abstimmung eines gemeinsamen Rabattverhaltens und der Ausrichtung der Preispolitik an den Konkurrenten. Es sei deshalb in keiner Weise ersichtlich, dass eine solche Abrede einen Zusammenhang mit einer Senkung von Vertriebskosten, mit Forschung oder Verbreitung von technischem oder beruflichem Wissen oder einer rationellen Nutzung von Ressourcen aufweise. Für die vorliegende Abrede seien daher keine Rechtfertigungsgründe ersichtlich, und die Parteien machten auch keine solchen geltend.

10.4.2 Durch die harmonisierten Rabatte und Ablieferungspauschalen sollte den Händlern auf Kosten der Kunden eine höhere Marge verschafft werden. Die Festlegung maximaler Rabatte und minimaler Ablieferungspauschalen dient zwar den Verkäufern. Sie belastet aber die Käufer, weil zwei Elemente der Preisbildung betragsmässig nach oben gedrückt werden. Ein gesamtwirtschaftlicher Effizienzgewinn ergab sich unter diesen Umständen nicht; er wurde auch nicht (auf substantiierte, nachvollziehbare Weise) geltend gemacht. Mit anderen Worten verfolgte die Abrede aus objektiver Sicht keinen positiven wirtschaftlichen Zweck, welcher letztlich via wirksamen Wettbewerb auch der Marktgegenseite zugutegekommen wäre.

10.5 Ein Rechtfertigungsgrund im Sinne von Art. 5 Abs. 2 und Art. 6 Abs. 1 KG liegt demzufolge nicht vor, weshalb die festgestellte Wettbewerbsabrede als unzulässig qualifiziert werden muss.

11.

Gemäss Art. 49a Abs. 1 KG wird ein Unternehmen, das an einer unzulässigen Abrede nach Art. 5 Abs. 3 KG beteiligt ist, mit einem Betrag von bis zu 10 % des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes belastet. Dieser Betrag bemisst sich nach Dauer und Schwere des unzulässigen Verhaltens, wobei der mutmassliche Gewinn, den das Unternehmen durch die Abrede erzielte, in angemessener Weise berücksichtigt werden muss.

11.1 Eine Sanktionierung nach Art. 49a Abs. 1 KG setzt ein Verschulden im Sinne der Vorwerfbarkeit voraus (BGE 147 II 72, *Pfizer*, E. 8.4.2, 146 II 217, *ADSL II*, E. 8.5.2 und 143 II 297, *Gaba*, E. 9.6.2). Die subjektive Zurechenbarkeit des unter den Tatbestand subsumierten Verhaltens beruht dabei entweder auf einem objektiven Sorgfaltsmangel im Sinne eines Organisationsverschuldens seitens des Unternehmens oder auf zumindest fahrlässigem Handeln der Unternehmensverantwortlichen. Darunter fällt neben pflichtwidrigem Verhalten von Organen auch solches von Mitarbeitern, welche mit der betroffenen Geschäftstätigkeit ordnungsgemäss betraut waren (vgl. Urteile des BVGer B-771/2012 vom 25. Juni 2018, *Cellere*, E. 9.3.1 und B-581/2012 vom 16. September 2016, *Nikon*, E. 8.2, je m.H.; vgl. ROBERT ROTH, in: Vincent Martenet / Christian Bovet / Pierre Tercier (Hrsg.), Droit de la concurrence, Commentaire, 2. A., 2013, Art. 49a -53 KG N. 37 ff.).

Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist bei nachweisbarem wettbewerbswidrigem Verhalten in aller Regel auch die objektive Sorgfaltspflicht verletzt, weil Unternehmen die Normen des KG sowie die entsprechende Praxis kennen müssen (BGE 147 II 72, *Pfizer*, E. 8.4.2, 146 II 217, *ADSL II*, E. 8.5.2 und 143 II 297, *Gaba*, E. 9.6.2).

11.1.1 Unter dem Titel der Vorwerfbarkeit wurde in der Sanktionsverfügung Folgendes ausgeführt (Zitat):

> Vorliegend handeln die Herren [Z._____ AG], [Geschäftsleiter der X._____ AG], [R._____ AG] und [Y._____ AG] für die betroffenen Unternehmen in einer wichtigen Funktion der Geschäftsleitung (Präsident, Direktor oder Geschäftsführer) und waren für die jeweiligen Unternehmen zeichnungsberechtigt. Sodann ist festzuhalten, dass die handelnden natürlichen Personen (formell und materiell) als Organe der jeweiligen Unternehmen zu bestimmen sind. Die oben erwähnten Personen haben als Mitglieder der Geschäftsleitung ihrer Unternehmen wissentlich und willentlich Preisnachlässe und Ablieferungspauschalen zur Abgabe der "Erst-Offerte" für Neufahrzeuge der Marken des VW-Konzerns gemeinsam vereinbart und die Verbreitung der abgestimmten Rabattpolitik durch die regionalen Stammtische des VPVW organisiert und umgesetzt. Der Vorsatz der handelnden natürlichen Personen bezüglich der von ihnen vorgenommenen Handlungen ist daher ohne Weiteres den betroffenen Unternehmen zuzurechnen.

11.1.2 Die Beschwerdeführerin erklärt, weder sie noch ihr Geschäftsleiter habe wissentlich und willentlich die

Konditionenliste über maximale Preisnachlässe und minimale Ablieferungspauschalen zur Abgabe von Erstofferten für Neufahrzeuge der Marken des VW-Konzerns mit den anderen Verfahrensparteien vereinbart.

11.1.3 Zwar trifft es zu, dass die Konditionenliste durch die Beschwerdeführerin nicht vereinbart wurde. Stattdessen stimmte diese jedoch ihr Verhalten darauf ab. Als ihr Direktor bzw. Vizedirektor hatten [...] und [...] im fraglichen Zeitraum (faktische) Organstellung. Aufgrund der Aktenlage und mangels gegenteiliger Hinweise ist entsprechend der oben (E. 11.1) wiedergegebenen Gerichtspraxis davon auszugehen, dass sie sich seitens der Beschwerdeführerin kraft ihrer Organfunktion bzw. in Ausübung der ihnen ordnungsgemäss zugewiesenen geschäftlichen Tätigkeiten durch bewusste Mitwirkung an der beurteilten Preisabrede pflichtwidrig und damit schuldhaft verhielten (vgl. auch Urteil des BVGer B-807/2012 vom 25. Juni 2018, *Erne*, E. 11.2.4 m.H.).

11.2 Gestützt auf Art. 49a Abs. 1 KG ist die Sanktion anhand des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes nach Dauer und Schwere des unzulässigen Verhaltens, unter Berücksichtigung des durch die Abrede erlangten mutmasslichen Gewinns, zu bemessen. Ausführungsbestimmungen dazu finden sich in der KG-Sanktionsverordnung. Gemäss Art. 2 Abs. 2 SVKG gilt bei der Festsetzung der Sanktion das Verhältnismässigkeitsprinzip. Art. 3 SVKG definiert den sog. Basisbetrag der Sanktion als einen Wert von bis zu 10 % des Umsatzes, den das betreffende Unternehmen in den letzten drei Geschäftsjahren auf den relevanten Märkten in der Schweiz erzielte. Dauerte der Wettbewerbsverstoss zwischen einem und fünf Jahren, so wird der Basisbetrag um bis zu 50 % erhöht (Art. 4 Satz 1 SVKG). Art. 5 SVKG statuiert erschwerende, Art. 6 SVKG mildernde Umstände, die zu einer Erhöhung bzw. Verminderung des nach den Art. 3 und 4 SVKG festgesetzten Betrages führen. Art. 7 SVKG bestimmt unter Hinweis auf Art. 49a Abs. 1 KG, die Sanktion betrage in keinem Fall mehr als 10 % des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes des Unternehmens.

11.2.1 Zur Sanktionsberechnung wurde in der angefochtenen Verfügung dargelegt, was folgt (Zitat):

> In casu drängt es sich aus Gründen der Verhältnismässigkeit auf, Pauschalsanktionen festzulegen. Eine solche Sanktionierung mittels einer Pauschalsanktion kann zum einen dann zur Anwendung kommen, wenn ein eher symbolischer Betrag angezeigt ist, weil nur ein sehr unbedeutender Verstoss festgestellt werden konnte, zum anderen in Fällen, in denen ausserordentliche Umstände vorliegen, die eine solche Pauschalsanktion rechtfertigen. Solche ausserordentlichen Umstände können z.B. dann gegeben sein, wenn eine Verfahrenspartei trotz ihres Wettbewerbsverstosses in tatsächlicher Hinsicht keinen Umsatz auf dem relevanten Markt erzielte.
>
> Mit einem solchen Sachverhalt ist die hier vorliegende Konstellation vergleichbar, in der die betreffende Wettbewerbsabrede, trotz ihrer erheblichen Beeinträchtigung des Wettbewerbs, nur kurze Zeit angewendet wurde. Nämlich wurde die vorliegende Wettbewerbsabrede anfangs Februar 2013 getroffen und mit der Durchführung der Stammtische im März 2013 umgesetzt. Das "Projekt Repo 2013" wurde aufgrund der Interventionen der [Selbstanzeigerin] und des Präsidenten des VPVW vom 2. bzw. 3. April 2013 [Dienstag bzw. Mittwoch], also ungefähr eine Woche nach dem letzten Stammtisch, abgebrochen. Die Anwendung der vereinbarten Konditionen hat somit mindestens vom Tag nach dem letzten Stammtisch, am 27. März 2013 [Mittwoch], bis am 3. April 2013 [Mittwoch] gedauert (drei Tage). Der Verkauf eines Neufahrzeugs erfolgt normalerweise nicht an einem einzigen Tag, da die entsprechenden Verhandlungen länger dauern können. Es ist daher im vorliegenden Fall davon auszugehen, dass während drei Tagen nur eine geringe Anzahl von Neufahrzeugen der Marken des VW-Konzerns in Anwendung der vereinbarten Konditionenliste für die Erst-Offerten verkauft wurden.

In Ziff. 55 der Sanktionsverfügung wurde diesbezüglich noch Folgendes ausgeführt (Zitat):

> Das heisst, dass die vereinbarte Konditionenliste nur zwischen dem 28. März und dem 3. April 2013 hat angewendet werden können, wovon die vier Tage zwischen 29. März und 1. April 2013 auf die Ostertage entfielen (also insgesamt drei Tage). Die betreffende Wettbewerbsabrede wurde somit nur kurze Zeit umgesetzt.

Hinsichtlich der Berücksichtigung von Art und Schwere des Verstosses findet sich in der Sanktionsverfügung folgende Passage (Zitat):

> Vorliegend muss bei der Bemessung der Pauschalsanktion berücksichtigt werden, dass es sich hier um eine horizontale Preisabsprache handelt. Zudem muss auch in Betracht gezogen werden, dass die Parteien nicht aus ihrer eigenen Initiative entschieden haben, das unzulässige Verhalten abzubrechen, sondern die Intervention des Präsidenten des VPVW und der [Q._____ AG] IMPORT sowie die Selbstanzeige der Q._____ AG sie dazu veranlasst hat. Jedoch gilt es festzuhalten, dass die Abrede nur für kurze Zeit umgesetzt wurde.

Mit Blick auf erschwerende Umstände hielt die WEKO in ihrer Sanktionsverfügung fest, es lägen keine Anhaltspunkte vor, wonach eines oder mehrere Unternehmen Vergeltungsmassnahmen angeordnet oder durchgeführt hätte(n). Daher rechtfertige sich eine Erhöhung des Sanktionsbetrags aufgrund von Art. 5 Abs. 2 Bst. b SVKG nicht. Ebensowenig erkannte die Vorinstanz auf eine Herabsetzung desselben infolge mildernder Umstände. Einerseits hätten alle Parteien eine aktive Rolle im Projekt "Repo 2013" gespielt. Dies ergebe sich aus der Tatsache, dass sie alle die regionalen Stammtische durchgeführt, die Präsentation gehalten und die vereinbarte Konditionenliste an die Teilnehmer abgegeben hätten. Andererseits habe nur die kurze Dauer des Projekts "Repo 2013" die Umsetzung allfälliger Vergeltungsmassnahmen verunmöglicht.

11.2.2 Die Beschwerdeführerin vertritt den Standpunkt, die Vorinstanz habe den Basisbetrag der Sanktion zu hoch angesetzt, die Dauer des Verstosses falsch be-

rechnet und dessen Schwere in unzulänglicher Weise beurteilt.

Mit Blick auf die mögliche Maximalsanktion legt die Beschwerdeführerin dar, Berechnungszeitpunkt sei nicht die Untersuchungseröffnung oder die Aufgabe des wettbewerbswidrigen Verhaltens, sondern der Entscheid der WEKO. Zu berücksichtigen seien die diesem vorangegangenen Geschäftsjahre. Vorliegend sei die Maximalsanktion anhand der Umsätze, welche die Beschwerdeführerin 2011 bis 2013 erzielt habe, berechnet worden. Richtigerweise aber hätte die Vorinstanz die während den Jahren 2012 bis 2014 erzielten Umsätze in Betracht ziehen müssen. Die Beschwerdeführerin habe 2014 einen Umsatz von Fr. [...] erwirtschaftet. Folglich betrage die Maximalsanktion Fr. [...].

Gemäss den Ausführungen der WEKO liege keine Wettbewerbsbeschränkung vor, die gleichzeitig mehrere Tatbestände von Art. 5 Abs. 3 Bst. a -c KG erfülle. Schon deswegen hätte die Obergrenze des Basisbetrags von 10 % nicht herangezogen werden dürfen. Vielmehr hätte diese höchstens im unteren Bereich der 7-10 % festgelegt werden dürfen, welche bei Abreden gälten, die den Wettbewerb auf einem bestimmten Markt beseitigten. Bei der Festlegung des Prozentsatzes habe die Vorinstanz nicht berücksichtigt, dass die Abrede den Wettbewerb - wenn schon - "nur" erheblich beeinträchtige. Daher hätte der Prozentsatz tiefer, d.h. zwischen vier und sechs Prozent, angesetzt werden müssen. Schliesslich habe die Vorinstanz nicht berücksichtigt, dass die Abrede nur einen geringen Teil des Kaufpreises eines Neuwagens zu beeinflussen vermöge. In Anbetracht dieser Tatsache hätte die Vorinstanz den Prozentsatz noch tiefer, d.h. zwischen 1 und 3 %, ansetzen bzw. ganz auf eine Sanktion verzichten müssen.

Falls überhaupt ein Wettbewerbsverstoss vorläge, könne es sich höchstens um einen besonders leichten Fall handeln, da die Beschwerdeführerin weder die Absicht noch den Willen gehabt habe, die Konditionenliste anzuwenden. Im Gegenteil habe die Beschwerdeführerin ihre eigenen Rabattkonditionen und ihre eigene Preispolitik verfolgt. Zudem habe sie im Rahmen des Projekts "Repo 2013" eine passive Rolle gespielt. Dies sei bei der Beurteilung der Schwere des Wettbewerbsverstosses von der Vorinstanz fälschlicherweise nicht in Betracht gezogen worden. Folglich müsse der Basisbetrag stark reduziert werden.

Fest stehe, dass das angeblich unzulässige Wettbewerbsverhalten gar keine Auswirkungen auf den relevanten Markt gehabt habe bzw. habe haben können; einerseits, weil das Projekt "Repo 2013" von den weiteren Verfahrensparteien nicht umgesetzt worden sei bzw. über die Osterfeiertage nicht habe umgesetzt werden können, andererseits, weil die Verfahrensparteien die Wettbewerbsverhältnisse auf dem relevanten Markt wegen ihres sehr geringen Marktanteils gar nicht hätten beeinflussen können.

Ferner habe die Vorinstanz die Dauer des Verstosses falsch berechnet. Sie verkenne, dass die Konditionenliste gar nie habe aktiv werden können. Sie lege keine Beweise vor, wonach die Verfahrensparteien die Konditionenliste effektiv schon am 28. März 2013 eingesetzt hätten. Es gebe auch keine Beweise dafür, dass zwischen dem 28. März 2013 und dem 3. April 2013 tatsächlich Erstofferten erstellt bzw. Neuwagen verkauft worden seien. Vertragsverhandlungen würden in der Regel mehrere Tage oder sogar Wochen dauern.

Zudem lasse die Vorinstanz ausser Acht, dass am 2. April 2013, dem ersten Werktag nach den Osterfeiertagen, die gesamte Vertriebsorganisation der Konzernmarken der Selbstanzeigerin sowie die Vorstandsmitglieder des VPVW per Brief darüber informiert worden seien, dass das Projekt "Repo 2013" nicht umzusetzen sei bzw. unverzüglich gestoppt werden müsse. Am 3. April 2013 sei dieses Schreiben um 07.58 h sämtlichen Vertriebs- und Geschäftspartnern der Selbstanzeigerin per E-Mail zugestellt worden.

Bezüglich mildernder Umstände argumentiert die Beschwerdeführerin, die von ihr bestrittene Abrede sei, wie die WEKO selber festgestellt habe, vor Eröffnung der Untersuchung beendet worden. Zudem habe sie den wirksamen Wettbewerb nicht beseitigt, denn die gesetzlich statuierte Vermutung könne durch den vorhandenen Aussenwettbewerb widerlegt werden.

Die verfügte Sanktion sei für die Beschwerdeführerin finanziell nicht tragbar. Effektiv habe diese 2012 bis 2014 keinen Gewinn erzielt und werde 2015 einen Millionenverlust machen. Beim Um- und Ausbauprojekt [...] handle es sich nicht um eine Investition der Beschwerdeführerin. Sie werde Mieterin der Räumlichkeiten, nicht Eigentümerin. Neben ihr würden namentlich zwei weitere Unternehmen ihren Hauptsitz in den [...] verlegen. In Anbetracht ihrer Höhe sei die Sanktion weder geeignet noch erforderlich und für die Beschwerdeführerin nicht zumutbar. Mithin habe die Vorinstanz das Prinzip der Verhältnismässigkeit verletzt. Richtigerweise wäre der Basisbetrag deutlich niedriger anzusetzen bzw. von einer Sanktion ganz abzusehen.

11.2.3 Darauf erwidert die Vorinstanz, sie habe entschieden, aus Gründen der Verhältnismässigkeit Pauschalsanktionen festzulegen. Es sei in Betracht gezogen worden, dass die Wettbewerbsabrede, trotz ihrer erheblichen Beeinträchtigung des Wettbewerbs, nur kurze Zeit angewendet worden sei und dass während dieser Zeit nur eine geringe Anzahl von Neufahrzeugen der Marken des VW-Konzerns in Anwendung der vereinbarten Konditionenliste verkauft worden sei.

Bei der konkreten Berechnung der Pauschalsanktion habe sie sich nur insoweit an den Vorgaben der SVKG orientiert, als ein Nachweis relevanter tatsächlicher Umstände überhaupt möglich sei. Sie habe insbesondere darauf geachtet, dass die Pauschalsanktionen die ungefähren Grössenverhältnisse hinsichtlich der jährlichen Umsätze der betroffenen Unternehmen auf den relevanten Märkten widerspiegelten.

Für die Beschwerdeführerin sei zuerst der Basisbetrag gemäss Art. 3 SVKG berechnet worden (10 % des Umsatzes, den sie in den letzten drei Geschäftsjahren nach [recte wohl: vor] Aufgabe des wettbewerbswidrigen Verhaltens auf den relevanten Märkten in der Schweiz erzielt habe). Dieser belaufe sich auf Fr. [...]. Weil der Wettbewerbsverstoss nur kurz gedauert habe, mindestens vom 28. März 2013 bis am 3. April 2013 (drei Tage), sei dieser Betrag durch 365 Tage geteilt und mit

dem Faktor 3 multipliziert worden, was eine Pauschalsanktion von rund Fr. [...] ergebe.

Diese habe symbolischen Charakter und liege unter dem Sanktionsbetrag, der nach der SVKG und aufgrund eines von der Beschwerdeführerin beanspruchten Basisbetrags von 4-6 % sowie unter Berücksichtigung von weiteren geltend gemachten mildernden Umständen errechnet werden könnte. Die Pauschalsanktion der Beschwerdeführerin übersteige den Maximalbetrag nach Art. 49a Abs. 1 KG i.V.m. Art. 7 SVKG nicht, auch wenn dieser gestützt auf die von der Beschwerdeführerin berechneten Umsätze während der Jahre 2012 bis 2014 (was einen Maximalbetrag von Fr. [...] ergäbe) berechnet würde. Hinzu komme, dass der durchschnittliche Umsatz der Beschwerdeführerin der Jahre 2012 bis 2014 lediglich um [...] % (oder ca. Fr. [...]) geringer ausfalle als derjenige der Jahre 2011 bis 2013, was offensichtlich einen unerheblichen Unterschied darstelle.

Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin habe die Vorinstanz bei der Sanktionsbemessung berücksichtigt, dass die Wettbewerbsabrede nur für kurze Zeit umgesetzt worden sei. Sie habe darauf geachtet, dass die berechnete Pauschalsanktion für die Beschwerdeführerin auch finanziell tragbar sei. Somit habe sie den Grundsatz der Verhältnismässigkeit nicht verletzt. Die Beschwerdeführerin belege ihre geltend gemachten finanziellen Schwierigkeiten und die behauptete Untragbarkeit der Sanktion nicht. Zudem seien ihre Behauptungen in Bezug auf das Um- und Ausbauprojekt [...] nicht korrekt. Aus der eigenen Medienmitteilung und den Presseartikeln gehe klar hervor, dass die Beschwerdeführerin [...] Franken in das Projekt investiert habe ("Die Autovertretung [X._____ AG] baut einen neuen Hauptsitz und wird [...] Franken dafür aufwerfen."). Dies zeige, dass sie sich nicht in einem finanziellen Zustand befinde, der sie daran hindern würde, die tief angesetzte Pauschalsanktion zu tragen.

11.2.4 Bei der Sanktionsbemessung handelt es sich um eine Ermessenssache (BGE 147 II 72, *Pfizer*, E. 8.5.2). Den Wettbewerbsbehörden kommt in Bezug auf die konkrete Festlegung der einzelnen Sanktionskomponenten des Basisbetrags, der Dauer sowie der Erhöhungs- und Milderungsgründe ein erheblicher Ermessensspielraum zu (Urteil des BVGer B-831/2011 vom 18. Dezember 2018, *SIX*, E. 1556 m.H.; vgl. TAGMANN/ZIRLICK, Art. 49a N. 41).

11.2.5 Der Maximalbetrag der Sanktion ergibt sich in der Regel aus der Addition der Umsätze der drei Geschäftsjahre vor dem Entscheid der WEKO. Wenn allerdings ein Missverhältnis zwischen Wettbewerbsverstoss und Sanktionsmaximum entstünde, sodass die Kartellrente beim fehlbaren Unternehmen verbliebe und die gesetzliche Sanktionsnorm ihres Sinnes entleert würde, können ausnahmsweise frühere Jahre berücksichtigt werden. Zur Berechnung der auszufällenden Sanktion werden die kumulierten Umsätze der letzten drei Geschäftsjahre vor Aufgabe des wettbewerbswidrigen Verhaltens herangezogen. Dadurch soll insbesondere eine während dieser Zeit erzielte Kartellrente abgeschöpft werden (TAGMANN/ZIRLICK, Art. 49a N. 12a und 48).

11.2.6 In der Tat errechnete die Vorinstanz die Maximalsanktion von Fr. [...] aus den Umsätzen der Beschwerdeführerin während der Geschäftsjahre 2011 bis 2013 (Sanktionsverfügung, Ziff. 372 f.). Stattdessen hätte sie dafür die Umsätze der Geschäftsjahre 2012 bis 2014, also diejenigen, welche unmittelbar vor Erlass der Sanktionsverfügung am 19. Oktober 2015 erzielt wurden, verwenden müssen. So wäre sie auf eine Sanktionsobergrenze von Fr. [...] gekommen. Allerdings lässt sich bereits an dieser Stelle festhalten, dass die verfügte Sanktion von Fr. [...] weit unter der maximal möglichen liegt.

Die Beschwerdeführerin hat einen einzelnen Tatbestand unzulässiger, als besonders schädlich zu wertender (vgl. BGE 143 II 297, Gaba, E. 5.2.4) (Preis-) Abreden erfüllt und den Wettbewerb dabei nicht beseitigt, aber immerhin erheblich beeinträchtigt. Ihr Wettbewerbsverstoss währte wenige Tage und wurde noch vor Untersuchungseröffnung beendet, allerdings erst nach Abmahnung. Sie beteiligte sich zwar nicht von Beginn weg an der Abrede, spielte in der Folge aber doch auch eine aktive Rolle, namentlich im Zusammenhang mit der Präsentation am Stammtisch. Wegen der kurzen Dauer des Verstosses dürfte sie freilich nur einen relativ geringen Umsatz daraus erwirtschaftet haben. Insgesamt kann unter Berücksichtigung dieser Faktoren nicht von einem schweren Fall gesprochen werden, bei welchem die Sanktion anhand des maximal möglichen Basisbetrags bestimmt werden müsste.

Da sich der maximale Basisbetrag vorliegend auf rund Fr. [...] beläuft, macht die verhängte Sanktion von Fr. [...] weniger als 1 % desselben aus. Die WEKO wählte für deren Berechnung einen speziellen Modus, indem sie den maximalen Basisbetrag heranzog, ihn durch 365 teilte und das Resultat mit drei (Tagen) multiplizierte. Hätte sie der Sanktionsbemessung mit Blick auf die geschilderten Aspekte des Falles einen tieferen Basisbetrag zugrundegelegt, so hätte sich keine geringere Sanktion gerechtfertigt. Gegebene, nach den Art. 4 ff. SVKG relevante Aspekte wären nicht etwa doppelt zu berücksichtigen gewesen, einmal zum Festsetzen eines niedrigeren Basisbetrags und darüber hinaus noch als mildernde, diesen Wert weiter reduzierende Umstände.

Zwar bringt die Beschwerdeführerin auch einen Verzicht auf eine Sanktion ins Spiel, weil die Abrede nicht umgesetzt worden sei bzw. das fragliche Wettbewerbsverhalten keine oder nur geringfügige Auswirkungen gehabt habe. Mit der Feststellung einer abgestimmten Verhaltensweise (vgl. oben E. 8.10.4.3 und 8.10.4.5) liegt jedoch eine Umsetzung vor, weshalb der diesbezügliche Einwand der Beschwerdeführerin hinfällig ist. Dementsprechend zeitigte die Abrede tatsächliche Auswirkungen. Dass sie nur kurz praktiziert wurde, berücksichtigte die Vorinstanz bei der Sanktionsbemessung. Im Übrigen unterliegt nach der Rechtsprechung zu Art. 49a KG etwa auch ein Verstoss, aus dem kein Umsatz resultierte, der Sanktionierung (vgl. Urteil des BVGer B-807/2012 vom 25. Juni 2018, *Erne*, E. 11.5.8.1 ff.). Folglich fällt ein Sanktionsverzicht gegenüber der Beschwerdeführerin ausser Betracht.

Was die Verhältnismässigkeit der verfügten Sanktion betrifft, so erscheint diese als geeignet und erforderlich zur Ahndung der abgestimmten Verhaltensweise der Beschwerdeführerin. Das gilt besonders auch wegen

deren nicht bloss passiver Rolle und der Tatsache, dass sie ihr wettbewerbswidriges Handeln erst nach Abmahnung von dritter Seite beendete. Die behauptete Untragbarkeit der verfügten Sanktion schliesslich hat die Beschwerdeführerin nicht substantiiert. Ebensowenig sind Anhaltspunkte dafür ersichtlich, dass ihr die Sanktion finanziell nicht zumutbar wäre.

11.2.7 Mit Blick auf die Argumentation der Beschwerdeführerin ist schliesslich darzulegen, dass sich am Ergebnis, wonach die Sanktionshöhe den Ermessensspielraum der Vorinstanz respektiert, selbst bei einer detaillierteren Berechnung der Sanktion unter Berücksichtigung der einzelnen Tage, an welchen die Abrede umgesetzt werden konnte, nichts ändern würde.

Zu Gunsten der Beschwerdeführerin kann berücksichtigt werden, dass das von ihr erwähnte Abmahnungsschreiben der Selbstanzeigerin vom Dienstag, 2. April 2013, als Anhang zu einem E-Mail mit dem Betreff "VPVW Stammtische - Dringende Mitteilung" bereits an diesem Tag um 19.39 Uhr durch [...] (Leiter Dealer Operations und Vizedirektor der Selbstanzeigerin) an den Geschäftsleiter der Beschwerdeführerin geschickt wurde. Deshalb ist von einem Verzicht der Beschwerdeführerin auf eine Umsetzung der Abrede ab dem 3. April 2013, d.h. einschliesslich desselben, auszugehen.

Andererseits lässt sich nicht nachvollziehen, weshalb die Vorinstanz den Samstag, 30. März 2013, hinsichtlich einer Umsetzung der Abrede ausser Acht liess. Die Sanktionsverfügung enthält dazu keine Erwägungen. Weil es sich bei diesem Samstag aber nicht um einen Feiertag handelte, ist er ebenfalls einzurechnen. Folglich konnte die Wettbewerbsabrede von Donnerstag, 28. März 2013, bis und mit Dienstag, 2. April 2013, praktiziert werden. Beim 29. März 2013 handelte es sich allerdings um einen Karfreitag, beim 1. April 2013 um einen Ostermontag; mithin waren beides Feiertage. Für eine tatsächliche Umsetzung der Abrede kommen daher drei Tage, nämlich der 28. und der 30. März sowie der 2. April 2013, in Frage. Auch die Sanktionsverfügung geht, wie oben (E. 11.2.1) dargelegt, von drei Tagen aus.

Inkonsistent erscheint, dass die Vorinstanz einerseits den Basisbetrag durch 365 teilte, also mit Wochentagen rechnete, andererseits aber beim Bestimmen des Multiplikators 3 für den Zeitraum der Umsetzung der Abrede von effektiven Arbeitstagen ausging. Da das Ergebnis freilich im Rahmen des der WEKO zustehenden Ermessens liegt, braucht nicht weiter auf diesen Punkt eingegangen zu werden.

11.2.8 Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass die angefochtene Sanktion auch ihrer Höhe nach nicht gegen Bundesrecht verstösst.

12.

Die Beschwerdeführerin hat die Aufhebung der angefochtenen Verfügung als Ganzes beantragt. Zu den darin angeordneten Massnahmen (Dispositiv-Ziff. 1) hat sie sich allerdings weder in der Begründung ihrer Beschwerde noch im Schriftenwechsel näher geäussert. Mit Blick auf die beiden Parallelverfahren rechtfertigt sich jedoch auch vorliegend eine Überprüfung der verfügten Massnahmen, zumal die Begründung der Begehren die Beschwerdeinstanz nicht bindet (Art. 62 Abs. 4 VwVG).

12.1 In Ziff. 1 des Dispositivs der Sanktionsverfügung untersagte die WEKO der Beschwerdeführerin gestützt auf Art. 30 Abs. 1 KG Folgendes (Zitat):

1.1 die Vereinbarungen des "Projekt Repo 2013" über die Festsetzung von Preisnachlässen und Ablieferungspauschalen für den Verkauf von Neufahrzeugen der Marken des VW-Konzerns, insbesondere sämtliche gemeinsam vereinbarten Konditionenlisten, anzuwenden und die "Stammtische" im Rahmen der Vereinigung von autorisierten Händlern für Neufahrzeuge der Marken des Volkswagenkonzerns (VPVW) oder ausserhalb dieser, mit dem Ziel gemeinsame Konditionenlisten zu erläutern und deren Einhaltung durch Mitglieder und Nicht-Mitglieder des VPVW sicherzustellen, durchzuführen,

1.2 mit ihren Konkurrenten im Rahmen der VPVW oder ausserhalb der VPVW Informationen über künftige Preisnachlässe und Ablieferungspauschalen für den Verkauf von Neufahrzeugen auszutauschen, und

1.3 mit ihren Konkurrenten im Rahmen der VPVW oder ausserhalb der VPVW zum Zweck der Koordination des Wettbewerbsverhaltens andere preisrelevante Informationen auszutauschen.

12.2 Art. 30 KG geht auf die Totalrevision des Kartellgesetzes aus dem Jahr 1994 zurück und ist seit dem 6. Oktober 1995 in Kraft. Der Gesetzgeber entschied sich für eine offene Formulierung, aus der sich weder ein Hinweis auf den Inhalt noch auf einen numerus clausus möglicher Massnahmen ergibt (siehe auch STEFAN BILGER, Das Verwaltungsverfahren zur Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen, 2002, S. 359 f.; IZUMI/KRIMMER, Art. 30 N. 25). Demnach haben die Behörden bei der Wahl der zu treffenden Massnahme einen weiten Entscheidungsspielraum (vgl. Urteil des BVGer B-3938/2013 vom 30. Oktober 2019, *Dargaud*, E. 19 m.H.; bezüglich Massnahme bestätigt durch Urteil des BGer 2C_43/2020 vom 21. Dezember 2021 E. 12.2). Die im konkreten Fall angeordneten Massnahmen müssen jedoch - wie jedes Vorgehen staatlicher Organe - den Grundsätzen rechtsstaatlichen Handelns entsprechen, d.h. im öffentlichen Interesse liegen und verhältnismässig sein (Art. 5 Abs. 2 BV; zur Verhältnismässigkeit der Massnahmen nach Art. 30 Abs. 1 KG: BEAT ZIRLICK/CHRISTOPH TAGMANN, in: Marc Amstutz / Mani Reinert (Hrsg.): Kartellgesetz, Basler Kommentar, 2. A., 2021, Art. 30 N. 59 ff.; KENJI IZUMI/SIMONE KRIMMER, in: Roger Zäch et al. (Hrsg.): KG, Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, Kommentar, 2018, Art. 30 N. 25; ROMINA CARCAGNI, in: Baker & McKenzie (Hrsg.), Kartellgesetz Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, 2007, Art. 30 N. 12; BILGER, S. 360).

Im Kartellrecht steht als öffentliches Interesse der Schutz des wirksamen Wettbewerbs (Art. 1 KG) im Vordergrund (vgl. MICHAEL TSCHUDIN, in: Roger Zäch et al. (Hrsg.): KG-Kommentar, Zürich / St. Gallen 2018, Art. 50 N. 10). Massnahmen nach Art. 30 KG dienen daher

insbesondere dazu, wirksamen Wettbewerb wiederherzustellen (vgl. Urteil des BVGer B-2157/2006 vom 3. Oktober 2007, *Flughafen Zürich*, E. 3.2 und 4.2.2; vgl. auch Urteil des BVGer B-3975/2013 vom 30. Oktober 2019, Les Editions Flammarion SA gg. Weko, E. 20; insofern bestätigt durch Urteil des BGer 2C_44/2020 vom 3. März 2022 E. 12.7).

12.3 Die Erforderlichkeit von Massnahmen muss klar begründet sein. Weshalb die in Dispositiv-Ziff. 1 ihrer Sanktionsverfügung angeordneten Massnahmen erforderlich sein sollen, hat die WEKO aber nicht begründet. Gemäss Sanktionsverfügung konnte die strittige Abrede nur während kurzer Zeit, zwischen dem 28. März und dem 3. April 2013, angewendet werden. Wie das Bundesverwaltungsgericht festgestellt hat (oben E. 11.2.7) kommen für eine tatsächliche Umsetzung der 28. und der 29. März sowie der 2. April 2013 in Frage. Nach der Beweislage wurde das kartellrechtswidrige Verhalten im Zuge der Selbstanzeige aufgegeben. Es bestehen keine Hinweise dafür, dass die Abrede über den 2. April 2013 hinaus praktiziert worden wäre. Ebensowenig ist eine Wiederholungsgefahr ersichtlich. Demzufolge müssen die verfügten Massnahmen als nicht erforderlich und damit als unverhältnismässig qualifiziert werden. Dispositiv-Ziff. 1 der angefochtenen Verfügung ist daher aufzuheben.

13.

Gestützt auf die vorstehenden Erwägungen ist die Beschwerde teilweise gutzuheissen.

14.

14.1 Die Beschwerdeinstanz auferlegt die Verfahrenskosten in der Regel der unterliegenden Partei. Unterliegt diese nur teilweise, so werden die Verfahrenskosten ermässigt. Ausnahmsweise können sie ihr erlassen werden (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Keine Verfahrenskosten werden Vorinstanzen oder beschwerdeführenden und unterliegenden Bundesbehörden auferlegt (Art. 63 Abs. 2 VwVG).

Da die Beschwerdeführerin hinsichtlich der Sanktion unterliegt, hinsichtlich der Massnahmen aber obsiegt, sind die Verfahrenskosten von Fr. 10'000.- um Fr. 1'000.- auf Fr. 9'000.- zu ermässigen und der Beschwerdeführerin aufzuerlegen. Angesichts des geleisteten Kostenvorschusses von Fr. 10'000.- sind ihr nach Eintritt der Rechtskraft dieses Urteils Fr. 1'000.- zurückzuerstatten.

14.2 Der Beschwerdeführerin ist nach Massgabe ihres Obsiegens eine reduzierte Parteientschädigung für ihr erwachsene notwendige und verhältnismässig hohe Kosten zuzusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG; Art. 7 ff. des Reglements über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht vom 21. Februar 2008, VGKE, SR 173.320.2), welche der Vorinstanz aufzuerlegen ist (Art. 64 Abs. 2 VGKE). Mit Begleitschreiben vom 4. April 2017 reichte die Beschwerdeführerin dem Bundesverwaltungsgericht mehrere Honorarnoten ein. Angemessen erscheint vorliegend eine reduzierte Parteientschädigung in der Höhe von Fr. 1'000.- (inkl. Mehrwertsteuerzuschlag im Sinne von Art. 9 Abs. 1 Bst. c VGKE).

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird teilweise gutgeheissen. Dispositiv-Ziff. 1 der angefochtenen Verfügung wird aufgehoben. Im Übrigen wird die Beschwerde abgewiesen.

2.

Die Kosten des Verfahrens vor Bundesverwaltungsgericht von Fr. 10'000.- werden zu neun Zehnteln, d.h. Fr. 9'000.-, der Beschwerdeführerin auferlegt. Zur Bezahlung wird der geleistete Kostenvorschuss von Fr. 10'000.- anteilsmässig verwendet. Der Restbetrag von Fr. 1'000.- wird der Beschwerdeführerin nach Eintritt der Rechtskraft dieses Urteils zurückerstattet.

3.

Der Beschwerdeführerin wird eine reduzierte Parteientschädigung von Fr. 1'000.- zu Lasten der Vorinstanz zugesprochen.

4.

Dieses Urteil geht an die Beschwerdeführerin, die Vorinstanz und das Eidgenössische Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung WBF.

[Rechtsmittelbelehrung]

B 3	**2. Urteil vom 16. August 2022 in Sachen Y. AG gegen WEKO – Sanktionsverfügung vom 19. Oktober 2015**

Urteil B-7756/2015 des Bundesverwaltungsgerichts, Abteilung II, vom 16. August 2022 in Sachen Y._____ AG, vertreten durch […], Beschwerdeführerin, gegen Wettbewerbskommission WEKO, Vorinstanz. Gegenstand: Sanktionsverfügung vom 19. Oktober 2015 (Untersuchung 22-0439).

Sachverhalt:

A.

Am 3. April 2013 reichte die Q._____ AG (Selbstanzeigerin) beim Sekretariat der Wettbewerbskommission (Sekretariat) eine Selbstanzeige ein, welche sie am 4., 18. und 25. April 2013 durch Protokollaussagen und Beweismittel ergänzte. Diese sog. Bonusmeldung bezog sich auf mutmassliche Wettbewerbsabsprachen zwischen ihr, der Y._____ AG (Beschwerdeführerin) sowie drei weiteren Unternehmen über eine gemeinsame Rabattpolitik, insbesondere betreffend Preisnachlässe und Ablieferungspauschalen für Neufahrzeuge von Marken des Volkswagenkonzerns.

B.

Am 22. Mai 2013 eröffnete das Sekretariat im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums der Wettbewerbskommission (WEKO, Vorinstanz) eine kartellgesetzliche Untersuchung (22-0439: VPVW Stammtische / Projekt Repo 2013) gegen alle oben erwähnten Gesellschaften. Zwischen dem 11. Juni und dem 2. Juli 2013 wurden diese vom Sekretariat vernommen, wobei ihnen jeweils ein Vorschlag für eine einvernehmliche Regelung unterbreitet wurde.

C.

Mit Schreiben vom 8. Oktober 2013 präsentierte das Sekretariat den Verfahrensparteien sein vorläufiges Beweisergebnis und gab ihnen Gelegenheit zur Akteneinsicht. Gleichzeitig schlug es ihnen nochmals eine einvernehmliche Regelung vor. Eine solche kam in der Folge allein zwischen dem Sekretariat und der Selbstanzeigerin zustande. Sie datierte vom 16. April 2014. Ein Vizepräsident der Wettbewerbskommission genehmigte sie mit Verfügung vom 8. August 2014. Kopien davon wurden am 18. August 2014 den übrigen Parteien der Untersuchung zugeschickt. Die Beschwerdeführerin focht diese Verfügung beim Bundesverwaltungsgericht an (Beschwerdeverfahren B-5293/2014).

D.

Durch Verfügung vom 19. Oktober 2015 sanktionierte die WEKO die Beschwerdeführerin und die drei anderen erwähnten Unternehmen wegen Beteiligung an einer unzulässigen Wettbewerbsabrede. Das Dispositiv ihrer Sanktionsverfügung lautet wie folgt (Zitat):

1. X._____ AG, Y._____ AG, Z._____ AG und R._____ AG wird untersagt,

   1.1. die Vereinbarungen des "Projekt Repo 2013" über die Festsetzung von Preisnachlässen und Ablieferungspauschalen für den Verkauf von Neufahrzeugen der Marken des VW-Konzerns, insbesondere sämtliche gemeinsam vereinbarten Konditionenlisten, anzuwenden und die "Stammtische" im Rahmen der Vereinigung von autorisierten Händlern für Neufahrzeuge der Marken des Volkswagenkonzerns (VPVW) oder ausserhalb dieser, mit dem Ziel gemeinsame Konditionenlisten zu erläutern und deren Einhaltung durch Mitglieder und Nicht-Mitglieder des VPVW sicherzustellen, durchzuführen;

   1.2. mit ihren Konkurrenten im Rahmen der VPVW oder ausserhalb der VPVW Informationen über künftige Preisnachlässe und Ablieferungspauschalen für den Verkauf von Neufahrzeugen auszutauschen, und

   1.3. mit ihren Konkurrenten im Rahmen der VPVW oder ausserhalb der VPVW zum Zweck der Koordination des Wettbewerbsverhaltens andere preisrelevante Informationen auszutauschen.

2. Wegen Beteiligung an einer gemäss Art. 5 Abs. 3 i.V.m. Abs. 1 unzulässigen Wettbewerbsabrede mit folgenden Beträgen nach Art. 49 Abs. 1 KG belastet werden:

   - X._____ AGCHF [...].
   - Y._____ AGCHF [...].
   - Z._____ AGCHF [...].
   - R._____ AGCHF [...].

3. Die Verfahrenskosten betragen CHF 253'153.- und werden der X._____ AG, Y._____ AG, Z._____ AG und R._____ AG zu gleichen Teilen, d.h. je CHF 63'288.25, unter solidarischer Haftung auferlegt.

4. [Eröffnung]

5. [Versand]

Nach der Definition der Vorinstanz steht das Kürzel "Repo" für "Preisrepositionierung", die gelegentliche Überprüfung und allfällige Anpassung der Listenpreise von Automobilen durch deren Lieferanten. Als Konditionenlisten werden interne Preistabellen von Fahrzeughändlern bezeichnet. Sie bilden Leitlinien für die Verkaufsmitarbeiter und enthalten die pro Marke sowie Modell geltenden Listenpreise des Herstellers, ergänzt um darauf zu gewährende (Maximal-) Rabatte sowie Ablieferungspauschalen. Unter Preisnachlässen sind Rabatte im Sinne prozentualer Reduktionen des Kaufpreises gegenüber Endabnehmern zu verstehen. Sie werden insbesondere nach Kundengruppen (z.B. Individual-

oder gewerbliche Kunden, Flottenbetreiber usw.), Modellen und, bei Vorführ- oder Gebrauchtwagen, dem Zustand des Fahrzeuges differenziert. Bei Ablieferungspauschalen handelt es sich um Beträge, welche Händler in ihren Offerten für gewisse von ihnen anlässlich des Fahrzeugverkaufs erbrachte Leistungen (etwa die Tankfüllung, die Vignette, das Einlösen und Bereitstellen des Wagens) geltend machen.

Zusammenfassend erwog die WEKO in ihrer Sanktionsverfügung, die Vereinbarung einer gemeinsamen Konditionenliste für maximale Preisnachlässe und minimale Ablieferungspauschalen zur Abgabe der Erstofferte für Neufahrzeuge der Marken des VW-Konzerns zwischen der Beschwerdeführerin, der Selbstanzeigerin und den drei weiteren beteiligten Unternehmen sowie die Durchführung regionaler Stammtische des VPVW zur Verbreitung der abgestimmten Rabattpolitik stellten eine Wettbewerbsabrede über die direkte oder indirekte Festsetzung von Preisen dar. Die gesetzlich statuierte Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs könne durch den vorhandenen Aussenwettbewerb widerlegt werden. Die Abrede beeinträchtige jedoch den Wettbewerb auf allen relevanten Märkten erheblich. Gründe der wirtschaftlichen Effizienz lägen keine vor. Somit handle es sich um eine unzulässige Wettbewerbsabrede (Ziff. 408).

Ziff. 409 der Sanktionsverfügung verweist mit folgenden Worten auf die Genehmigungsverfügung des Vizepräsidenten der WEKO vom 8. August 2014 (Zitat):

> Mit Vorabverfügung vom 8. August 2014 wurde die EVR vom 16. April 2014 zwischen dem Sekretariat und der [Selbstanzeigerin] genehmigt und das Verfahren gegenüber diesem Unternehmen abgeschlossen [...]. Aufgrund ihrer Selbstanzeige wurde der [Selbstanzeigerin] keine Sanktion auferlegt [...].

E.

Mit Eingabe vom 30. November 2015 focht die Beschwerdeführerin die Sanktionsverfügung vom 19. Oktober 2015 beim Bundesverwaltungsgericht an. Sie stellt folgende Rechtsbegehren (Zitat):

1. Die Verfügung vom 19. Oktober 2015 der Vorinstanz sei vollumfänglich und ohne Folgen aufzuheben und das Verfahren einzustellen.
2. Es sei das vorliegende Beschwerdeverfahren zu sistieren bis zum rechtskräftigen Urteil im Beschwerdeverfahren B-5290/2014 [bzw. B-5293/2014 betreffend die Beschwerdeführerin].
3. Es sei die Vorinstanz anzuweisen, von einer Publikation der Verfügung vom 19. Oktober 2015 bis Eintritt ihrer Rechtskraft abzusehen, unter Berücksichtigung der abzudeckenden Geschäftsgeheimnisse.
4. Es seien die Akten der Vorinstanz für das Beschwerdeverfahren beizuziehen.
5. Es sei davon Vermerk zu nehmen, dass die angefochtene Verfügung Geschäftsgeheimnisse enthält und Persönlichkeitsrechte der Beschwerdeführerin verletzt.
6. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge.

Zur Begründung hielt sie namentlich fest, die Vorinstanz habe den Sachverhalt von Anfang an einseitig zugunsten der Selbstanzeigerin ermittelt. Die WEKO habe den Untersuchungsgrundsatz sowie das rechtliche Gehör und - durch unverhältnismässige, verfrühte Kommunikation - die Persönlichkeitsrechte der Beschwerdeführerin verletzt. Eine Abrede im Sinne des Kartellgesetzes habe nicht vorgelegen, und die WEKO habe auch keine nachgewiesen. Weil die Selbstanzeigerin über Preisführerschaft verfüge, sei eine Abrede von vornherein ausgeschlossen. Eine Wettbewerbsbeschränkung sei weder bezweckt noch bewirkt worden; sie wäre unmöglich, denn es gehe um reine Kalkulationshilfen. Selbst wenn eine Abrede unterstellt würde, handelte es sich nicht um eine kartellgesetzlich verpönte Preisabrede, da Kalkulationshilfen für die Erstellung von Erstofferten den Wettbewerb beim Kaufvertragsschluss nicht beeinträchtigten. Angesichts intakten Innen- und Aussenwettbewerbs sei ferner eine Wettbewerbsbeseitigung ausgeschlossen. Irgendwelche Marktwirkungen der bestrittenen Abrede seien nicht ersichtlich. Schliesslich läge auch keine quantitative Erheblichkeit vor. Die unter Dispositiv-Ziff. 1 verfügten, nicht näher spezifizierten Massnahmen seien weder notwendig noch geeignet, um einen Kartellrechtsverstoss zu beseitigen oder auf ein erlaubtes Mass zu reduzieren.

F.

Am 20. Januar 2016 verfügte das Bundesverwaltungsgericht, über das Sistierungsbegehren der Beschwerdeführerin werde zu einem späteren Zeitpunkt entschieden. Auf ihr Rechtsbegehren Ziff. 3 werde nicht eingetreten, denn die Vorinstanz habe eine Verfügung betreffend die Publikation in Aussicht gestellt.

G.

Mangels Zuständigkeit und allgemeiner Entscheidungsgewalt des Vizepräsidenten der WEKO stellte das Bundesverwaltungsgericht im Verfahren B-5293/2014 (vgl. oben Bst. C) die Nichtigkeit der Genehmigungsverfügung vom 8. August 2014 mit Urteil vom 13. April 2016 fest und trat wegen des Fehlens eines Anfechtungsobjekts auf die Beschwerde vom 18. September 2014 nicht ein.

H.

Am 6. Juni 2016 erliess die Wettbewerbskommission eine mit derjenigen ihres Vizepräsidenten vom 8. August 2014 weitgehend identische Verfügung über die Genehmigung der zwischen ihrem Sekretariat und der Selbstanzeigerin vereinbarten einvernehmlichen Regelung vom 16. April 2014. Das Dispositiv der Genehmigungsverfügung der Wettbewerbskommission vom 6. Juni 2016 lautet wie folgt (Zitat):

1. Die nachfolgende von der Q._____ AG mit dem Sekretariat der Wettbewerbskommission vereinbarte einvernehmliche Regelung vom 16. April 2014 wird genehmigt:

   'Die [Q._____ AG] verpflichtet sich:

   1) die Vereinbarungen des 'Projekt Repo 2013' über die Festsetzung von Preisnachlässen und Ablieferungspauschalen für den Verkauf von Neufahrzeugen, insbesondere die gemeinsa-

men Konditionenlisten vom 6. und 24. Februar 2013, nicht anzuwenden und keine 'Stammtische' im Rahmen der Vereinigung von autorisierten Händlern für Neufahrzeuge der Marken des Volkswagenkonzerns (VPVW) oder ausserhalb dieser durchzuführen, mit dem Ziel gemeinsame Konditionenlisten zu erläutern und deren Einhaltung durch Mitglieder und Nicht-Mitglieder des VPVW sicherzustellen;

2) mit ihren Konkurrenten im Rahmen der VPVW oder ausserhalb der VPVW keine Informationen über künftige Preisnachlässe und Ablieferungspauschalen für den Verkauf von Neufahrzeugen auszutauschen; und

3) keine anderen preisrelevanten Informationen mit ihren Konkurrenten im Rahmen der VPVW oder ausserhalb der VPVW zum Zweck der Koordination des Wettbewerbsverhaltens auszutauschen.'

2. Die [Q._____ AG] wird sämtliche Vereinbarungen der einvernehmlichen Regelung vom 16. April 2014 innert 30 Tagen nach Eintritt der Rechtskraft dieser Verfügung vollständig umsetzen.

3. Die Verfahrenskosten von insgesamt CHF 56'500.- werden der Q._____ AG auferlegt.

4. [Eröffnung]

5. [Zustellung].

In den Erwägungen der Verfügung vom 6. Juni 2016 wurde festgehalten, die Selbstanzeigerin erfülle die Bedingungen des vollständigen Sanktionserlasses. So habe sie als erstes Unternehmen eine Selbstanzeige eingereicht, und sie habe diese mit ausführlichen Aussagen und Beweismitteln ergänzt. Die gelieferten Informationen und Beweismittel hätten die Eröffnung einer Untersuchung ermöglicht. Es bestünden keine Hinweise auf eine anstiftende oder führende Rolle der Selbstanzeigerin beim untersuchten Wettbewerbsverstoss. Ausserdem habe diese ihre Beteiligung an der von ihr angezeigten Absprache spätestens zum Zeitpunkt der Selbstanzeige eingestellt.

I.

Mit Zwischenverfügung vom 10. Juni 2016 stellte das Bundesverwaltungsgericht fest, der Sistierungsantrag sei gegenstandslos geworden, nachdem es mit Urteil vom 13. April 2016 im Beschwerdeverfahren B-5293/2014 die Nichtigkeit der dort angefochtenen Verfügung des Vizepräsidenten der WEKO vom 8. August 2014 in der Untersuchung 22-0439 festgestellt habe.

J.

Am 20. Juni 2016 verfügte die Vorinstanz die Publikation ihrer Sanktionsverfügung vom 19. Oktober 2015. Diese Publikationsverfügung focht die Beschwerdeführerin mit Eingabe vom 23. August 2016 beim Bundesverwaltungsgericht an (Verfahren B-5108/2016), welches die Beschwerde am 22. Mai 2018 abwies, wogegen kein Rechtsmittel ergriffen wurde.

K.

Mit Eingabe vom 23. August 2016 focht die Beschwerdeführerin die Verfügung der Wettbewerbskommission vom 6. Juni 2016 über die Genehmigung der einvernehmlichen Regelung zwischen dem Sekretariat und der [Q._____ AG] beim Bundesverwaltungsgericht an (Beschwerdeverfahren B-5107/2016). Dieses fällte am 3. Mai 2018 einen Nichteintretensentscheid mangels Legitimation.

L.

In ihrer Vernehmlassung vom 5. September 2016 beantragte die WEKO im vorliegenden Verfahren B-7756/2015, die Beschwerde sei abzuweisen.

Auf die formellen Rügen der Beschwerdeführerin erwiderte sie, sie habe alle erforderlichen Beweiserhebungen und Untersuchungshandlungen zum Nachweis eines Wettbewerbsverstosses durchgeführt. Sie habe die Beschwerdeführerin auf gesetzeskonforme Weise angehört und ihr auch die Möglichkeit gegeben, der Anhörung der Selbstanzeigerin beizuwohnen und Fragen zu stellen. Eine Vorverurteilung durch die WEKO sei weder in deren Pressemitteilung zur Untersuchungseröffnung noch in Presseartikeln ersichtlich. Ebensowenig bestehe eine Ungleichbehandlung zwischen der Beschwerdeführerin und den übrigen beteiligten Unternehmen; eine Verletzung des Grundsatzes von Treu und Glauben infolge Benachteiligung der Beschwerdeführerin liege nicht vor.

Auf die materiellen Rügen der Beschwerdeführerin entgegnete die Vorinstanz in ihrer Vernehmlassung, die vereinbarte Konditionenliste sowie das Verhalten der Beschwerdeführerin und der anderen Unternehmen könnten weder als Kalkulationshilfen noch als Orientierung an den Konditionen der Selbstanzeigerin qualifiziert werden. Vielmehr seien sie Gegenstand einer gemeinsamen Rabattpolitik zwischen den Beteiligten gewesen. Daher liege eine Abrede im Sinne des Kartellgesetzes über die Festsetzung einheitlicher maximaler Preisnachlässe und minimaler Ablieferungspauschalen vor, welche zu einer erheblichen Beeinträchtigung des Wettbewerbs auf den relevanten Märkten geführt habe. Eine anstiftende bzw. führende Rolle der Selbstanzeigerin beim Wettbewerbsverstoss sei nicht gegeben. Die angeordneten Massnahmen seien gesetzlich vorgesehen, notwendig, gerechtfertigt und in allen Belangen verhältnismässig.

M.

Die Beschwerdeführerin bekräftigte ihre Position im vorliegenden Beschwerdeverfahren mit Replik vom 7. Dezember 2016, die Vorinstanz die ihrige mit Duplik vom 23. Januar 2017.

N.

Die gegen den Nichteintretensentscheid vom 3. Mai 2018 (soeben Bst. K) erhobene Beschwerde wies das Bundesgericht mit Urteil 2C_524/2018 vom 8. Mai 2019 (publiziert als BGE 145 II 259) ab. Es erwog insbesondere, das Verfahren der einvernehmlichen Regelung sei nicht darauf angelegt, gerichtlich zu beurteilen, ob eine bestimmte Verhaltensweise kartellrechtlich zulässig sei oder nicht. Die Beschwerdeführerin werde durch die

einvernehmliche Regelung und deren Genehmigung nicht direkt betroffen, auch nicht durch den damit verbundenen Sanktionserlass zu Gunsten der Beschwerdegegnerin, selbst wenn dieser zu Unrecht erfolgt sein sollte. Soweit das Verhalten, das der Regelung zugrundeliege, in den Erwägungen der Genehmigungsverfügung als unzulässig bezeichnet werde, handle es sich bloss um ein Begründungselement, das als solches nicht angefochten werden könne. Dritten gegenüber entfalte die Genehmigungsverfügung keine Wirkungen, unabhängig davon, ob sie vor oder nach der Sanktionsverfügung erlassen worden sei. Ferner sei der Status der Beschwerdegegnerin nicht verbindlich festgestellt worden.

O.

Mit Verfügung vom 18. Juli 2019 gab das Bundesverwaltungsgericht der Beschwerdeführerin und der WEKO Gelegenheit, sich zu allfälligen Auswirkungen des soeben erwähnten Bundesgerichtsurteils auf das vorliegende Beschwerdeverfahren zu äussern. In ihrer Stellungnahme vom 14. August 2019 erklärte die WEKO, das Urteil des Bundesgerichts habe keine solchen Auswirkungen. Die Beschwerdeführerin legte mit Eingabe vom 30. August 2019 dar, weder die einvernehmliche Regelung noch die Genehmigungsverfügung dürfe in materieller Hinsicht präjudizierende Wirkung für das Beschwerdeverfahren gegen die Sanktionsverfügung vom 19. Oktober 2015 haben.

P.

Auf die entscheidwesentlichen Vorbringen der Verfahrensbeteiligten wird in den nachfolgenden Erwägungen näher eingegangen.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

Ob die Prozessvoraussetzungen erfüllt sind und auf eine Beschwerde einzutreten ist, prüft das Bundesverwaltungsgericht von Amtes wegen und mit freier Kognition (Art. 7 Abs. 1 des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968, VwVG, SR 172.021; BVGE 2007/6 E. 1 m.H.).

1.1 Gemäss Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) beurteilt das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 VwVG. Eine solche liegt mit der angefochtenen Verfügung der WEKO vom 19. Oktober 2015 vor.

1.2 Die zur Beurteilung stehende Sache fällt nicht unter die Ausnahmebestimmungen des Art. 32 VGG, und die WEKO ist eine Vorinstanz im Sinne von Art. 33 Bst. f VGG, gegen deren Verfügungen die Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht zulässig ist.

1.3 Als belastete Adressatin der angefochtenen Verfügung ist die Beschwerdeführerin zur Beschwerde berechtigt (Art. 48 Abs. 1 VwVG).

1.4 Die Beschwerdeschrift wurde fristgemäss eingereicht (Art. 50 Abs. 1 VwVG); sie entspricht den gesetzlichen Anforderungen hinsichtlich Form und Inhalt (Art. 52 Abs. 1 VwVG). Ebenso wurde der Kostenvorschuss (Art. 63 Abs. 4 VwVG) fristgerecht bezahlt. Der Vertreter der Beschwerdeführerin hat sich rechtsgenüglich ausgewiesen (Art. 11 VwVG).

1.5 Nach Art. 49 VwVG kann mit der Beschwerde die Verletzung von Bundesrecht, einschliesslich Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens (Bst. a), die unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts (Bst. b) sowie Unangemessenheit (Bst. c) gerügt werden.

Die Beschwerdeführerin rügt neben der Verletzung von Bundesrecht eine unrichtige und unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts durch die Vorinstanz. Sie macht damit nach Art. 49 VwVG zulässige Beschwerdegründe geltend.

1.6 Auf die Beschwerde ist daher einzutreten.

2.

Gemäss seinem Art. 2 Abs. 1 gilt das Kartellgesetz vom 6. Oktober 1995 (KG, SR 251) in persönlicher Hinsicht für Unternehmen des privaten und des öffentlichen Rechts. Als Unternehmen gelten nach der Legaldefinition von Art. 2 Abs. 1bis KG sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform. Der Unternehmensbegriff des KG basiert damit auf einer funktionalen, ökonomischen Betrachtungsweise (vgl. Botschaft des Bundesrates vom 23. November 1994 zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, BBl 1995 I 468 ff., 533, nachfolgend "Botschaft KG 1995"). Folglich ist die Y._____ AG ein Unternehmen im Sinne des KG.

3.

Art. 3 KG regelt das Verhältnis dieses Gesetzes zu anderen Rechtsvorschriften. Solche bleiben vorbehalten, soweit sie auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen Wettbewerb nicht zulassen, insbesondere Vorschriften, die eine staatliche Markt- oder Preisordnung begründen (Art. 3 Abs. 1 Bst. a KG) oder einzelne Unternehmen zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben mit besonderen Rechten ausstatten (Art. 3 Abs. 1 Bst. b KG). Nicht unter das Gesetz fallen nach Art. 3 Abs. 2 KG Wettbewerbswirkungen, die sich ausschliesslich aus der Gesetzgebung über das geistige Eigentum ergeben, während Einfuhrbeschränkungen, die sich auf Rechte des geistigen Eigentums stützen, dem KG unterliegen. Entsprechende Vorschriften, Wettbewerbswirkungen oder Beschränkungen, welche hier relevant sein könnten, sind keine ersichtlich.

4.

Thema des vorliegenden Verfahrens bildet die Frage, ob sich die Beschwerdeführerin an einer unzulässigen, zu sanktionierenden Wettbewerbsabrede betreffend Rabatte und Ablieferungspauschalen beim Verkauf neuer Fahrzeuge bestimmter Marken beteiligte. Die Beschwerdeführerin hält eine solche Abrede für von vornherein ausgeschlossen, weil die Selbstanzeigerin Preisführerin sei. Notwendigerweise hätten sich die unabhängigen Händler an den Preisen von [Q._____ AG] Retail orientieren müssen. Dementsprechend hätte die [Q._____] nicht als Kronzeugin akzeptiert und vorzeitig aus dem Verfahren entlassen werden dürfen.

Ob die Selbstanzeigerin zu Recht von der Bonusregelung profitierte, ist vorliegend nicht zu beurteilen. Der Beschwerdeführerin fehlt ein dahingehendes schutzwürdiges Interesse (Urteil des BVGer B-5107/2016 vom 3. Mai 2018 E. 2.6, die Beschwerdeführerin betreffend, bestätigt durch Urteil des BGer 2C_524/2018 vom 8. Mai 2019, publiziert als BGE 145 II 259, insbesondere E. 2.5.3), sodass auf ihre entsprechenden Darlegungen nicht weiter einzugehen ist. Geprüft werden muss jedoch, ob die Selbstanzeigerin Preisführerschaft, welche einer Abrede entgegenstehen könnte, innehatte. Diese Thematik wird deshalb im Kontext der Frage, ob eine Abrede nach Art. 4 Abs. 1 KG vorlag, näher analysiert (siehe dazu unten E. 8).

Zunächst aber werden die formellen Rügen der Beschwerdeführerin behandelt.

5.

Zu einem grossen Teil erstreckt sich die Darstellung der Beschwerdeführerin auch auf formelle Rügen. So beanstandet sie Verstösse der Vorinstanz gegen Verfahrensrecht, namentlich Verletzungen der Untersuchungsmaxime, des Gleichbehandlungsgebotes, der Unschuldsvermutung, der Persönlichkeit und des rechtlichen Gehörs. Überdies macht sie Voreingenommenheit sowie eine Vorverurteilung in der Öffentlichkeit geltend.

5.1 Erstens beanstandet die Beschwerdeführerin, die Vorinstanz habe den Sachverhalt nicht im notwendigen Ausmass untersucht.

5.1.1 Als Begründung hält sie fest, die Vorinstanz habe während des 27 Monate dauernden Verfahrens keinerlei Abklärungen zu den tatsächlichen Marktgegebenheiten getätigt. Es seien nicht einmal minimale Untersuchungshandlungen zum Bestehen, geschweige denn zu Wirkungen einer vermeintlichen Wettbewerbsabrede erkennbar. Zum Nachweis einer Marktwirkung habe die WEKO lediglich (falsch berechnete) Marktanteile sowie eine (falsche) Marktabgrenzung herangezogen. In ihrer gesamten Untersuchung habe sie sich im Wesentlichen auf eine Wiederholung der Behauptungen der Selbstanzeigerin, welche nicht weiter substantiiert worden seien, beschränkt. Deutlich hätten dies die vorinstanzlichen Anhörungen gemacht, an denen weder Fragen zur Umsetzung einer möglichen Kartellabsprache noch solche zur Rolle der Selbstanzeigerin oder zur Funktionsweise des Marktes gestellt worden seien.

Insbesondere habe es die Vorinstanz unterlassen, auch für die Beschwerdeführerin günstige Tatsachen zu ermitteln und dies, obschon sich Abklärungen aufgrund verschiedener Hinweise der Beschwerdeführerin, der übrigen Parteien und der Selbstanzeigerin (Preisführerschaft derselben, Prozess der Preisgestaltung von der Erstofferte bis zum Vertrag, Rabattpraxis, Marktwirkungen etc.) aufgedrängt hätten. Die Vorinstanz stütze den Sachverhalt, wie sie selbst eingeräumt habe, mehrheitlich auf die 36 von der Selbstanzeigerin eingereichten Beweismittel. Dass diese verschiedene Unterlagen zu Beweiszwecken beigebracht habe, entbinde die Behörde aber nicht davon, ein Mindestmass an eigenen Beweiserhebungen anzustellen. Die Einvernahmen der Beschwerdeführerin und der anderen Parteien seien nur pro forma erfolgt, die dabei gewonnenen Erkenntnisse jedoch nicht berücksichtigt worden.

Ohne weitere Prüfung und ohne Nachweis erachte es die Vorinstanz als "zweifellos" feststehend, dass sich die Parteien und die Selbstanzeigerin über die Vereinbarung und die Umsetzung von gemeinsamen Preisnachlässen und Ablieferungspauschalen abgesprochen hätten. Die internen Konditionenlisten, die in der Praxis nicht eingesetzt worden seien, hätten aber lediglich den in einer Erstofferte zu verwendenden Rabatt betroffen, was auch die Vorinstanz festgestellt habe (z.B. in Ziff. 151 der angefochtenen Verfügung). Jeder Händler sei immer frei, weitere Zusatzkonditionen zu gewähren, und diese würden stets separat ausgewiesen. Die Vorinstanz verkenne, dass die vermeintliche Abrede in keinem Moment Wirkung entfaltet habe. Zum Nachweis der von ihr behaupteten Auswirkungen der Abrede auf den Markt hätte die WEKO lediglich Verträge, die in der relevanten Periode geschlossen worden seien, vorlegen oder nachfragen müssen. Tatsächlich habe sie aber keine solchen Verträge vorgelegt (also keine Auswirkungen nachgewiesen) oder sie habe gar nicht danach gesucht (also die Untersuchungsmaxime verletzt).

5.1.2 Unter Hinweis auf die angefochtene Verfügung entgegnet die Vorinstanz, die [Q._____ AG] habe ihre Selbstanzeige vom 3. April 2013 mit Eingaben vom 4., 18. und 25. April 2013 ergänzt und Beweismaterial übergeben. Der Inhalt der Selbstanzeige setze sich deshalb aus den Protokollaussagen der Selbstanzeigerin und insgesamt 36 Beweismitteln zusammen. Diese enthielten E-Mail-Korrespondenz über die Vorbereitung, die Umsetzung und den Abbruch des Projekts "Repo 2013" sowie Kopien der vereinbarten Konditionenliste und der Präsentation der VPVW-Stammtische. Aus diesen Dokumenten gehe eindeutig hervor, dass sich die Beschwerdeführerin und die anderen beteiligten Parteien auf eine gemeinsame Rabattpolitik geeinigt, anschliessend eine gemeinsame Konditionenliste für maximale Preisnachlässe und minimale Ablieferungspauschalen zur Abgabe der Erstofferte für Neufahrzeuge der Marken des VW-Konzerns vereinbart und zur Umsetzung des abgestimmten Rabattverhaltens die regionalen Stammtische des VPVW durchgeführt und die Präsentation "Projekt Repo 2013" gehalten hätten.

Im Rahmen der Untersuchung habe die Vorinstanz die Beschwerdeführerin und die anderen Parteien einvernommen. Zudem seien Auskunftsbegehren an beteiligte Dritte und den Präsidenten des VPVW gerichtet worden. Die Aussagen der Parteien und ihre Vorbringen im Rahmen der Einvernahmen, der Stellungnahmen zum Antrag des Sekretariats und während der Anhörungen durch die WEKO sowie sämtliche Antworten zu den Auskunftsbegehren gegenüber Dritten seien in der angefochtenen Verfügung aufgeführt und gewürdigt worden.

Der Sachverhalt sei nicht einfach aufgrund der Aussagen der Selbstanzeigerin, sondern mehrheitlich auf der Grundlage der zahlreichen von ihr im Rahmen der Selbstanzeige eingereichten Beweismittel und der vorerwähnten Ermittlungsmassnahmen erstellt und abgeklärt worden. Die Aussagen der Selbstanzeigerin stellten nicht einfache Behauptungen ihrerseits dar, sondern entsprächen dem Inhalt des von ihr vorgelegten Be-

weismaterials. Die wenigen Passagen, die auf der Protokollaussage der Selbstanzeigerin beruhten, seien immer durch andere Beweismittel gestützt.

Die kurze Dauer der Abrede und die entsprechenden Auswirkungen auf den Markt seien im Rahmen der Sanktionsbemessung berücksichtigt worden. Hingegen hänge die Beurteilung der Beseitigung des Wettbewerbs und der Erheblichkeit einer Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 KG nicht von der Dauer ihrer Umsetzung, sondern von wirtschaftlichen Aspekten (der sachlichen und räumlichen Marktabgrenzung, dem Vorliegen verbleibenden aktuellen und potentiellen Aussen- und Innenwettbewerbs sowie der Gesamtbetrachtung qualitativer und quantitativer Kriterien) ab. Alle diese Faktoren seien in der angefochtenen Verfügung praxisgemäss untersucht und beurteilt worden.

5.1.3 Sowohl im Kartellverwaltungsverfahren als auch im Beschwerdeverfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht ist der Sachverhalt gemäss Art. 12 VwVG i.V.m. Art. 39 KG bzw. Art. 37 VGG von Amtes wegen zu untersuchen (vgl. Urteile des BVGer B-7633/2009 vom 14. September 2015, Swisscom AG u.a. gg. Weko, *ADSL II*, E. 185, bestätigt durch Urteil des BGer 2C_985/2015 vom 9. Dezember 2019, publiziert in BGE 146 II 217, B-506/2010 vom 19. Dezember 2013, Gaba International AG gg. Weko, *Gaba*, E. 5 und B-2977/2007 vom 7. April 2010, Publigroupe u.a. gg. WEKO, *Publigroupe*, E. 3). Dieser Untersuchungsgrundsatz verpflichtet Behörde und Beschwerdeinstanz, den Sachverhalt aus eigener Initiative richtig und vollständig abzuklären, sowohl hinsichtlich unzulässiger Wettbewerbsbeschränkungen als auch rechtfertigender Umstände (vgl. BGE 141 V 281 E. 3.4.2.2, BGE 138 V 218 E. 6, BGE 117 V 282 E. 4a, BVGE 2012/21 E. 5.1 sowie Urteile des BVGer B-829/2012 vom 25. Juni 2018, Granella Holding AG u.a. gg. Weko, *Granella*, E. 6.3, B-8404/2010 vom 23. September 2014, SFS unimarket AG gg. Weko, *SFS*, E. 3.2.4 und B-2050/2007 vom 24. Februar 2010, Swisscom (Schweiz) AG gg. Weko, *Terminierung Mobilfunk*, E. 6.1; PATRICK L. KRAUSKOPF/KATRIN EMMENEGGER, in: Bernhard Waldmann / Philippe Weissenberger (Hrsg.): Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVG), 2. A., 2016, Art. 12 N. 16; ANDRÉ MOSER/MICHAEL BEUSCH/LORENZ KNEUBÜHLER, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, 2. A., 2013, N. 3.119; RENÉ RHINOW/HEINRICH KOLLER/CHRISTINA KISS/DANIELA THURNHERR/DENISE BRÜHL-MOSER, Öffentliches Prozessrecht, 3. A., 2014, N. 991 f., 994 f., 1660 f.; THIERRY TANQUEREL, Manuel de droit administratif, 2011, N. 1559). Hierfür sind alle rechtserheblichen Aspekte zu ermitteln, sämtliche notwendigen Unterlagen zu beschaffen und die erforderlichen Beweise abzunehmen (vgl. ALFRED KÖLZ/ISABELLE HÄNER/MARTIN BERTSCHI, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 2013, N. 456, 1133; KRAUSKOPF/EMMENEGGER, Art. 12°N. 20 f.; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, N. 3.119 f.).

Die Wettbewerbsbehörde hat allen einschlägigen Tatsachen nachzugehen und darf sich nicht auf die Aussagen, Informationen und Beweismittel von Verfahrensbeteiligten beschränken (vgl. Urteile des BVGer B-829/2012 vom 25. Juni 2018, *Granella*, E. 6.3, B-8404/2010 vom 23. September 2014, *SFS*, E. 3.2.4 und B-2050/2007 vom 24. Februar 2010, *Terminierung Mobilfunk*, E. 6.1; vgl. auch BGE 141 V 281 E. 3.4.2.2). Als rechtserheblich gelten alle Tatsachen, welche den Ausgang des Entscheids beeinflussen können (vgl. BGE 117 V 282 E. 4a; Urteil des BVGer B-7633/2009 vom 14. September 2015, ADSL II, E. 185; KRAUSKOPF/EMMENEGGER, Art. 12 N. 28; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, N. 3.120 f.).

Der Untersuchungsgrundsatz gilt allerdings nicht uneingeschränkt. Vielmehr ist das Ausmass der Untersuchung von vornherein auf solche Aspekte beschränkt, die zur Aufklärung des Sachverhalts notwendig sind und deren Abklärung vernünftigerweise erwartet werden kann (vgl. BGE 112 Ib 65 E. 3; Urteil des BVGer B-7633/2009 vom 14. September 2015, ADSL II, E. 186; KRAUSKOPF/EMMENEGGER, Art. 12 N. 28 f.; ähnlich MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, N. 3.144). Grenzen der amtlichen Ermittlung können sich im Einzelfall zudem durch Mitwirkungspflichten der Parteien, die objektive Beweislast, die Tauglichkeit von Beweismitteln und treuwidriges Verhalten einer Partei ergeben (vgl. KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, N. 457 f., 1134 f.; KRAUSKOPF/EMMENEGGER, Art. 12 N. 17; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, N. 1.49, 3.123c; TANQUEREL, N. 1560 f.).

Die Sachverhaltsuntersuchung bezieht sich auf Tatsachen und Erfahrungssätze. Demgegenüber untersteht die Rechtsanwendung, d.h. die Beurteilung rechtlicher Aspekte, nicht dem Untersuchungsgrundsatz (vgl. KRAUSKOPF/EMMENEGGER, Art. 12 N.°17; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, N. 3.119b). Daher bedarf es einer inhaltlichen Abgrenzung zwischen Sach- und Rechtsfragen (vgl. BVGE 2009/35 E. 7.4). Soweit zwischen den Kartellbehörden und den Parteien eines Kartellverwaltungsverfahrens abweichende Rechtsauffassungen bestehen, die einen unterschiedlichen Umfang an sachlicher Abklärung erfordern, ergibt sich demzufolge nicht allein deshalb eine Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes, weil die Kartellbehörden keine Abklärungen über Tatsachen oder Erfahrungssätze vorgenommen haben, auf die eine Partei ihre abweichende Rechtsposition stützt (Urteil des BVGer B-7633/2009 vom 14. September 2015, *ADSL II*, E. 187).

5.1.4 Der die Behörde verpflichtende Untersuchungsgrundsatz (Art. 12 VwVG) und das ihn ergänzende Parteirecht des Gehörsanspruchs (Art. 29 VwVG; vgl. dazu unten E. 5.4.4; vgl. BGE 144 II 194, Bayerische Motoren Werke AG gg. Weko, *BMW*, E. 4.4.2) sollen sicherstellen, dass zur vollständigen Ermittlung des erheblichen Sachverhalts alle notwendigen Beweise erhoben und in zutreffender Weise gewürdigt werden. Zudem soll gewährleistet werden, dass der Entscheid auf alle wesentlichen Elemente abgestützt und entsprechend auf nachvollziehbare Weise begründet wird. Freilich darf sich die Begründung eines Entscheids auf diejenigen Aspekte beschränken, welche die Behörde ohne Willkür als wesentlich betrachtet. Die Behörde muss aber begründen, weshalb sie vorgebrachte Parteistandpunkte für nicht erheblich, unrichtig oder allenfalls unzulässig hält (Urteil des BVGer B-2050/2007 vom 24. Februar 2010, *Terminierung Mobilfunk*, E. 6).

5.1.5 Die Selbstanzeige ("Bonusmeldung gemäss Art. 49a Abs. 2 KG") beinhaltet erstens ein achtseitiges Schreiben der Selbstanzeigerin vom 4. April 2013 im

Sinne einer Protokollaussage gegenüber der Vorinstanz. Unter dem Titel "Art des angezeigten Wettbewerbsverstosses" werden darin namentlich die "Vereinbarung einer Konditionenliste", eine "Besprechung zu Konditionenempfehlungen für Flottengeschäfte", die "Erstellung einer Präsentation für regionale Stammtische des VPVW" und die "Durchführung regionaler Stammtische des VPVW" geschildert. Als Beilagen waren diesem Schreiben Konditionenlisten bzw. -empfehlungen, eine "Präsentation VPVW Stammtisch Region [...]" sowie E-Mails und andere Schreiben angefügt (insgesamt 11 Beilagen). Zweitens wurde die Selbstanzeige durch eine vom 18. April 2013 datierende Protokollaussage der Selbstanzeigerin ergänzt. Sie enthält 18 weitere Beilagen, überwiegend E-Mail-Korrespondenz zwischen Führungskräften der beteiligten Unternehmen betreffend Konditionenlisten für den Neuwagenverkauf sowie Präsentationen für Verbandsanlässe des VPVW. Drittens umfasst die Selbstanzeige eine ergänzende Protokollaussage der Selbstanzeigerin vom 25. April 2013, welche zusätzliche Beilagen beinhaltet, insbesondere wiederum E-Mail-Korrespondenz zwischen leitenden Vertretern der beteiligten Unternehmen sowie eine Präsentation mit Konditionenlisten und Offertbeispielen. Viertens wurde die Selbstanzeige durch eine mündliche Aussage des vormaligen Managing Directors der [Q._____ AG] vom 11. Juni 2013 gegenüber dem Sekretariat der WEKO ergänzt.

Vernehmlassungsweise erklärte die Vorinstanz, der Inhalt der Selbstanzeige setze sich aus den Protokollaussagen der Selbstanzeigerin und insgesamt 36 Beweismitteln zusammen. Freilich erlauben einige dieser Aktenstücke keine Rückschlüsse auf (möglicherweise gesetzwidriges) Verhalten von Rechtssubjekten (z.B. die Unterlagen zur Verbandsorganisation des VPVW, dessen Umfragen oder die "Übersicht Partnernetze [Q._____ AG] Import", act. 23). Manche sind weitestgehend identisch (act. 31, 33, 34 und 36) oder beinhalten eigene Beurteilungen der Selbstanzeigerin (act. 30, 31, 32 und 34). So handelt es sich etwa bei mehreren der mit der Selbstanzeige eingereichten Unterlagen um Schreiben, welche die Selbstanzeigerin erstellt hatte und welche teilweise deren eigene rechtliche Würdigung der Geschehnisse enthalten. Andererseits besteht die Selbstanzeige dennoch nicht nur aus Äusserungen der Selbstanzeigerin und von dieser verfassten Dokumenten, sondern beispielsweise auch aus E-Mail-Korrespondenz mit oder zwischen Dritten. Überdies ergänzte die Vorinstanz die Selbstanzeige durch eigene Untersuchungshandlungen, insbesondere Einvernahmen und Befragungen. So vernahm das Sekretariat den Geschäftsleiter der Beschwerdeführerin am 20. Juni und am 2. Juli 2013. Die Wettbewerbskommission hörte die Beschwerdeführerin am 7. September 2015 an. Ferner richtete das Sekretariat Auskunftsbegehren an beteiligte Dritte sowie den Präsidenten des VPVW.

Schwergewichtig beruht die Beweisführung hinsichtlich einer verpönten Abrede daher auf dem mit der Selbstanzeige bei der Vorinstanz eingegangenen E-Mail-Verkehr. Selber reichte die Beschwerdeführerin allerdings keine ergänzenden E-Mails ein, welche die rechtliche Würdigung des inkriminierten Verhaltens zu ihren Gunsten beeinflussen könnten.

5.1.6 Die Vorbringen der Beschwerdeführerin betreffend Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes haben einen engen Konnex zum Inhalt der angefochtenen Verfügung. Hinweise auf eine formelle Rechtsverletzung der Vorinstanz im Kontext des Untersuchungsgrundsatzes bestehen keine, zumal die WEKO nicht nur ihre Pflicht zur Feststellung des Sachverhalts von Amtes wegen, sondern auch ihre Beweisführungslast und das zu erfüllende Beweismass anerkannt hat. Ihr kann auch nicht vorgeworfen werden, eine unzulässige Beweislastumkehr zum Nachteil der Beschwerdeführerin praktiziert zu haben (vgl. Urteil des BVGer B-807/2012 vom 25. Juni 2018, Erne Holding AG u.a. gg. Weko, *Erne*, E. 6.3).

Wegen ihres engen Bezugs zum Inhalt der Sanktionsverfügung werden die entsprechenden Vorbringen der Beschwerdeführerin deshalb bei der materiellen Prüfung näher gewürdigt (vgl. Urteile des BVGer B-829/2012 vom 25. Juni 2018, *Granella*, E. 6.3 m.H. und B-807/2012 vom 25. Juni 2018, *Erne*, E. 6.3), d.h. nicht in einem separaten Abschnitt unter dem Gesichtspunkt eines formellen Rechtsfehlers (vgl. in diesem Sinne bereits die Urteile des BVGer B-2050/2007 vom 24. Februar 2010, *Terminierung Mobilfunk*, E. 1.1.2, B-8404/2010 vom 23. September 2014, *SFS*, E. 3.2.5, sowie B-581/2012 vom 16. September 2016, Nikon AG gg. Weko, *Nikon*, E. 5.5).

5.2 Zweitens beanstandet die Beschwerdeführerin eine Verletzung des verfassungsmässigen Anspruchs auf gleiche und gerechte Behandlung in Verfahren vor Verwaltungsinstanzen sowie einen Verstoss gegen Treu und Glauben.

5.2.1 Sie argumentiert, die Vorinstanz habe die einvernehmliche Regelung allein aufgrund der Angaben der Selbstanzeigerin entworfen, bevor die anderen Parteien überhaupt angehört worden seien. Das Sekretariat sei nie in echte Verhandlungen mit diesen eingetreten, sondern habe ihnen die einvernehmliche Regelung im Sinne von "take it or leave it" vorgelegt, ohne ihre Aussagen zu berücksichtigen. Dadurch seien die übrigen Parteien ganz erheblich schlechter behandelt worden als die Selbstanzeigerin. Nur so sei auch erklärbar, dass Letztere ohne Not vorzeitig aus dem Verfahren entlassen worden sei, indem vorab in einer Teilverfügung über ihre "rechtliche und tatsächliche" Situation entschieden worden sei.

Vom Zeitpunkt des ersten Entwurfs einer einvernehmlichen Regelung an sei folglich keine unvoreingenommene, unparteiische, gleiche und gerechte Verfahrensführung mehr möglich gewesen. Von einer ergebnisoffenen und fairen Untersuchung könne daher nicht die Rede sein. Eine solche Verfahrensführung widerspreche überdies dem Grundsatz von Treu und Glauben, hätte die Vorinstanz doch auch die für die Parteien günstigen Faktoren berücksichtigen müssen, was sie offensichtlich unterlassen habe.

In der angefochtenen Verfügung habe die Vorinstanz ausgeführt, die Parteien hätten den Abschluss einer einvernehmlichen Regelung in der im Schreiben des Sekretariats vom 8. Oktober 2013 dargelegten Form abgelehnt, ohne einen eigenen konkreten Vorschlag zu präsentieren, während alle Parteien ihre Bereitschaft erklärt hätten, mit dem Sekretariat zu kooperieren. Das

Sekretariat habe den Parteien jedoch eine im Wesentlichen unveränderte Fassung der ursprünglichen und noch vor den Parteieinvernahmen erstellten einvernehmlichen Regelung erneut vorgelegt. Über die Auswertung der Selbstanzeige und die Einvernahmen der Parteien hinaus habe es keine erkennbaren eigenen Untersuchungshandlungen vorgenommen, insbesondere nicht bezüglich der Parteivorbringen und der entlastenden Hinweise der Selbstanzeigerin. Es hätte an der Vorinstanz gelegen, die Regelung im Einvernehmen mit den Parteien auszugestalten. Stattdessen habe das Sekretariat den Parteien später erneut eine unveränderte Fassung der ursprünglichen einvernehmlichen Regelung vorgelegt und sie dadurch unter Druck gesetzt, diese zu unterzeichnen.

Unter dem Gesichtspunkt der Verfahrensfairness missbilligt die Beschwerdeführerin ferner die in der Gratiszeitung "20 Minuten" vom 23. Mai 2013 zitierte Äusserung des stellvertretenden Direktors des Sekretariats, man rechne bei der WEKO damit, dass die Untersuchung vergleichsweise rasch durchgeführt werden könne und die Verfahrensdauer kürzer als die sonst üblichen 12 bis 18 Monate sein werde. Die Beschwerdeführerin meint dazu, offensichtlich habe die Vorinstanz bereits zu diesem Zeitpunkt einen klar bestimmten Verfahrensausgang vor Augen gehabt, was auch das Erstellen einer einvernehmlichen Regelung vor den Parteieinvernahmen erkläre. Die Vorinstanz würde kaum eine Untersuchung eröffnen und gleich im Anschluss die Öffentlichkeit informieren, man gehe von einem kurzen Verfahren aus, wenn sie damit gerechnet hätte, dass kein Kartellrechtsverstoss festzustellen sei. Diese Mitteilung habe es faktisch verunmöglicht, von dem ins Auge gefassten Ziel abzuweichen. Durch überstürzte Information habe sich die Vorinstanz selber gezwungen, nur belastende Elemente zu suchen und so quasi die Erwartung der Öffentlichkeit auch zu erfüllen.

Schliesslich macht die Beschwerdeführerin geltend, die Genehmigungsverfügung habe faktisch eine präjudizielle Wirkung auf die Sanktionsverfügung gehabt. Durch die vorzeitige Entlassung der Selbstanzeigerin aus dem Verfahren habe die Vorinstanz in selbstverschuldeter Weise einen Sachverhalt geschaffen, der falsch und unvollständig gewesen sei. Eine Ergänzung oder Änderung desselben im Anschluss an die Genehmigungsverfügung sei für die Vorinstanz faktisch unmöglich geworden.

5.2.2 Hierauf erwidert die Vorinstanz, das Sekretariat habe von Anfang an allen Parteien die Möglichkeit gegeben, inhaltlich identische einvernehmliche Regelungen abzuschliessen. Die Vorschläge des Sekretariats hätten nicht einfach auf den Aussagen der Selbstanzeigerin, sondern auf der eindeutigen Beweislage mit über 30 Beweismitteln, welche die Vereinbarung einer Konditionenliste und die Durchführung von Stammtischen klar nachwiesen, basiert. Das Sekretariat habe der Beschwerdeführerin sowie den anderen beteiligten Unternehmen innerhalb von acht Monaten insgesamt dreimal den Abschluss einer einvernehmlichen Regelung vorgeschlagen. Nur die Selbstanzeigerin habe jedoch Interesse an einer solchen Regelung bekundet. Die Beschwerdeführerin sowie die übrigen Untersuchungsadressatinnen hätten alle Vorschläge des Sekretariats abgelehnt, ohne ihrerseits einen konkreten Gegenvorschlag einzureichen oder ihre Bereitschaft zu entsprechenden Verhandlungen zu bekunden. Demzufolge sei die Aussage der Beschwerdeführerin, das Sekretariat sei nie in echte Verhandlungen mit den Parteien eingetreten, bösgläubig. Eine Ungleichbehandlung der Beschwerdeführerin bestehe somit nicht.

Zur Rüge, gegen Treu und Glauben verstossen zu haben, erklärt die Vorinstanz, es bestehe keine Vertrauensgrundlage, da weder das Sekretariat noch die WEKO unrichtige Zusicherungen, Auskünfte, Mitteilungen oder Empfehlungen erteilt habe, aufgrund derer die Beschwerdeführerin Dispositionen getroffen habe, die nicht ohne Nachteil rückgängig gemacht werden könnten. Wie in der angefochtenen Verfügung und in der Vernehmlassung dargelegt, sei die von der Beschwerdeführerin geltend gemachte "bereitwillige Kooperationsbereitschaft" wegen ihres Verhaltens während der Untersuchung fraglich.

5.2.3 Gemäss Art. 29 Abs. 1 BV hat jede Person in Verfahren vor Gerichts- und Verwaltungsinstanzen Anspruch auf gleiche und gerechte Behandlung. Grundrechtlich verbrieft wird damit das allgemeine Gebot eines fairen Verfahrens. Als "gleiche Behandlung" statuiert Art. 29 Abs. 1 BV insbesondere das Recht auf Waffengleichheit, welches bereits dann als verletzt gilt, wenn eine Partei bevorteilt wird; die Gegenpartei muss dadurch nicht unbedingt einen Nachteil erleiden (vgl. BERNHARD WALDMANN, BSK BV, 2015, Art. 29 N. 8 ff.; BGE 139 I 121, R. gg. Basler Versicherung AG, E. 4.2.1 m.H.).

5.2.4 Am 3. Juli 2014 ersuchte das Sekretariat die WEKO mit Blick auf deren Plenarsitzung vom 14. Juli 2014 schriftlich, ein Mitglied ihres Präsidiums gestützt auf Art. 19 Abs. 1 KG zu ermächtigen, gemäss Art. 30 Abs. 1 KG über den Sekretariatsantrag gegen die Selbstanzeigerin zu entscheiden (act. 271). Zur Begründung führte das Sekretariat Folgendes aus (Zitat):

> Neben der Beschleunigung des Verfahrens dient dieses Vorgehen im vorliegenden Fall der Rechtssicherheit, indem eine Vorabverfügung der [Selbstanzeigerin] erlaubt, ohne weitere zusätzliche Kosten aus dem Verfahren auszuscheiden und so innert kürzester Frist ihre Rechtslage zu klären sowie negative Reputationseffekte abzuwenden oder zu begrenzen. Diesem Vorgehen könnte darüber hinaus auch insofern eine besondere Bedeutung zukommen, als es für fehlbare Unternehmen den Anreiz erhöhen kann, eine Selbstanzeige einzureichen und mittels einer einvernehmlichen Regelung einen raschen Verfahrensabschluss herbeizuführen.

In ihrer Plenarsitzung vom 14. Juli 2014 hiess die WEKO dieses Ansinnen gut und delegierte den Entscheid über die Genehmigung der einvernehmlichen Regelung des Sekretariats mit der Selbstanzeigerin an ein Mitglied ihres Präsidiums. Aus der zitierten Begründung des Sekretariatsantrags vom 3. Juli 2014 lässt sich herauslesen, dass das Sekretariat eine Weiterführung der Untersuchung mit negativen Reputationseffekten verbindet und eine Vorabverfügung als Anreiz sieht, um solche Effekte abzuwenden oder zu begrenzen.

Da das Sekretariat nach seiner oben zitierten Begründung Rechtssicherheit anstrebte, kann der Eindruck entstehen, es wäre nach Abschluss der einvernehmlichen Regelung mit der Selbstanzeigerin ausserstande gewesen, eine abweichende juristische Beurteilung gegenüber den anderen Parteien vorzunehmen, zumal es um ein- und dieselbe mutmassliche Abrede ging. Mit anderen Worten kann sich die Frage aufdrängen, ob es nicht seinem Konzept der frühzeitigen, separaten Verfahrenserledigung gegenüber der Selbstanzeigerin zuwidergelaufen wäre, wenn es in der fortgesetzten Untersuchung beispielsweise hätte feststellen müssen, dass sie eine führende oder anstiftende Rolle innegehabt habe. Dann nämlich hätte sich etwa die Befreiung der Selbstanzeigerin von einer Sanktion nachträglich eventuell als unrechtmässig erweisen können (vgl. dazu unten E. 8.4.3 f.).

Dem lässt sich allerdings entgegenhalten, dass sich die Äusserung des Sekretariats betreffend Rechtssicherheit ausschliesslich auf das Verhältnis zur Selbstanzeigerin bezog, mit welcher als einziger Verfahrenspartei eine einvernehmliche Regelung abgeschlossen wurde. Dadurch entstand aber keine Bindungswirkung der Wettbewerbsbehörden hinsichtlich der Entscheidung gegenüber den anderen Verfahrensbeteiligten (vgl. Urteile des BGer 2C_524/2018 vom 8. Mai 2019, publiziert als BGE 145 II 259, E. 2.5.3 und des BVGer B-5107/2016 vom 3. Mai 2018 E. 2.6). Ausserdem blieb es der Wettbewerbskommission als Entscheidungsinstanz unbenommen, das Sekretariat mit ergänzenden Untersuchungsmassnahmen zu beauftragen oder eine Anhörung der Beschwerdeführerin abzuhalten (Art. 30 Abs. 2 Satz 2 KG), wovon sie Letzteres denn auch tat.

Einvernehmliche Regelungen bot das Sekretariat allen Untersuchungsadressatinnen an. Am 17. Juni 2013 vernahm das Sekretariat den Geschäftsleiter der Beschwerdeführerin, wobei dieser ein Vorschlag für eine einvernehmliche Regelung unterbreitet wurde. Mit Schreiben vom 2. Juli 2013 erklärte die Beschwerdeführerin gegenüber dem Sekretariat, sie sei unter Umständen gerne bereit, eine einvernehmliche Regelung zu prüfen. Für die Beurteilung und den Abschluss einer solchen bestehe jedoch sicherlich bis zur Gewährung uneingeschränkter Akteneinsicht keine Grundlage. Mit Schreiben vom 8. Oktober 2013 präsentierte das Sekretariat den Verfahrensparteien sein vorläufiges Beweisergebnis und gab ihnen Gelegenheit zur Akteneinsicht. Gleichzeitig schlug es ihnen nochmals eine einvernehmliche Regelung vor. Diese lehnte die Beschwerdeführerin in ihrer Stellungnahme vom 11. Dezember 2013 gegenüber dem Sekretariat ab. Sie erklärte dabei jedoch, sie sei gerne bereit, eine den tatsächlichen Gegebenheiten angepasste einvernehmliche Regelung zu einem späteren Zeitpunkt zu prüfen. Mit Brief an die Vorinstanz vom 17. Januar 2014 in einem Parallelverfahren hielt der Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin sodann fest, seine Mandantin (jenes Verfahrens) prüfe die Möglichkeit einer akzeptablen einvernehmlichen Regelung. Zu diesem Zweck werde sie sich mit den anderen Verfahrensparteien austauschen, um das weitere Vorgehen abzuklären. Gerne halte sie das Sekretariat über diese Entwicklung informiert. Mit Schreiben vom 11. Februar 2014 setzte das Sekretariat der Beschwerdeführerin Frist bis 3. März 2014 für eine endgültige Stellungnahme zum Abschluss einer einvernehmlichen Regelung.

In seiner Stellungnahme vom 17. März 2014 hielt der Geschäftsleiter der Beschwerdeführerin unter Hinweis auf ein Schreiben seines Rechtsvertreters vom 28. Februar 2014 an das Sekretariat fest, dieser habe den Stand der Gespräche zwischen den Verfahrensbeteiligten zutreffend wiedergegeben. Die Beschwerdeführerin sichere der Wettbewerbskommission auch weiterhin ihre Kooperation zu. Sie habe es lediglich abgelehnt, eine einvernehmliche Regelung abzuschliessen, wie sie das Sekretariat bereits vor der ersten Einvernahme erstellt und dann mit Brief vom 8. Oktober 2013 unverändert ein zweites Mal vorgeschlagen habe. Im erwähnten Schreiben vom 28. Februar 2014 hatte der Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin hinsichtlich des weiteren Gangs des Verfahrens erklärt, es liege an der Wettbewerbsbehörde, dieses nach Massgabe der einschlägigen Vorschriften fortzusetzen. Nichtsdestotrotz werde die Beschwerdeführerin das Sekretariat über allfällige parallel verlaufende Bemühungen ihrerseits um eine einvernehmliche Regelung informieren. Laut einer Telefonnotiz des Sekretariates vom 9. September 2014 über ein Gespräch mit dem Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin erwartete die Wettbewerbsbehörde bis spätestens 20. September 2014 eine Rückmeldung seitens der Beschwerdeführerin bezüglich des Abschlusses einer einvernehmlichen Regelung. Eine solche kam jedoch nicht zustande, nachdem die geforderte Rückmeldung ausgeblieben war. Einzig die Selbstanzeigerin schloss eine einvernehmliche Regelung mit dem Sekretariat ab.

Folglich hätte auch die Beschwerdeführerin die Möglichkeit gehabt, mit dem Sekretariat eine einvernehmliche Regelung zu treffen (Urteil des BVGer B-5113/2016 vom 3. Mai 2018 E. 2.6). Dabei hätte sie vom Sekretariatsentwurf abweichende Klauseln vorschlagen können. Immerhin räumte ihr das Sekretariat rund ein Jahr Bedenkzeit ein. Insofern wirkt es nicht überzeugend, wenn die Beschwerdeführerin erklärt, das Sekretariat habe sie unter Druck gesetzt, eine unveränderte Fassung seiner ursprünglichen einvernehmlichen Regelung zu unterzeichnen.

Kommt eine einvernehmliche Regelung innert nützlicher Frist nicht zustande, so unterbreitet das Sekretariat der WEKO einen Antrag, und diese entscheidet mittels Verfügung (Botschaft KG 1995, BBl 1995 I 604). Im Übrigen besteht kein Anspruch auf eine einvernehmliche Regelung (Urteil des BGer 2A.430/2006 vom 6. Februar 2007, Schweizerischer Buchhändler- und Verlegerverband sowie Börsenverein des dt. Buchhandels e.V. gg. Weko, Buchpreisbindung II, E. 6.2). Das Sekretariat trifft keine Pflicht, eine einvernehmliche Regelung vorzuschlagen; ebensowenig ist ein Unternehmen verpflichtet, eine solche einzugehen (Urteil des BGer 2C_524/2018 vom 8. Mai 2019, publiziert als BGE 145 II 259, E. 2.5.1 f.).

Inhaltlich kann sich eine einvernehmliche Regelung nicht auf die Rechtslage, d.h. auf die Frage der Zulässigkeit einer Wettbewerbsbeschränkung, erstrecken; ebensowenig kann sie sich auf den Sachverhalt beziehen, denn beides ist nicht verhandelbar (vgl. zum Ganzen BGE 139 I 72, Publigroupe, nicht veröffentlichte E. 6.2, 7.4 und 7.5, publiziert im Urteil des BGer 2C_484/2010 vom

29. Juni 2012; Urteile des BGer 2A.430/2006 vom 6. Februar 2007, Buchpreisbindung II, E. 6 und 2A.415/2003 vom 19. Dezember 2003, Eidgenössisches Volkswirtschaftsdepartement gg. Sellita Watch Co SA, Weko u.a., E. 3.4.2 ff.; Urteile des BVGer B-5113/2016 vom 3. Mai 2018 E. 2.3, B-5290/2014 vom 13. April 2016 E. 5.7 und B-1324/2010 vom 2. Juli 2010, Jelmoli Bonus Card AG gg. Weko, E. 5.1.1 f., je m.H.).

Dementsprechend erwuchs der Beschwerdeführerin kein relevanter Nachteil aus der Vorgehensweise des Sekretariats hinsichtlich des Abschlusses einvernehmlicher Regelungen, sodass insbesondere auch nicht von einer Ungleichbehandlung gesprochen werden kann. Ein Verstoss gegen die Prinzipien der Verfahrensfairness seitens der Vorinstanz im Sinne der Rüge der Beschwerdeführerin lässt sich vor diesem Hintergrund nicht feststellen.

5.2.5 Hinsichtlich der Rüge einer überstürzten Information der Öffentlichkeit durch das Sekretariat ist ergänzend auf die nachfolgende E. 5.3 zu verweisen.

5.2.6 Inwiefern die Verfahrensführung Teilgehalte des Grundsatzes von Treu und Glauben, welche über die in anderen Erwägungen abgehandelten Aspekte hinausgehen, tangiert, hat die Beschwerdeführerin nicht näher dargelegt. Beim verfassungsmässigen Grundsatz von Treu und Glauben handelt es sich um eine Generalklausel, die dort greift, wo loyales und vertrauenswürdiges Verhalten zur Debatte steht und keine spezifischen Vorgaben existieren (vgl. ASTRID EPINEY, BSK BV, 2015, Art. 5 N. 75). Auf die Rüge, die Verfahrensführung widerspreche auch dem Grundsatz von Treu und Glauben (Art. 5 Abs. 3 sowie Art. 9 BV), braucht demnach nicht eingegangen zu werden.

Was schliesslich die im Schriftenwechsel eingebrachten Bemerkungen der WEKO zum Vertrauensprinzip angeht, so dürfte ein Missverständnis vorliegen. Die Rüge der Beschwerdeführerin, der Grundsatz von Treu und Glauben sei verletzt worden, erstreckt sich allem Anschein nach nicht auf das Vertrauensprinzip, welches unter anderem eine spezifische Vertrauensgrundlage und darauf gestützte Dispositionen voraussetzen würde (vgl. Urteil des BVGer B-7633/2009 vom 14. September 2015, *ADSL II*, E. 216 ff.).

5.2.7 Hinsichtlich des Standpunkts der Beschwerdeführerin, die Verfügung über die Genehmigung der einvernehmlichen Regelung habe faktisch eine präjudizielle Wirkung auf die Sanktionsverfügung gehabt, und durch die vorzeitige Entlassung der Selbstanzeigerin aus dem Verfahren habe die Vorinstanz einen falschen, unvollständigen Sachverhalt geschaffen, kann auf das Urteil des Bundesgerichts 2C_524/2018 vom 8. Mai 2019 (publiziert als BGE 145 II 259; die gleiche Beschwerdeführerin wie im vorliegenden Verfahren B-7756/2015 betreffend) verwiesen werden. In E. 2.5.3 desselben erwog das Bundesgericht, die Beschwerdeführerin werde durch die einvernehmliche Regelung und deren Genehmigung nicht direkt betroffen, auch nicht durch den damit verbundenen Sanktionserlass zu Gunsten der Beschwerdegegnerin (Selbstanzeigerin). Direkt betroffen sei die Beschwerdeführerin, soweit sie selber sanktioniert worden sei. Gegen diese Sanktionsverfügung könne sie sich aber rechtsmittelweise zur Wehr setzen, was sie auch getan habe. Weder in jenem Verfahren, in welchem Sachverhalt und Rechtsanwendung gerichtlich frei überprüft werden könnten, noch darüber hinaus habe die streitige Genehmigungsverfügung irgendeine präjudizielle Wirkung zum Nachteil der Beschwerdeführerin.

5.3 Drittens rügt die Beschwerdeführerin eine Verletzung ihrer Persönlichkeitsrechte durch öffentliche Vorverurteilung seitens des Sekretariats. Wie nachfolgend dargelegt, erweist sich auch dieser Einwand als unbegründet.

5.3.1 Zur Untermauerung ihrer Rüge verweist sie auf folgende, am 23. Mai 2013, einen Tag nach Eröffnung der Untersuchung 22-0439, in der Gratiszeitung "20 Minuten" zitierte Äusserung des stellvertretenden Direktors des Sekretariats der Vorinstanz (Zitat):

Bei der Weko rechnet man damit, dass die Untersuchung vergleichsweise rasch durchgeführt werden kann. Voraussichtlich werde die Verfahrensdauer kürzer sein als die sonst üblichen 12 bis 18 Monate, sagte [...], stellvertretender Direktor der Weko, am Donnerstag auf Anfrage.

Mit Blick auf diese Passage legt die Beschwerdeführerin dar, die Vorinstanz habe den Eindruck erweckt, die Sachlage sei so klar, dass bereits am Tag nach Untersuchungseröffnung ein schneller Entscheid abzusehen gewesen wäre. Dadurch seien die betroffenen Unternehmen quasi an den Pranger gestellt worden, noch ehe die Vorinstanz (theoretisch) über stichhaltige und sachliche Argumente habe verfügen können.

Die Kunden der Beschwerdeführerin und der übrigen Verfügungsadressatinnen hätten entsprechend auf die öffentliche Denunzierung reagiert, was sich in teilweise verletzenden Worten, aber vor allem auch durch weniger Aufträge und Meidung von Geschäftsbeziehungen geäussert habe. Den Betroffenen sei deswegen ein erheblicher, nicht wiedergutzumachender Nachteil aus der misslichen Kommunikation der Vorinstanz entstanden.

5.3.2 Inhaltlich negiert die WEKO die zitierte Äusserung ihres stellvertretenden Sekretariatsdirektors nicht. Allerdings sieht sie darin weder eine öffentliche Vorverurteilung, noch eine Verletzung der Unschuldsvermutung. In ihrer Pressemitteilung zur Untersuchungseröffnung sei ebensowenig eine Vorverurteilung ersichtlich wie in den von der Beschwerdeführerin erwähnten Presseartikeln. Diese sei im Übrigen jederzeit frei gewesen, ein Ausstandsbegehren gegen die Vorinstanz zu stellen, was sie aber nicht getan habe.

5.3.3 Äussert sich eine Behörde in der Öffentlichkeit zu einem laufenden Verfahren, muss sie sich generell eine gewisse Zurückhaltung auferlegen; sie darf das Verfahren nicht als bereits entschieden erscheinen lassen (Urteil des BVGer B-7483/2010 vom 9. Juni 2011, A. GmbH gg. Weko betr. Ausstand von Sekretariatsmitarbeitern, E. 4.2.4 m.H.). Unter dem Gesichtspunkt möglicher Persönlichkeitsverletzungen hat die Wettbewerbsbehörde insbesondere auf unverhältnismässige oder unnötig herabsetzende Äusserungen gegenüber Presse und Öffentlichkeit zu verzichten (vgl. durch Urteil des BGer 2C_1065/2014 vom 26. Mai 2016, Nikon, bestätigtes Urteil des BVGer B-3588/2012 vom 15. Oktober 2014 E. 7, mit zahlreichen Hinweisen auf Rechtsprechung und Literatur in E. 6). Staatliche Organe sind mit Blick auf die

Presseberichterstattung zu sachlicher und zurückhaltender Information verpflichtet (Urteil des BVGer B-5858/2014 vom 30. Oktober 2017, A. gg. Weko, E. 3.3.2 m.H. und E. 5.4). Äusserungen über den Verfahrensausgang können Zweifel an der Unbefangenheit wecken, wenn sie konkret sind, die notwendige Distanz vermissen lassen und dadurch auf eine abschliessende Meinungsbildung hindeuten (vgl. BGE 134 I 238 E. 2 und 133 I 89 E. 3.3; Urteil des BVGer B-6830/2015 vom 12. Februar 2016, X. AG u.a. gg. Weko betr. Ausstand von Sekretariatsmitarbeitern, E. 4.4).

5.3.4 Am 3. April 2013 reichte die Q._____ AG beim Sekretariat eine Selbstanzeige ein, welche sie am 4., 18. und 25. April 2013 durch Protokollaussagen und Beweismittel ergänzte. Am 22. Mai 2013 eröffnete das Sekretariat im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums der WEKO die kartellgesetzliche Untersuchung 22-0439.

Art. 27 Abs. 1 Satz 1 KG bestimmt, dass das Sekretariat im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums eine Untersuchung eröffnet, wenn Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung bestehen. Aufgrund der Selbstanzeige verfügte die Vorinstanz bereits im April 2013 über eine beträchtliche Zahl einschlägiger Akten. Dadurch konnte sie sich schon relativ früh ein klareres Bild machen als etwa in Fällen, in denen keine entsprechende Selbstanzeige eingereicht wird. Vor diesem Hintergrund lässt sich die zitierte Äusserung des hochrangigen Vertreters des Sekretariats nicht als persönlichkeitsverletzend bezeichnen, zumal sie sich nur auf die Verfahrensdauer bezog (vgl. Ziff. 174 der angefochtenen Verfügung, wonach das Sekretariat aufgrund einer prima-facie-Prüfung der durch die Selbstanzeigerin eingereichten Beweismittel von einer Verfahrensdauer unter den sonst üblichen 12 bis 18 Monaten ausging). Insofern kann der betreffende Sekretariatsvertreter auch nicht etwa als voreingenommen bezeichnet werden.

5.3.5 In diesem Zusammenhang sei noch auf Art. 28 Abs. 1 und 2 KG hingewiesen, wonach das Sekretariat die Eröffnung einer Untersuchung durch amtliche Publikation bekanntgibt und dabei den Gegenstand und die Adressaten der Untersuchung nennt. Art. 25 Abs. 4 KG bestimmt, dass die Veröffentlichungen der Wettbewerbsbehörden keine Geschäftsgeheimnisse preisgeben dürfen. Beim Gegenstand und den Adressaten der Untersuchung handelt es sich nicht um Geschäftsgeheimnisse. Im Rahmen der Bekanntgabe einer Untersuchungseröffnung muss der Gegenstand das kartellrechtswidrige Verhalten so umschreiben, dass sich Dritte ein Bild von der geplanten Untersuchung machen können, um zu entscheiden, ob sie sich daran beteiligen wollen (BGE 142 II 268, Nikon, E. 5.1). Diese Angaben - Gegenstand und Adressaten der Untersuchung - wurden demnach ohnehin veröffentlicht.

5.3.6 Ein Begehren um Ausstand des betreffenden Sekretariatsmitarbeiters hätte nach Kenntnisnahme vom entsprechenden Anlass unverzüglich eingereicht werden müssen. Wer mit einem solchen Begehren grundlos zuwartet, verstösst gegen Treu und Glauben (Art. 5 Abs. 3 BV) und verwirkt das Recht, sich auf eine allfällige Ausstandspflicht zu berufen (vgl. BGE 134 I 20 E. 4.3.1; Urteil des BGer 2C_732/2008 vom 24. März 2009, SIX Multipay AG und SIX Card Solutions AG gg. Weko betr. Wiederholung von Verfahrenshandlungen, *SIX*, E. 2.2.1 und Urteil des BVGer B-506/2010 vom 19. Dezember 2013, Gaba International AG gg. Weko, *Gaba*, E. 7.2 m.H.). Die Beschwerdeführerin hat kein Ausstandsbegehren gestellt.

5.4 Viertens erklärt die Beschwerdeführerin, die Vorinstanz habe ihren Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt. Seitens der Selbstanzeigerin habe sie einen ungeeigneten Vertreter vorgeladen und ihn als Zeugen statt als Partei befragt. Auch die Vorgehensweise bei der diesbezüglichen Terminfestlegung sei unhaltbar.

5.4.1 Der Anspruch auf rechtliches Gehör ergibt sich aus Art. 29 Abs. 2 BV; zumindest für Teilbereiche wird er auch aus Art. 6 der Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschrechte und Grundfreiheiten (EMRK, SR 0.101) abgeleitet. Gemäss Art. 29 VwVG haben sodann die Parteien einen Anspruch auf rechtliches Gehör (zum Ganzen BGE 137 II 266, Gemeinde Riniken u.a. gg. Axpo AG und Bundesamt für Energie, Riniken, E. 3.2 m.H., Urteil des BVGer B-807/2012 vom 25. Juni 2018, Erne, E. 5.1 m.H. und BERNHARD WALDMANN/JÜRG BICKEL, in: Waldmann / Weissenberger, Art. 29 N. 46 ff.). Der Anspruch auf rechtliches Gehör umfasst einerseits Mitwirkungsrechte, insbesondere das Recht auf vorgängige Anhörung (Art. 30 VwVG), das Recht, erhebliche Beweise beizubringen (Art. 33 VwVG), Beweisanträge zu stellen und damit gehört zu werden, sowie das Recht, an der Erhebung wesentlicher Beweise mitzuwirken oder wenigstens zum Beweisergebnis Stellung nehmen zu können, wenn es geeignet ist, den Entscheid zu beeinflussen (vgl. Art. 12 - 19 VwVG i.V.m. Art. 37, 39 - 41 und 43 - 61 des Bundesgesetzes über den Bundeszivilprozess vom 4. Dezember 1947, BZP, SR 273). Andererseits beinhaltet der Anspruch auf rechtliches Gehör Informationsansprüche, namentlich das Recht auf Orientierung, Akteneinsicht (Art. 26 - 28 VwVG) und auf hinreichende Begründung (Art. 35 VwVG). Auch der Gehörsanspruch steht unter dem Vorbehalt der Rechtsausübung nach dem Grundsatz von Treu und Glauben (Art. 5 Abs. 3 BV).

Demnach verlangt das rechtliche Gehör im Sinne von Teilgarantien die ordnungsgemässe Durchführung folgender Schritte: (i) vorgängige Orientierung über Gegenstand und Inhalt des Verfahrens sowie den Vorwurf gegenüber dem Betroffenen; (ii) Mitwirkung bei der Feststellung des Sachverhalts, insbesondere durch eigene Beweisanträge; (iii) persönliche Teilnahme am Verfahren einschliesslich der Möglichkeit zur Verbeiständigung; (iv) Akteneinsicht; (v) Möglichkeit zur Abgabe einer vorgängigen Stellungnahme einschliesslich deren Berücksichtigung durch die verfahrensleitende Instanz; (vi) Eröffnung und Begründung des Entscheids (vgl. statt vieler BGE 135 II 286, S.X. u.a. gg. Stadt Chur u.a., E. 5.1; Urteile des BVGer B-807/2012 vom 25. Juni 2018, *Erne*, E. 5.1, B-7633/2009 vom 14. September 2015, *ADSL II*, E. 199, m.w.H. auf Lehre und Rechtsprechung sowie B-2050/2007 vom 24. Februar 2010, *Terminierung Mobilfunk*, E. 6.1; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 3. A., 2013, S. 173 ff.). Um den Betroffenen eine Stellungnahme vor Erlass der Verfügung zu ermög-

lichen, muss ihnen die Verwaltungsbehörde den voraussichtlichen Inhalt der Verfügung, zumindest ihre wesentlichen Elemente, bekanntgeben (vgl. ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. A., 2020, N. 1011).

Im Kartellverwaltungsverfahren wird der Anspruch auf rechtliches Gehör durch Art. 30 Abs. 2 KG insofern erweitert, als die Verfahrensbeteiligten schriftlich zum Verfügungsantrag des Sekretariats Stellung nehmen können, bevor die Wettbewerbskommission ihren Entscheid trifft (vgl. Urteil des BGer 2A.492/2002 vom 17. Juni 2003, Elektra Baselland Liestal gg. Watt Suisse u.a., *EBL*, E. 3.4; BGE 129 II 497, Entreprises Electriques Fribourgeoises gg. Watt Suisse u.a., *EEF*, E. 2.2; Urteile des BVGer B-3938/2013 vom 30. Oktober 2019, Dargaud (Suisse) SA gg. Weko, *Dargaud*, E. 4 und B-807/2012 vom 25. Juni 2018, *Erne*, E. 5.1; Entscheid der Reko Wef FB/2006-8 vom 9. November 2006, veröffentlicht in: RPW 2006/4 S. 722 ff.; Botschaft KG 1995, 605; STEFAN BILGER, Das Verwaltungsverfahren zur Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen, 2002, S. 275, 277).

Der Anspruch auf rechtliches Gehör ist formeller Natur. Daher führt seine Verletzung grundsätzlich ungeachtet der Erfolgsaussichten der Beschwerde in der Sache selbst zur Aufhebung der angefochtenen Verfügung. Eine Verletzung des Gehörsanspruchs kann jedoch dann geheilt werden, wenn sie nicht besonders schwer wiegt und die Gehörsgewährung in einem Rechtsmittelverfahren nachgeholt wird, in welchem die Beschwerdeinstanz mit der gleichen Prüfungsbefugnis entscheidet wie die untere Instanz. Von der Rückweisung der Sache an die Verwaltung zur Gewährung des rechtlichen Gehörs ist - ebenfalls im Sinn einer ausnahmsweisen Heilung des Mangels - selbst bei einer schwerwiegenden Gehörsverletzung abzusehen, sofern die Rückweisung zu einem formalistischen Leerlauf und damit zu unnötigen Verzögerungen führen würde, die mit dem (der Anhörung gleichgestellten) Interesse der betroffenen Partei an einer beförderlichen Beurteilung der Sache nicht zu vereinbaren wären (BGE 132 V 387 E. 5.1, 127 V 431 E. 3d/aa und 126 V 130 E. 2b je m.H.; vgl. Urteile des BVGer B-312/2014 vom 14. August 2014, X. gg. Staatssekretariat für Bildung, Forschung und Innovation SBFI, E. 2.3 f. m.H.). Dies ist vor allem dann der Fall, wenn die Vorinstanz mit erheblicher Wahrscheinlichkeit eine gleichlautende Verfügung erlassen würde (vgl. BGE 133 I 201, X. u.a. gg. Amt für AHV und IV TG u.a., E. 2.2 und 132 V 387 E. 5.1 m.H.; Urteil des BGer 9C_419/2007 vom 11. März 2008, A. gg. Winterthur-Columna Sammelstiftung 2. Säule, E. 2.2; Urteile des BVGer B-807/2012 vom 25. Juni 2018, *Erne*, E. 5.1, B-7633/2009 vom 14. September 2015, *ADSL II*, E. 201, m.H., B-463/2010 vom 19. Dezember 2013, Gebro Pharma GmbH gg. Weko, *Gebro*, E. 4.3, B-506/2010 vom 19. Dezember 2013, Gaba, E. 4.2 und B-2050/2007 vom 24. Februar 2010, *Terminierung Mobilfunk*, E. 6.1).

5.4.2 Zunächst ist die Rüge, seitens der Selbstanzeigerin habe die WEKO einen ungeeigneten Vertreter vorgeladen und ihn als Zeugen statt als Partei befragt, zu prüfen.

5.4.2.1 Zur Begründung legt die Beschwerdeführerin dar, anlässlich des Hearings vom 7. September 2015 sei beantragt worden, auch die Selbstanzeigerin anzuhören. Auf dieses Begehren sei die Vorinstanz nicht wirklich eingetreten, als sie mit [...] den Leiter Dealer Operations von [Q._____ AG] Import vorgeladen habe; wenn schon, hätte sie [...] von [Q._____ AG] Retail vorladen müssen. Als Leiter Dealer Operations sei [...] für Entscheidungen darüber zuständig, welche Händler ins Händlernetz aufgenommen würden oder welchen gekündigt werde. Aus nachvollziehbaren Gründen hätten die (noch) zugelassenen Händler, darunter die Beschwerdeführerin, keine kritischen Fragen oder Fragen, welche der Selbstanzeigerin hätten unangenehm sein können, stellen wollen, da ihre Verträge direkt vom "Wohlwollen" derselben abhingen. Diesbezüglichen Schutz hätten sie von der Vorinstanz nicht erwarten können, wie die jüngeren Entwicklungen im Händlernetz der Selbstanzeigerin (und anderer Importeure) zeigten. Die Vorinstanz billige die Kündigung zahlreicher Händler, insbesondere auch wichtiger noch verbleibender Konkurrenten, ohne Weiteres.

Abgesehen davon sei der Leiter Dealer Operations nicht geeignet gewesen, die im Raum stehenden Fragen nach der Preisführerschaft, den Auswirkungen, der Funktion der Konditionenliste und der Power-Point-Präsentation beantworten zu können. Seine Anhörung habe somit von Anfang an nichts zur Untersuchung beitragen können; sie sei eher eine Farce gewesen. Es sei nicht ersichtlich, weshalb es nicht möglich gewesen sein sollte, eine Person vorzuladen, welche zu den relevanten Punkten hätte Auskunft geben können und welche keine "einschüchternde" Wirkung auf die Parteien gehabt hätte. Nach einiger Konfusion in den Reihen der Vorinstanz sei [...] schliesslich als Zeuge, nicht als Partei, befragt worden. Das habe bedeutende Konsequenzen für seine Pflichten bei den Aussagen und zeige zudem (einmal mehr), dass die Vorinstanz die Selbstanzeigerin ihres Erachtens endgültig aus dem Verfahren entlassen gehabt habe. Nach Ansicht der Beschwerdeführerin hätte die Selbstanzeigerin als Partei angehört werden müssen.

Ferner habe die Vorinstanz die Anhörung der Selbstanzeigerin auf falsche Themen, nämlich auf Fragen zum Anteil des Flottengeschäfts sowie zu den Netto- und Sondermodellen, fokussiert. Stattdessen hätte erfragt werden müssen, ob zwischen den Parteien überhaupt eine Absprache vorgelegen habe. Damit sei das rechtliche Gehör in unzureichender Weise gewährt worden.

5.4.2.2 Die Vorinstanz erwidert, die Beschwerdeführerin und die anderen Parteien hätten in ihrer Stellungnahme oder während ihrer Anhörungen mehrmals geltend gemacht, dass der Anteil des Flottengeschäfts und der Netto- und Sondermodelle erheblich gewesen sei. Da das Flottengeschäft sowie die Netto- und Sondermodelle zur Vertriebspolitik der [Q._____ AG] Import gehört hätten, habe nur ein Vertreter dieser Abteilung solche Fragen beantworten können. Deshalb habe sie [...], den CEO der Selbstanzeigerin, vorgeladen. Diese habe ihr mitgeteilt, dass [...] den Anhörungstermin voraussichtlich nicht wahrnehmen könne und sinnvollerweise [...], der Leiter Dealer Operations, vorzuladen wäre.

Weiter erklärt die Vorinstanz, da die Selbstanzeigerin keine Verfahrenspartei mehr gewesen sei, habe sie sie als Zeugin angehört. Sie habe darauf verzichtet, die Selbstanzeigerin zur Absprache zu befragen, weil in der Selbstanzeige von Beginn weg eine Abrede über die Festsetzung von Preisnachlässen und Ablieferungspauschalen zugegeben worden sei.

5.4.2.3 Einen Antrag, näher bezeichnete Personen aus dem Unternehmen der Selbstanzeigerin vorzuladen, stellte die Beschwerdeführerin seinerzeit gegenüber der Vorinstanz nicht. Sie hätte dies aber schon vor der Anhörung der Selbstanzeigerin vom 7. September 2015 tun können. Erst anlässlich des Beschwerdeverfahrens erklärte sie jedoch, "wenn schon, hätte [die WEKO] [...] von [Q._____ AG] Retail vorladen müssen". Folglich handelt es sich um eine verspätet vorgebrachte Rüge, auf welche nicht näher einzugehen ist (Art. 5 Abs. 3 BV; vgl. etwa BGE 143 V 66 E. 4.3).

Abgesehen davon war es der Vorinstanz aufgrund ihrer Verfahrensherrschaft anheimgestellt, im Sinne einer antizipierten Beweiswürdigung (vgl. dazu BGE 146 III 203 E. 3.3.2, 144 II 427 E. 3.1.3 und 134 I 140 E. 5.3, je m.H.; Urteil des BVGer B-807/2012 vom 25. Juni 2018 E. 6.5.4.1 m.H.) darüber zu befinden, wen sie anhören wollte. Nach Art. 33 Abs. 1 VwVG nimmt die Behörde die ihr angebotenen Beweise nämlich ab, wenn diese zur Abklärung des Sachverhalts tauglich erscheinen (vgl. auch BGE 144 II 194, BMW, E. 4.4.2).

5.4.2.4 Was die Anhörung der Selbstanzeigerin durch die WEKO betrifft, so stehen drei Varianten zur Diskussion. Tatsächlich einvernommen wurde der Leiter Dealer Operations am 21. September 2015 als Zeuge, weil die Selbstanzeigerin, wie die Vorinstanz erklärte, keine Verfahrenspartei mehr gewesen sei. Nach Meinung der Beschwerdeführerin hätte die Selbstanzeigerin hingegen als Partei angehört werden müssen, denn sie war - infolge der Nichtigkeit der Verfügung vom 8. August 2014 über die Genehmigung der einvernehmlichen Regelung - noch nicht auf rechtsgültige Weise aus der Untersuchung entlassen worden. Laut den im Anhörungsprotokoll wiedergegebenen Bemerkungen des Rechtsvertreters der Selbstanzeigerin hätte diese jedoch als betroffene Dritte im Sinne von Art. 40 KG befragt werden müssen.

Eine Befragung als Partei (mit Aussageverweigerungsrecht) statt einer Einvernahme als Zeugin (mit Pflicht zur wahrheitsgemässen Aussage) hätte nach Darstellung der Beschwerdeführerin "bedeutende Konsequenzen für [die] Pflichten bei den Aussagen" gehabt. Welche Konsequenzen sie damit genau meinte, hat die Beschwerdeführerin freilich nicht erläutert. Vor allem aber hat sie nicht aufgezeigt, inwiefern ihr durch die Art der Anhörung der Selbstanzeigerin ein Nachteil erwachsen sein könnte (vgl. Urteil des BGer 2C_87/2020 vom 8. März 2021, A. AG gg. Weko betr. Vorladung als Zeugin, E. 3.3, wo die Beschwerde nur dann zulässig gewesen wäre, wenn die Beschwerdeführerin hinreichend substantiiert hätte, dass sie selbst durch die Zeugenbefragung einen nicht wiedergutzumachenden Nachteil, insbesondere in Form einer Verletzung des nemo-tenetur-Grundsatzes, erleiden könnte). Sodann berührt die (uneingeschränkte) Einvernahme ehemaliger Gesellschaftsorgane im Kartellsanktionsverfahren "nemo tenetur" grundsätzlich nicht (BGE 147 II 144 E. 5.2.3; Urteil des BGer 2C_87/2020 vom 8. März 2021 E. 3.3).

Selbstanzeiger müssen gewisse Tatsachen offenlegen und sich damit möglicherweise (auch) selber belasten, um von der Bonusregelung profitieren zu können (vgl. Art. 49a Abs. 2 und 3 KG i.V.m. Art. 8 Abs. 2 Bst. b und c der Verordnung über die Sanktionen bei unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen vom 12. März 2004 [KG-Sanktionsverordnung, SVKG, SR 251.5]). Mit einer Aussageverweigerung etwa hätte die [Q._____ AG] ihre Rolle als Selbstanzeigerin untergraben. Vor diesem Hintergrund lässt sich nicht erkennen, welches schutzwürdige Interesse die Beschwerdeführerin an einer Parteibefragung der Selbstanzeigerin haben könnte. Deshalb ist - schon mangels Substantiierung - nicht weiter auf die Rüge einzugehen.

Im Übrigen darf die anlässlich einer Zeugenbefragung allenfalls drohende Verletzung des Grundsatzes "nemo tenetur" nur durch Personen geltend gemacht werden, die sich auch selbst auf diese Garantie berufen können (vgl. BGE 147 II 144 E. 5.2.3; Urteile des BGer 2C_87/2020 vom 8. März 2021 E. 3.2.4 und 2C_88/2020 vom 8. März 2021, A. gg. Weko betr. Vorladung als Zeugin, E. 3.2.4). Die Beschwerdeführerin, deren Geschäftsleiter nicht als Zeuge einvernommen wurde, kann sie folglich nicht geltend machen.

5.4.3 Schliesslich bleibt die Rüge der Beschwerdeführerin, die Vorgehensweise der WEKO bei der Festlegung des Termins für die Anhörung der Selbstanzeigerin sei aus rechtsstaatlicher Sicht unhaltbar, zu analysieren.

5.4.3.1 Die Beschwerdeführerin bringt vor, am 7. September 2015 seien die Parteien aufgefordert worden, ihre Verfügbarkeit am angesetzten Termin bis zum 9. September 2015 bekanntzugeben. Ohne die Reaktionen abzuwarten und trotz der Ersuchen der Parteien, den Termin zu verschieben, habe ihn die Vorinstanz am 8. September 2015 bilateral mit der Selbstanzeigerin bestätigt. Auf die Einwände bezüglich des Termins und der vorgeladenen Person sei sie nicht eingegangen.

5.4.3.2 Dem hält die Vorinstanz entgegen, die Beschwerdeführerin habe die Möglichkeit gehabt, der Anhörung der Selbstanzeigerin beizuwohnen und ihr Fragen zu stellen oder, falls sie oder ihre Rechtsvertreter verhindert gewesen seien, dem Sekretariat Fragen einzureichen, damit sie der Präsident der WEKO bei der Anhörung hätte stellen können. Davon habe die Beschwerdeführerin jedoch keinen Gebrauch gemacht. Zur Organisation des Anhörungstermins werde im Übrigen auf die Ausführungen in der angefochtenen Verfügung verwiesen.

5.4.3.3 Aufgrund des relativ breiten Teilnehmerkreises der Anhörung erscheinen Terminüberschneidungen jedenfalls nicht gänzlich vermeidbar. Die betreffenden Rechtsvertreter der Verfügungsadressatinnen hätten sich für die Anhörung der Selbstanzeigerin substituieren lassen können. Überdies kann das Recht auf Mitwirkung bei der Einvernahme im Sinne eines Mindesterfordernisses nach der Praxis auch durch Stellungnahme zum Beweisergebnis ausgeübt werden (WALDMANN/BICKEL, Art. 29 N. 91). Schliesslich ist daran zu erinnern, dass

die WEKO der Beschwerdeführerin die Möglichkeit gab, vorgängig schriftliche Fragen einzureichen, welche der Präsident der WEKO bei der Anhörung hätte stellen können. Eine Verletzung des rechtlichen Gehörs der Beschwerdeführerin lässt sich daher nicht konstatieren.

5.5 Fünftens wirft die Beschwerdeführerin der WEKO vor, die Unschuldsvermutung, die sich aus Art. 32 Abs. 1 BV sowie aus Art. 6 Ziff. 2 EMRK ergibt, verletzt zu haben.

5.5.1 Als Begründung macht die Beschwerdeführerin geltend, durch die Äusserung in der Gratiszeitung "20 Minuten" vom 23. Mai 2013, welche einen Tag nach Untersuchungseröffnung erfolgt sei, habe die Vorinstanz suggeriert, dass "der Fall klar" sei und sich die Parteien eines Kartellrechtsverstosses schuldig gemacht hätten. Zudem zeige die Verfahrensführung, dass die Vorinstanz von Anfang an auf einen bestimmten Verfahrensausgang, nämlich die Sanktionierung der Parteien, abgezielt habe. Dass begünstigende Faktoren ignoriert sowie jegliche Untersuchungshandlungen unterlassen worden seien, zeuge davon, dass die WEKO voreingenommen und nicht ergebnisoffen gewesen sei. Das Verfahren stelle eine Art "Rosinenpicken" zu Ungunsten der Beschwerdeführerin und der anderen Parteien dar. Diese Verletzung der Unschuldsvermutung sei besonders heikel, weil im Kartellrecht aufgrund des strafrechtlichen Charakters der Sanktionen die allgemeinen (Verfahrens-) Grundsätze des Strafrechts gälten.

5.5.2 Die WEKO hält dem entgegen, weder in ihrer Pressemitteilung zur Untersuchungseröffnung noch in den von der Beschwerdeführerin erwähnten Presseartikeln sei eine Vorverurteilung ersichtlich. Ebensowenig bestehe eine Verletzung der Unschuldsvermutung. Im Übrigen beschränke sich die Beschwerdeführerin ohne Begründung auf die pauschale Aussage, die Vorinstanz habe von Anfang an auf einen bestimmten Verfahrensausgang abgezielt, nämlich die Sanktionierung der Parteien. Schliesslich hätte die Beschwerdeführerin jederzeit ein Ausstandsbegehren gegen die Vorinstanz einreichen können, was sie aber nicht getan habe.

5.5.3 Die Unschuldsvermutung ergibt sich aus Art. 32 Abs. 1 BV und Art. 6 Ziff. 2 EMRK. Sie bedeutet, dass jede Person bis zu ihrer rechtskräftigen Verurteilung als unschuldig gilt. Mit anderen Worten muss jedermann als unschuldig behandelt werden, bis das zuständige Gericht seine strafrechtliche Schuld aufgrund eines fairen Verfahrens in rechtskonformer Weise nachgewiesen und festgestellt hat. Ohne solches Verfahren darf niemand einer strafbaren Handlung bezichtigt werden. Die Unschuldsvermutung erstreckt sich grundsätzlich auch auf Verfahren nach Art. 49a KG, denn Sanktionen wegen unzulässiger Wettbewerbsbeschränkungen haben nach bundesgerichtlicher Diktion strafrechtsähnlichen Charakter (BGE 139 I 72, *Publigroupe*, E. 2.2.2; BGE 143 II 297, *Gaba*, E. 9.1). Vor dem förmlichen Abschluss eines gesetzmässig geführten Verfahrens darf die Wettbewerbsbehörde Unternehmen nicht als schuldig behandeln, beispielsweise, indem sie ihren Entscheid vorzeitig der Presse kundtut. Einerseits sollen Angeschuldigte nicht öffentlich vorverurteilt, andererseits die Beweiswürdigung nicht antizipiert werden, sodass die zuständige Instanz den Sachhergang nicht mehr unvoreingenommen prüfen könnte. Die Unschuldsvermutung richtet sich an alle staatlichen Organe oder Behörden, insbesondere an Amtsträger und Gerichtsmitglieder (vgl. BGE 142 II 268, *Nikon*, nicht publizierte E. 8.1 f. m.H., publiziert im Urteil des BGer 2C_1065/2014 vom 26. Mai 2016; Urteile des BVGer B-807/2012 vom 25. Juni 2018, *Erne*, E. 6.3, B-5858/2014 vom 30. Oktober 2017, A. gg. WEKO betr. Publikation Sanktionsverfügung, E. 3.3.2, B-3588/2012 vom 15. Oktober 2014, *Nikon*, E. 6.2 und B-506/2010 vom 19. Dezember 2013, *Gaba*, E. 6, je m.H.).

Allerdings zählt das Kartellsanktionsverfahren primär zum Verwaltungsrecht (Urteil des BGer 2C_1065/2014 vom 26. Mai 2016, Nikon, E. 8.2, in BGE 142 II 268 nicht publizierte Erwägung), weshalb die erwähnten Verfahrensgarantien nicht in voller Strenge zur Anwendung gelangen und im Übrigen keine absolute Geltung beanspruchen, sondern in einer einzelfallbezogenen Interessenabwägung mitzuberücksichtigen sind (BGE 140 II 384, A. AG gg. Eidgenössische Spielbankenkommission ESBK, *Spielbanken*, E. 3.3.5 m.H.; Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) Nr. 73053/01 in Sachen Jussila vom 23. November 2006 N. 43; vgl. auch die Urteile des BVGer B-829/2012 vom 25. Juni 2018, *Granella*, E. 6.3, B-581/2012 vom 16. September 2016, *Nikon*, E. 5.1, E. 8.1.1 und B-7633/2009 vom 14. September 2015, ADSL II, E. 651). Es ist mithin im Einzelfall ein sachverhaltsbezogener Ausgleich zu finden.

Die Unschuldsvermutung hat Auswirkungen auf die Verteilung der Beweislast sowie auf das Beweismass (vgl. BGE 139 I 72, *Publigroupe*, E. 8.3; Urteile des BVGer B-829/2012 vom 25. Juni 2018, *Granella*, E. 6.3, B-581/2012 vom 16. September 2016, *Nikon*, E. 5.5.1; MARCEL ALEXANDER NIGGLI/CHRISTOF RIEDO, in: Marc Amstrutz / Mani Reinert (Hrsg.), Kartellgesetz, Basler Kommentar, 2. A., 2021, Vor Art. 49a N. 248 ff.; BSK-StPO ESTHER TOPHINKE, Art. 10 StPO N. 79). Als Beweislastregel besagt die Unschuldsvermutung, dass es Sache der Behörde ist, die Schuld zu beweisen. Unzulässig wäre eine Beweislastumkehr zulasten des Unternehmens, gegen welches sich die Untersuchung richtet (vgl. Urteile des BVGer B-829/2012 vom 25. Juni 2018, *Granella*, E. 6.3 und B-581/2012 vom 16. September 2016, *Nikon*, E. 5.5.2 f.). Als Beweismassregel folgt aus der Unschuldsvermutung, dass das Gericht eine Tatsache nur dann als gegeben voraussetzen darf, wenn es an deren Vorhandensein keine unüberwindlichen Zweifel hegt; andernfalls hat das Gericht von dem für den Beschuldigten günstigeren Sachverhalt auszugehen (Art. 10 Abs. 3 der Schweizerischen Strafprozessordnung vom 5. Oktober 2007, StPO, SR 312.0).

5.5.4 Die fragliche Äusserung eines hochrangigen Vertreters des Sekretariats gegenüber einer Gratiszeitung bezog sich lediglich auf die Verfahrensdauer. Sie lässt sich nicht in einem inhaltlichen Sinne dahingehend verstehen, dass die Wettbewerbsbehörde praktisch von Beginn weg ein bestimmtes Untersuchungsergebnis zu Lasten der Beschwerdeführerin angepeilt hätte. Entsprechende Schlüsse erlaubt auch die Verfahrensführung nicht. Immerhin verfügte die Vorinstanz aufgrund der Selbstanzeige bereits im April 2013 über eine beträchtliche Zahl von Akten. So konnte sie sich schon relativ früh ein klareres Bild machen als etwa in Fällen,

in denen keine (vergleichbare) Selbstanzeige eingereicht wird. Zudem führte sie eigene Untersuchungshandlungen, insbesondere Einvernahmen und Befragungen, durch. Mithin bestätigt sich nicht, dass begünstigende Faktoren ignoriert sowie jegliche Untersuchungshandlungen unterlassen worden wären, wie die Beschwerdeführerin geltend macht. Ebensowenig entsteht der Eindruck, die WEKO sei voreingenommen und nicht ergebnisoffen gewesen.

5.5.5 Folglich bestehen keine Anhaltspunkte dafür, dass die Vorinstanz die Unschuldsvermutung durch ihre Verfahrensführung oder ihre Verlautbarungen gegenüber der Presse im Verhältnis zur Beschwerdeführerin verletzt hätte.

6.

Die Beschwerdeführerin hält die ihr zur Last gelegten Verstösse gegen das Kartellgesetz für nicht bewiesen. Sie beanstandet Beweisführung und Beweiswürdigung der Vorinstanz in verschiedener Hinsicht. Dementsprechend sind zunächst die Beweisregeln für kartellrechtliche Sanktionsverfahren näher darzustellen.

6.1 Verstösse gegen das KG müssen gemäss dem auch im Kartellverfahren anwendbaren Untersuchungsprinzip grundsätzlich durch die Behörden erforscht werden (Art. 39 KG i.V.m. Art. 12 VwVG). Diese haben den rechtserheblichen Sachverhalt aus eigener Initiative richtig und vollständig abzuklären. Dazu sind alle rechtserheblichen Aspekte zu ermitteln, sämtliche notwendigen Unterlagen zu beschaffen und die erforderlichen Beweise abzunehmen. Aufgrund dieser Pflicht zur richtigen und vollständigen Abklärung des rechtserheblichen Sachverhalts liegt die Beweisführungslast im kartellrechtlichen Sanktionsverfahren bei den Wettbewerbsbehörden. Der Untersuchungsgrundsatz erfährt jedoch eine Einschränkung durch die in Art. 13 VwVG statuierte Mitwirkungspflicht der Parteien (vgl. zum Ganzen BGE 129 II 18, Börsenverein des dt. Buchhandels e.V. sowie Schweizerischer Buchhändler- und Verlegerverband gg. Weko, Buchpreisbindung I, E. 7.1 m.H.; Urteil des BGer 2A.430/2006 vom 6. Februar 2007, Buchpreisbindung II, E. 10.2 sowie die Urteile des BVGer B-807/2012 vom 25. Juni 2018, *Erne*, E. 8.4.1, B-5685/2012 vom 17. Dezember 2015, Altimum SA gg. Weko, *Altimum*, E. 4.5.1; B-7633/2009 vom 14. September 2015, *ADSL II*, E. 185 ff., B-8404/2010 vom 23. September 2014, *SFS*, E. 3.2.4 und B-463/2010 vom 19. Dezember 2013, *Gebro*, E. 5).

6.2 Nach dem auch im Kartellverwaltungsverfahren anwendbaren Grundsatz der freien Beweiswürdigung haben die Wettbewerbsbehörden die erhobenen Beweismittel ohne Bindung an förmliche Beweisregeln umfassend und pflichtgemäss zu würdigen (vgl. Art. 39 KG i.V.m. Art. 19 VwVG und Art. 40 des Bundesgesetzes vom 4. Dezember 1947 über den Bundeszivilprozess, BZP, SR 273; BGE 137 II 266, *Riniken*, E. 3.2; Urteil des BGer 2A.430/2006 vom 6. Februar 2007, Buchpreisbindung II, E. 10.4; Urteil des BVGer B-5685/2012 vom 17. Dezember 2015, *Altimum*, E. 4.5.2 m.w.H.). Soweit eine Sanktion gemäss Art. 49a KG in Frage kommt, sind wegen des strafrechtsähnlichen Charakters dieser Massnahme grundsätzlich die Garantien von Art. 6 und 7 EMRK sowie Art. 30 bzw. 32 BV zu beachten. Sachverhaltsmässige Unklarheiten sind daher aufgrund der Unschuldsvermutung nach Art. 6 Ziff. 2 EMRK bzw. Art. 32 Abs. 1 BV zu Gunsten der sanktionsbedrohten Parteien zu werten (vgl. BGE 139 I 72, *Publigroupe*, E. 2.2.2 und E. 8.3.1).

6.3 Für die Prüfung der Beweislage entscheidend ist die Frage, welches Beweismass erfüllt sein muss, damit ein rechtserheblicher Sachumstand als bewiesen erachtet werden kann.

6.3.1 Nach dem Regelbeweismass des Überzeugungsbeweises gilt ein Beweis als erbracht, wenn ein Gericht oder eine Behörde nach objektiven Gesichtspunkten von der Richtigkeit einer Sachbehauptung überzeugt ist. Dabei wird allerdings keine absolute Gewissheit vorausgesetzt. Die Verwirklichung der Tatsache braucht nicht mit Sicherheit festzustehen; es genügt, wenn das Gericht oder die Behörde am Vorliegen des rechtserheblichen Sachumstands keine ernsthaften Zweifel mehr hat oder allenfalls verbleibende Zweifel als leicht erscheinen (vgl. BGE 130 III 321, X. gg. Versicherung Y., E. 3.2; Urteil des BGer 2A.500/2002 vom 24. März 2003, A. X. u.a. gg. Steuerverwaltung des Kantons BE, E. 3.5; Urteile des BVGer B-807/2012 vom 25. Juni 2018, Erne, E. 8.4.4.1 m.H., B-5685/2012 vom 17. Dezember 2015, *Altimum*, E. 4.5.3.1, B-7633/2009 vom 14. September 2015, *ADSL II*, E. 157).

6.3.2 Als Ausnahme vom Regelbeweis mit dem Beweismass der vollen Überzeugung ist der Wahrscheinlichkeitsbeweis anerkannt, welcher auf das Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit abstellt. Diesem zufolge gilt ein Beweis als erbracht, wenn nach objektiven Gesichtspunkten derart gewichtige Gründe für die Richtigkeit der Sachbehauptung sprechen, dass andere denkbare Möglichkeiten vernünftigerweise nicht massgeblich sind (vgl. BGE 140 III 610 E. 4.1; BGE 132 III 715 E. 3.1). Eine überwiegende Wahrscheinlichkeit wird als ausreichend betrachtet, wo ein strikter Beweis nicht nur im Einzelfall, sondern der Natur der Sache nach nicht möglich oder nicht zumutbar ist und wo insofern "Beweisnot" besteht (vgl. BGE 132 III 715 E. 3.1; BGE 130 III 321 E. 3.2; BGE 128 III 271 E. 2b/aa; Urteil des BVGer B-807/2012 vom 25. Juni 2018, *Erne*, E. 8.4.4.2).

Bei Vorliegen multipler Wirkungszusammenhänge ist das Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit ausreichend, also kein Überzeugungsbeweis erforderlich (vgl. BGE 139 I 72, *Publigroupe*, E. 8.3.2 und 144 II 246, *Altimum*, E. 6.4.4, betreffend Abreden; vgl. Urteile des BVGer B-807/2012 vom 25. Juni 2018, *Erne*, E. 8.4.4.4, B-7633/2009 vom 14. September 2015, *ADSL II*, E. 162).

"Gewöhnliche" Lebenssachverhalte ohne multiple Wirkungszusammenhänge liegen beispielsweise vor, wenn festgestellt werden muss, ob bestimmte Personen Preise oder Bestandteile derselben untereinander abgesprochen haben. Demgegenüber gestaltet sich die Beurteilung möglicher Auswirkungen kartellrechtlicher Sachverhalte auf den Wettbewerb naturgemäss als komplexer. Neben der objektiven Datenlage stehen hier wirtschaftliche Analysen und Hypothesen im Zentrum der Betrachtung. Auch das Vorliegen allfälliger Effizienzgründe (Art. 5 Abs. 2 KG) kann nur unter Berücksichtigung wirtschaftlicher Überlegungen beurteilt werden. Ökonomischen Erkenntnissen haftet allerdings immer eine gewis-

se Unsicherheit an. Deswegen muss es genügen, dass die von Art. 5 Abs. 1 KG geforderten Auswirkungen einer Abrede auf den Wettbewerb, wie auch allfällige Effizienzgründe, nach Art. 5 Abs. 2 KG mit überwiegender Wahrscheinlichkeit gegeben sind (so - betreffend das Vorliegen von Effizienzgründen - ausdrücklich das Urteil des BGer 2A.430/2006 vom 6. Februar 2007, *Buchpreisbindung II*, E. 10.4; Urteil des BVGer B-807/2012 vom 25. Juni 2018, *Erne*, E. 8.4.4.5 m.H.).

6.3.3 Dem erforderlichen Beweismass kann nicht nur direkt, sondern auch indirekt, nämlich gestützt auf Indizien, Genüge getan werden (vgl. BGE 93 II 345, Deutsche Lufthansa AG gg. Basler Transport-Versicherungs-Gesellschaft (AG), E. 2 m.H.; Urteil des BVGer B-807/2012 vom 25. Juni 2018, Erne, E. 8.4.4.6 m.H.). Ein Indiz ist eine Tatsache, die auf eine andere, unmittelbar erhebliche Tatsache schliessen lässt. Beim Indizienbeweis wird vermutet, dass eine nicht bewiesene Tatsache effektiv gegeben ist, weil sich diese Schlussfolgerung nach der Lebenserfahrung kraft bewiesener Tatsachen (Indizien) aufdrängt (vgl. Urteil des BGer 6B_332/2009 vom 4. August 2009, X. gg. StA St. Gallen, E. 2.3 m.H.; Urteil des BVGer B-807/2012 vom 25. Juni 2018, *Erne*, E. 8.4.4.6; Entscheid der Reko Wef FB/2002-1 vom 22. Dezember 2004 E. 8.1, veröffentlicht in: RPW 2005/1 S. 183 ff.).

6.3.4 Kann das geforderte Beweismass nicht erreicht werden, stellt sich die Frage, zu wessen Lasten der beweislose Zustand geht. Die Antwort darauf ergibt sich aus dem Rechtsgrundsatz, dass derjenige die (objektive) Beweislast für das Vorliegen einer Tatsache trägt, der aus ihr Rechte ableitet (Art. 8 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 10. Dezember 1907, ZGB, SR 210; vgl. Urteil des BGer 2C_988/2014 vom 1. September 2015, A. gg. Polizei- und Militärdirektion des Kantons BE, E. 3.1; Urteil des BVGer C-563/2011 vom 10. September 2014, A. gg. Bundesamt für Migration BFM, E. 4.2, BVGE 2008/23 E. 4.2 m.w.H.).

Die objektive Beweislastverteilung hinsichtlich der gestützt auf Art. 49a i.V.m. Art. 5 Abs.1 und 3 KG verhängten Sanktion muss auf differenzierende Weise betrachtet werden. Wettbewerbsabreden im Sinne von Art. 4 Abs. 1 i.V.m. Art. 5 Abs. 3 KG bilden die Vermutungsbasis, gestützt auf welche die Wettbewerbsbehörden gegebenenfalls schliessen, der wirksame Wettbewerb sei vermutungsweise beschränkt oder beseitigt worden. Deshalb ist davon auszugehen, dass die Wettbewerbsbehörden neben der Beweisführungslast auch die objektive Beweislast betreffend Wettbewerbsabreden im Sinne von Art. 4 Abs. 1 i.V.m. Art. 5 Abs. 3 KG tragen. Folglich trifft die objektive Beweislast bezüglich einer Beteiligung der Beschwerdeführerin an den fraglichen Preisabsprachen die Vorinstanz (vgl. Urteil des BVGer B-807/2012 vom 25. Juni 2018, *Erne*, E. 8.4.5 m.H.).

6.4 Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts dürfen die Anforderungen an das Beweismass hinsichtlich belasteter Dritter auch bei einer Selbstanzeige nicht herabgesetzt werden. Dabei ist die Vorinstanz verpflichtet, den Sachverhalt für jede einzelne Verfahrenspartei separat zu erstellen und abzuklären. Entsprechend muss sie den Kartellrechtsverstoss jeder Verfahrenspartei einzeln zur Last legen. Insbesondere hat sie die jeweilige Beteiligung an der Absprache individuell nachzuweisen (zum Ganzen vgl. Urteil des BVGer B-807/2012 vom 25. Juni 2018, *Erne*, E. 8.5 m.H.).

6.5 Die allgemeinen Beweisregeln gelten auch, wenn eine Selbstanzeige vorliegt (Urteil des BVGer B-771/2012 vom 25. Juni 2018, *Cellere*, E. 6.5.4.3) und damit für die nachfolgende Beurteilung der Beweislage. Ob es in einem kartellrechtlichen Verwaltungsverfahren keine, eine oder mehrere Selbstanzeigen gibt, kann keinen Einfluss darauf haben, welches Beweismass für den Nachweis eines rechtserheblichen Sachumstandes erforderlich ist. Ebensowenig wirkt sich das Vorhandensein von Selbstanzeigen auf die Frage aus, wer die objektive Beweislast und damit die Folgen der Beweislosigkeit trägt.

Bei Aussagen sowie Urkunden von Selbstanzeigern und "nicht kooperierenden" Unternehmen handelt es sich um Parteiauskünfte im Sinne des Art. 12 Bst. b VwVG, welche der freien Beweiswürdigung unterliegen (Urteil des BVGer B-771/2012 vom 25. Juni 2018, *Cellere*, E. 6.5.5.4 m.H.).

6.6 Somit haben die Wettbewerbsbehörden insbesondere den Überzeugungsbeweis dafür zu erbringen, dass bestimmte Händler von Fahrzeugen der VW-Konzernmarken untereinander maximale Rabatte sowie minimale Ablieferungspauschalen vereinbarten, um diese anschliessend über sog. Stammtische im Rahmen des VPVW weiterzuverbreiten und letztlich zu Lasten der Kunden höhere Margen aus ihren Automobilverkäufen zu erzielen. Dementsprechend liegt es auch an der Vorinstanz, der Beschwerdeführerin mit dem Regelbeweismass des Überzeugungsbeweises individuell nachzuweisen, dass sich diese in der vorgeworfenen Form an der fraglichen Absprache beteiligte.

7.

Als zusammenfassende Würdigung der Beweismittel sowie der Darlegungen der Verfahrensparteien hielt die Vorinstanz in ihrer Sanktionsverfügung fest, die Verfahrensparteien und die Selbstanzeigerin hätten sich auf eine gemeinsame Rabattpolitik geeinigt. Anschliessend hätten sie eine gemeinsame Konditionenliste für maximale Preisnachlässe und minimale Ablieferungspauschalen zur Abgabe der Erstofferte für Neufahrzeuge der Marken des VW-Konzerns vereinbart. Zur Umsetzung des abgestimmten Rabattverhaltens hätten sie regionale Stammtische des VPVW durchgeführt und die Präsentation "Projekt Repo 2013" gehalten. Dies stelle eine Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG i.V.m. Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG über die direkte oder indirekte Festsetzung von Preisen dar. Die gesetzlich statuierte Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs könne durch den vorhandenen Aussenwettbewerb widerlegt werden. Die Abrede beeinträchtige den Wettbewerb jedoch auf allen relevanten Märkten erheblich im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG. Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gemäss Art. 5 Abs. 2 KG lägen keine vor. Es handle sich somit um eine unzulässige Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 Abs. 3 i.V.m. Abs. 1 KG.

8.

Materiell muss vorerst geprüft werden, ob sich die Beschwerdeführerin an einer Wettbewerbsabrede nach von Art. 4 Abs. 1 KG beteiligte.

8.1 Die Beschwerdeführerin verneint, eine Abrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG geschlossen zu haben. Zur Begründung legte sie in der Beschwerdeschrift dar, die Parteien hätten wiederholt vorgebracht, dass der Gegenstand der vermeintlichen Abrede, namentlich die Konditionenliste, nie als eine Vereinbarung im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG über die gemeinsame Festsetzung des Verkaufspreises oder einen Verzicht auf abweichende Konkurrenzangebote zu verstehen gewesen sei.

Die Vorinstanz halte fest (z.B. in Ziff. 151 der Sanktionsverfügung), dass die internen Konditionenlisten nur den in einer Erstofferte zu verwendenden Rabatt beträfen. Weitere Zusatzkonditionen seien separat auszuweisen. Dies zeige klar, dass es um einen Verkaufsvorgang gegangen sei, welcher allenfalls strukturiert zu gestalten gewesen sei, um mehr Transparenz in der Offertdarstellung zu erreichen. Es sei den Händlern mithin freigeblieben, weitere "Zusatzkonditionen" zu gewähren. Die Annahme setze zudem voraus, dass die Konditionenlisten überhaupt eingesetzt worden wären. Dies sei indes nicht der Fall. Die Vorinstanz habe zu keinem Zeitpunkt behauptet, geschweige denn aufgezeigt, dass die Beschwerdeführerin die Konditionenlisten eingesetzt habe. Der relevante Parameter sei folglich eine reine Kalkulationshilfe.

Dies gehe auch aus dem Zusammenhang mit den Händlerumfragen bzw. der Präsentation hervor. Offensichtlich habe unter den Händlern eine gewisse Unzufriedenheit bestanden, gerade auch was die Administration anbelange. Vor diesem Hintergrund habe der VPVW Massnahmen wie die Konditionenliste(n) beschlossen, um den Händlern eine Erleichterung bei der Offertdarstellung zu bieten. Es erfordere keine allzu grossen Kenntnisse des Marktes, um zu wissen, dass Erstofferten gegenüber dem Konsumenten in der Praxis irrelevant seien. Hätte die Vorinstanz auch nur minimste Untersuchungshandlungen vorgenommen, wäre auch ihr erschliessbar geworden, dass es bei der Erstofferte einzig um den Versuch einer Systematisierung im Sinne einer Kalkulationshilfe gegangen sei.

Folglich habe der Austausch unter den Parteien keinen Wettbewerbsparameter zum Gegenstand gehabt, weshalb er nicht zu einer Sanktionierung habe führen können. Dass die Vorinstanz es versäumt habe, nebst den Informationen des Kronzeugen eine einzige Kalkulationshilfe der Beschwerdeführerin zu finden und zu den Akten zu legen, dürfe nicht den Parteien angelastet werden. Die Wahrheit sei zudem viel einfacher: Mögliche Kalkulationshilfen habe die Beschwerdeführerin zu keinem Zeitpunkt eingesetzt.

Von einem Zusammenwirken könne nicht gesprochen werden. Ein solches würde eine abgestimmte Verhaltensweise beinhalten. Diese sei von der Preisführerschaft abzugrenzen. Unverständlich sei, warum die Vorinstanz die Problematik der Preisführerschaft nicht einmal ansatzweise abzuklären versucht habe, zumal neben den Parteien auch die Selbstanzeigerin auf die Preisführerschaft der [Q._____ AG] aufmerksam gemacht habe. Erklärbar sei dieses Untätigbleiben der Vorinstanz nur mit dem bereits vorgefassten Ergebnis der Untersuchung.

Eine angebliche Vereinheitlichung der Preisnachlässe und Ablieferungspauschalen sei von den Parteien stets bestritten und von der Vorinstanz nicht ansatzweise belegt worden. Die Beschwerdeführerin habe sich zu keinem Zeitpunkt an einer Abrede über einen Wettbewerbsparameter beteiligt. Aufgrund der Preisführerschaft der Selbstanzeigerin sei zudem eine Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG von vornherein ausgeschlossen. Der Gegenstand der angeblichen Abrede sei schliesslich auch gar nicht geeignet, eine Wettbewerbsabrede zu bezwecken oder zu bewirken. Eine Kalkulationshilfe und Offertdarstellung (einer Erstofferte) könne diesen Zweck gar nicht erfüllen.

Ergänzend erklärte die Beschwerdeführerin in ihrer Replik, die Konditionenliste habe die Händler mit Bezug auf die Gewährung von Rabatten nicht eingeschränkt. Die Händler hätten immer die Möglichkeit, Rabatte zu gewähren. In der Konditionenliste seien entsprechende Rabatte explizit aufgeführt worden: Kundenrabatte, Flottenrabatte, Sportlerrabatte, Vorführungswagenrabatte sowie weitere Zusatzkonditionen. Sie seien jederzeit frei gewesen, die Konditionenliste anzuwenden. Für Ausscherer habe es zu keinem Zeitpunkt Sanktionsmassnahmen seitens der Kronzeugin gegeben. Das habe auch die Vorinstanz nicht bestritten und sich diesbezüglich im Rahmen ihrer Ausführungen lediglich auf sehr allgemein gehaltene Passagen in E-Mails gestützt. Es lägen denn auch keine E-Mails vor, die etwaige Sanktionsmassnahmen gegen Ausscherer erwähnen würden.

Auf Preisführerschaft der Selbstanzeigerin gebe es objektive Hinweise, so z.B. ihren hohen Marktanteil, die Strukturen und Abhängigkeiten im Markt für den Verkauf der von der [Q._____ AG] importierten Fahrzeugmarken, die Vorteile aus der vertikalen Integration der Selbstanzeigerin sowie die wesentliche Übereinstimmung der Konditionenliste mit der von der Selbstanzeigerin unilateral erstellten Liste. Dementsprechend sei es wenig überraschend, dass die Konditionenliste erstmals von Herrn [...] von [Q._____ AG] Retail, dem Preisführer, mit E-Mail vom 22. Januar 2013 an die Parteien versandt worden sei.

Eine gemeinsame Abstimmung habe es nicht gegeben. Die Konditionenliste sei allein das Ergebnis der führenden Stellung der Selbstanzeigerin im Markt. Diese Stellung spiegle sich auch in der Vorabklärung 22-0449, in der sich die WEKO mit den willkürlichen und diskriminierenden Massnahmen der [Q._____ AG] gegen ihre Handelspartner auseinandersetze, denn die [Q._____ AG] versuche, die eigenen Retailbetriebe besserzustellen und deren Position auf dem Retailmarkt zu stärken.

8.2 Auf ihre Sanktionsverfügung und ihre Bekanntmachung vom 1. Januar 2006 betreffend die Voraussetzungen für die kartellgesetzliche Zulässigkeit von Abreden über die Verwendung von Kalkulationshilfen verweisend, erwiderte die WEKO, vorliegend gehe es um eine vereinbarte Konditionenliste über maximale Preisnachlässe und minimale Ablieferungspauschalen, also Beträge und Prozentsätze für die Offertstellung, die im Rahmen der

Verkaufsverhandlungen mit den Endkunden hätten verwendet werden müssen. Es handle sich somit nicht um Angaben und Formeln zur Kalkulation der Kosten oder zur Bestimmung der Preise oder um einen Austausch über die Kostenrechnung. Die vereinbarte Konditionenliste könne also nicht als Kalkulationshilfe qualifiziert werden. Aus der E-Mail-Korrespondenz und der Präsentation gehe zudem eindeutig hervor, dass Gegenstand des Projekts "Repo 2013" nicht die Offertdarstellung, sondern die Vereinbarung und die Umsetzung eines einheitlichen Rabattverhaltens (Reduzierung der Preisnachlässe um 2 %) gewesen seien.

Zum Vorbringen der Beschwerdeführerin betreffend Preisführerschaft der [Q._____ AG] gelte es, wie bereits in der angefochtenen Verfügung ausgeführt, Folgendes klarzustellen: Zwischen einer kollektiven, bewussten und gewollten Aktion verschiedener Unternehmen zum Bezwecken oder Bewirken einer Wettbewerbsbeschränkung (Wettbewerbsabrede) und einer reinen Orientierung der kleinen Konkurrenten an den Vorgaben des Preisführers bestehe ein entscheidender Unterschied. Preisführerschaft liege vor, wenn andere Unternehmen dem Preisführer bezüglich der Preise ohne Abstimmung folgten. Vorliegend hätten die Beschwerdeführerin und die anderen beteiligten Unternehmen nicht einfach entschieden, die Preise einer Konkurrentin zu befolgen, sondern eine Konditionenliste für maximale Preisnachlässe und minimale Ablieferungspauschalen vereinbart und Stammtische zur Verbreitung der abgestimmten Rabattpolitik durchgeführt. Die Tatsache, dass die [Q._____ AG] möglicherweise über Preisführerschaft verfüge, könne nicht mit dem Ausschluss einer Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG beim vorgeworfenen Verhalten gleichgesetzt werden.

Dass die [Q._____ AG] gleichzeitig in den Bereichen Import und Retail tätig sei, schliesse ein koordiniertes Verhalten, wie im vorliegenden Fall zwischen den zugelassenen Händlern der [Q._____ AG], nicht aus. Die Beschwerdeführerin und die anderen beteiligten Unternehmen, einschliesslich [Q._____ AG] RETAIL, hätten ein gemeinsames Interesse gehabt, die vorliegende Wettbewerbsabrede abzuschliessen, da ihnen durch das koordinierte Wettbewerbsverhalten ein Vorteil (Gewinn) habe zukommen können. Mit der Senkung der Preisnachlässe um 2 % seien "Mehreinnahmen von ca. 75'000.- pro 100 Einheiten" vorgesehen gewesen. Herr [R._____ AG] habe sogar von "einer Chance von ca. 24 Mio." gesprochen.

Duplizierend erklärte die WEKO, die Beschwerdeführerin bringe vor, dass die Händler jederzeit frei gewesen seien, Rabatte zu gewähren und die Konditionenliste anzuwenden und dass entsprechende Rabatte in der Konditionenliste explizit aufgeführt worden seien. Diese Aussagen stünden im Widerspruch zur Behauptung der Beschwerdeführerin, die vereinbarte Konditionenliste habe einzig der Systematisierung der Offertdarstellung gedient und nur als Kalkulationshilfe verwendet werden sollen. Zweifellos könne eine Liste, in der Rabatte ausdrücklich aufgeführt seien, nicht als Kalkulationshilfe qualifiziert werden.

Weiter halte die Beschwerdeführerin fest, dass es für Ausscherer zu keinem Zeitpunkt Sanktionsmassnahmen seitens der Kronzeugin gegeben habe. Sie vergesse jedoch einerseits, dass die Konditionenliste über maximale Preisnachlässe und minimale Ablieferungspauschalen Gegenstand einer horizontalen Preisabrede gewesen und nicht durch die [Q._____ AG] auf der Importstufe initiiert worden sei sowie andererseits, dass das "Projekt Repo 2013" einen Kontrollmechanismus für mögliche Verfehlungen vorgesehen habe. Gemäss Art. 4 Abs. 1 KG könnten schliesslich auch Vereinbarungen, welche für den Fall ihrer Nichteinhaltung keine Sanktionsmassnahmen vorsähen, Wettbewerbsabreden darstellen.

8.3 Art. 4 Abs. 1 KG definiert Wettbewerbsabreden als "rechtlich erzwingbare oder nicht erzwingbare Vereinbarungen sowie aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen von Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufen, die eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken".

8.3.1 Eine Vereinbarung manifestiert sich in einem bewussten und gewollten Zusammenwirken der beteiligten Unternehmen. Ob solches vorliegt, beurteilt sich nach den allgemeinen Regeln über den Vertragsschluss (Art. 1 ff. des Obligationenrechts vom 30. März 1911, OR, SR 220), welche eine - ausdrückliche oder stillschweigende - übereinstimmende gegenseitige Willensäusserung verlangen. Dabei entscheidet der wirkliche Wille der Parteien, nicht aber eine unrichtige Bezeichnung oder Ausdrucksweise (Art. 18 Abs. 1 OR). Rein unilaterale (beabsichtigte) Wettbewerbsbeschränkungen gelten nicht als Abreden. Allerdings kann eine einseitige Erklärung, verbunden mit entsprechender Durchsetzungsmacht, in eine Abrede nach Art. 4 Abs. 1 KG münden, wenn der Adressat den Willen des Erklärenden zu erkennen vermag und sich ihm explizite oder konkludenterweise unterzieht. Vereinbarungen nach Art. 4 Abs. 1 KG gehen über den obligationenrechtlichen, auf Austausch oder Gesellschaft beruhenden Vertrag hinaus, da sie sich auch auf rechtlich nicht erzwingbare Verhältnisse erstrecken (vgl. zum Ganzen: BGE 147 II 72, *Pfizer*, E. 3 und 144 II 246, *Altimum*, E. 6.4.1 sowie Urteil des BVGer B-552/2015 vom 14. November 2017, X. AG gg. WEKO, *Türbeschläge*, E. 4.1, je m.H.; SIMON BANGERTER/BEAT ZIRLICK, in: Roger Zäch et al. (Hrsg.): KG-Kommentar, Zürich / St. Gallen 2018, Art. 4 Abs. 1 N. 19 ff.; MARC AMSTUTZ/BLAISE CARRON/MANI REINERT, in: Vincent Martenet / Pierre Tercier / Christian Bovet (Hrsg.), Droit de la concurrence, Commentaire, 2. A., 2013, Art. 4 Abs. 1 KG N. 1 ff., 21 ff. m.H.).

8.3.2 Für die zweite Tatbestandsvariante des Art. 4 Abs. 1 KG bedarf es einer Abstimmung, eines darauf gestützten Verhaltens sowie eines Kausalzusammenhangs zwischen diesen beiden Elementen. Aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen umfassen zwar keinen auf Konsens gerichteten Austausch von Willensbekundungen, doch erfordern sie eine minimale Kommunikation, eine gegenseitige Fühlungnahme. Dazu fällt nicht nur ein bi- oder multilateraler Informationsaustausch, sondern auch ein einseitiges Informationsverhalten eines Unternehmens in Betracht, wenn davon ausgegangen werden kann, dass Wettbewerber ihr Marktverhalten entsprechend anpassen. Sodann muss die Abstimmung

umgesetzt worden sein. Dieser Abstimmungserfolg zeigt sich in der Regel in einem mehr oder weniger sichtbaren, tatsächlichen Marktverhalten. Auch innerbetriebliche Massnahmen können eine Umsetzung belegen. Zwischen Abstimmung und Abstimmungserfolg muss eine Kausalbeziehung vorliegen; ob allenfalls weitere Ursachen bestehen, ist unbeachtlich.

Mit der Aufnahme abgestimmter Verhaltensweisen in den Begriff der Abrede verdeutlichte der Gesetzgeber, dass sich die beteiligten Unternehmen nicht ausdrücklich ins Einvernehmen über ihr Marktverhalten gesetzt haben müssen. Der Begriff der Abrede soll lückenlos alle denkbaren Mittel der Verhaltenskoordination erfassen, welche die praktische Zusammenarbeit an die Stelle des mit Risiken behafteten Wettbewerbs treten lassen.

Aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG beruhen, wie erwähnt, kausal auf einem Mindestmass an Koordination. Letzteres unterscheidet sie vom erlaubten Parallelverhalten, einer legitimen Anpassung an das Handeln anderer Marktteilnehmer (vgl. zum Ganzen BGE 147 II 72, *Pfizer*, E. 3.4 und 129 II 18, *Buchpreisbindung I*, E. 6.3; Urteile des BVGer B-552/2015 vom 14. November 2017, *Türbeschläge*, E. 4.1 und B-8404/2010 vom 23. September 2014, *SFS*, E. 5.3.7, je m.H.; BANGERTER/ZIRLICK, Art. 4 Abs. 1 N. 22 und 53 ff.; AMSTUTZ/CARRON/REINERT, Art. 4 Abs. 1 KG N. 35).

Der Tatbestand der abgestimmten Verhaltensweise ist von der Preisführerschaft sowie von einseitigen Verhaltensweisen, die allenfalls von Art. 7 KG erfasst werden, abzugrenzen; diese Fälle stellen keine Wettbewerbsabreden dar, da das Element der Abstimmung fehlt (ROGER ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, 2. A., 2005, N. 368 f.; vgl. PATRICK L. KRAUSKOPF/OLIVIER SCHALLER, in: Marc Amstutz / Mani Reinert (Hrsg.): Kartellgesetz, Basler Kommentar, 2. A., 2021, Art. 5 N. 65 , wonach der Tatbestand einer Abrede gemäss Art. 4 Abs. 1 KG bei Preisführerschaft nicht erfüllt ist; ROLF H. WEBER/STEPHANIE VOLZ, Wettbewerbsrecht - Fachhandbuch Expertenwissen für die Praxis, 2013, N. 2.117). Preisführerschaft, wie sie die Beschwerdeführerin behauptet, kann sich ergeben, wenn ein Unternehmen seinen Preis aufgrund von Effizienzvorteilen so festzulegen vermag, dass die anderen gerade noch kostendeckend verkaufen können. Erhöht das führende Unternehmen den Preis, werden die schwächeren Konkurrenten nachziehen. Sie werden es nicht wagen, ihm mittels tieferer Preise Marktanteile abzunehmen, denn er könnte seine Preise jederzeit wieder senken und den Preiskampf letztlich gewinnen (vgl. ZÄCH, N. 369; BANGERTER/ZIRLICK, Art. 4 Abs. 1 KG N. 67 m.H.; AMSTUTZ/CARRON/REINERT, Art. 4 Abs. 1 KG N. 119; KRAUSKOPF/SCHALLER, Art. 5 KG N. 65).

8.3.3 Beim Bezwecken oder Bewirken einer Wettbewerbsbeschränkung handelt es sich schon dem Wortlaut von Art. 4 Abs. 1 KG nach um alternative Voraussetzungen. Von Bezwecken geht die Rechtsprechung aus, wenn bereits der Gegenstand der Verhaltenskoordination auf Begrenzung oder Ausschaltung eines oder mehrerer relevanter Wettbewerbsparameter abzielt (U rteile des BVGer B-807/2012 vom 25. Juni 2018, *Erne*, E.9.3.1 m.H.) oder den Wettbewerb potentiell beeinträchtigen kann (vgl. BGE 143 II 297, *Gaba*, E. 5.4.2 und 5.6; Urteil des BVGer B-807/2012 vom 25. Juni 2018, *Erne*, E. 9.3.1 m.H.).

Mit der Variante des Bewirkens bestimmt Art. 4 Abs. 1 KG, dass es für Abreden oder aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen keine besondere subjektive Absicht der Beteiligten braucht. Ebensowenig muss aus dem Inhalt einer Abrede auf einen objektiven Zweck derselben geschlossen werden können. Entscheidend ist vielmehr, in welchem Ausmass der wirksame Wettbewerb durch eine Abrede oder aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen eingeschränkt wird. Es genügt, wenn eine Wirkung am Markt, die auf ein koordiniertes Verhalten der Beteiligten zurückzuführen ist, nachgewiesen werden kann. Die Verhaltenskoordination muss also kausal für die Wettbewerbsbeschränkung sein; diese darf nicht durch äussere Umstände hervorgerufen worden sein (vgl. zum Ganzen BGE 147 II 72, *Pfizer*, E. 3.6).

8.4 Nach Ansicht der Beschwerdeführerin hatte die Selbstanzeigerin nicht nur Preisführerschaft, sondern auch weitergehend eine führende oder anstiftende Rolle inne. Da jedenfalls Preisführerschaft einer Abrede möglicherweise entgegenstehen könnte, ist die Frage nach einer führenden Stellung der Selbstanzeigerin in diesem Sinne zuerst zu behandeln.

8.4.1 Die Beschwerdeführerin argumentiert, der hohe Marktanteil der Selbstanzeigerin sei ein Indiz für deren führende Rolle. Gemäss Vorinstanz betrage der Marktanteil der Selbstanzeigerin [...] bis [...] %. Aufgrund dessen verfüge diese nicht nur über eine grosse Macht und ein flächendeckendes Vertriebsnetz, sondern auch über Grössen- und Verbundvorteile, welche die von der Selbstanzeigerin unabhängigen zugelassenen Händler der VW-Marken nicht nutzen könnten.

Die Selbstanzeigerin sei vertikal integriert, während die Beschwerdeführerin und die übrigen Verfügungsadressatinnen Konkurrentinnen von [Q._____ AG] Retail seien. Diese gehöre zur [Q._____ AG], ebenso wie die [Q._____ AG] Import, welche alle zugelassenen Händler beliefere, sowohl unabhängige wie die Verfügungsadressatinnen als auch [Q.-_____ AG]-Retail-Betriebe. Folglich sei die [Q._____ AG] zugleich Konkurrentin und Lieferantin, was eine Abhängigkeit der zugelassenen Händler von ihrer grössten Konkurrentin bedeute. Durch die vertikale Integration der Selbstanzeigerin verfügten ihre eigenen Retailbetriebe hinsichtlich Entwicklung der Modellpalette, Einführung von Sondermodellen etc. über privilegierte Bezugskonditionen und einen grossen Informationsvorsprung gegenüber den unabhängigen zugelassenen Händlern. Dies erlaube es der Selbstanzeigerin, im Intrabrand-Wettbewerb eine führende Rolle zu übernehmen.

Aus E-Mail-Passagen werde denn auch ersichtlich, dass [Q._____ AG] die treibende Kraft gewesen sei. Er habe eine koordinierende Rolle gehabt und zudem die Empfänger seiner E-Mails wiederholt angestiftet, indem er Schreiben aufgesetzt, Listen verschickt und sie über seine internen Kommunikationsvorkehrungen informiert habe, was die Empfänger gewissermassen motiviert und unter Druck gesetzt habe, dasselbe zu tun. Die Relevanz der Rolle der Selbstanzeigerin manifestiere sich auch darin, dass die endgültige Konditionenliste über-

wiegend der unilateral erstellten Liste von [Q._____ AG] entsprochen habe.

Der Gesetzgeber habe keine Bestimmung erlassen wollen, die es marktmächtigen Unternehmen erlaube, kleine Konkurrenten zu (hier bestrittenem) kartellrechtswidrigem Verhalten zu veranlassen, um sie wenig später unter Beanspruchung der Kronzeugenregelung für sich selbst mit Hilfe der WEKO aus dem Markt zu drängen und die eigene Marktposition auszubauen.

8.4.2 Nach Auffassung der Vorinstanz lässt sich aus der E-Mail-Korrespondenz zwischen den Parteien nicht schliessen, dass [...] bzw. die [Q._____ AG] eine anstiftende oder führende Rolle beim inkriminierten Wettbewerbsverstoss gespielt hätte. Im Gegenteil sei, wie bereits in der angefochtenen Verfügung ausgeführt, ein grosser Teil des Projekts "Repo 2013" von [...] (Geschäftsführer der R._____ AG) vorbereitet und organisiert worden. Die Behauptung der Beschwerdeführerin, dass die Voraussetzungen für einen vollständigen Sanktionserlass nicht erfüllt seien, treffe daher nicht zu.

Die Tatsache, dass die Selbstanzeigerin gleichzeitig in den Bereichen Import und Retail tätig sei, schliesse ein koordiniertes Verhalten zwischen ihren zugelassenen Händlern nicht aus. Die Beschwerdeführerin und die anderen beteiligten Unternehmen, einschliesslich [Q._____ AG] Retail, hätten ein gemeinsames Interesse gehabt, die ihnen vorgeworfene Wettbewerbsabrede zu vereinbaren, da ihnen dadurch ein Vorteil habe zukommen können. Mit der Senkung der Preisnachlässe um 2 % seien Mehreinnahmen von ca. Fr. 75'000.- pro 100 Einheiten vorgesehen gewesen. [R._____ AG] habe sogar von "einer Chance von ca. 24 Mio." gesprochen.

Der Abredebegriff von Art. 4 Abs. 1 und damit auch Art. 5 Abs. 3 KG sehe keineswegs vor, dass Abreden nicht möglich seien, wenn ein beteiligtes Unternehmen über Marktmacht verfüge. Eine Machtstellung eines Abredepartners könne möglicherweise zur Folge haben, dass ein Unternehmen gegen seine eigenen Interessen dazu gedrängt werde, eine Abrede einzugehen. Dies würde aber nicht bedeuten, dass keine Abrede vorliege; allenfalls wäre es bei der Sanktionierung zu berücksichtigen.

Im Rahmen einer Umstrukturierung des Vertriebsnetzes habe die Selbstanzeigerin in den vorangegangenen fünf Jahren verschiedene Händler- und Serviceverträge gekündigt. Die kartellrechtliche Konformität dieser Kündigungen werde in der Vorabklärung "22-0449: [Q._____ AG] Vertriebsnetz" geprüft. Der Gegenstand dieser Vorabklärung sei jedoch ein anderer als derjenige der Untersuchung "22-0439: VPVW Stammtische / Projekt Repo 2013".

8.4.3 Vorab ist das Argument der Beschwerdeführerin, die Selbstanzeigerin habe eine anstiftende oder führende Rolle innegehabt, zu betrachten.

8.4.3.1 Wenn ein an einer unzulässigen Abrede nach Art. 5 Abs. 3 KG beteiligtes Unternehmen an deren Aufdeckung und Beseitigung mitwirkt, kann auf eine Sanktion ganz oder teilweise verzichtet werden (Art. 49a Abs. 2 KG). Gemäss Art. 8 Abs. 2 Bst. a SVKG erlässt die WEKO die Sanktion aber (neben weiteren Voraussetzungen) nur, wenn das Unternehmen kein anderes zur Teilnahme am Wettbewerbsverstoss gezwungen und nicht die anstiftende oder führende Rolle bei diesem Verstoss eingenommen hat.

Was als anstiftende Rolle im Sinne von Art. 8 Abs. 2 Bst. a SVKG zu verstehen ist, wird in dieser Verordnung nicht definiert. Art. 24 des Schweizerischen Strafgesetzbuches vom 21. Dezember 1937 (StGB, SR 311.0) lässt sich entnehmen, dass Anstiftung darin besteht, jemanden zu einer Tat zu bestimmen. Kartellrechtlich bedeutet Anstiftung im Wesentlichen, dass ein (oder mehrere) Unternehmen - im Bewusstsein der Kartellrechtswidrigkeit eines bestimmten Verhaltens - allein oder gemeinsam den Entschluss eines (oder mehrerer) anderer Unternehmen weckt / wecken, eine Wettbewerbsbeschränkung zu begehen bzw. sich daran zu beteiligen. Analog zum Strafrecht kommt als Mittel grundsätzlich jedes motivierende Verhalten in Frage (CHRISTOPH TAGMANN/BEAT ZIRLICK, in: Marc Amstutz / Mani Reinert (Hrsg.): Kartellgesetz, Basler Kommentar, 2. A., 2021, Art. 49a N. 76).

8.4.3.2 Art. 8 Abs. 2 Bst. a SVKG setzt voraus, dass die Selbstanzeigerin an einer unzulässigen Wettbewerbsabrede beteiligt war. Sollte sie zu Unrecht als Selbstanzeigerin anerkannt worden sein, wie die Beschwerdeführerin meint, wäre eine Abrede also nicht ausgeschlossen. Fraglich mag nach den Vorbringen der Beschwerdeführerin allenfalls scheinen, ob die Selbstanzeigerin auf eine Weise dominierend wirkte, dass eine Wettbewerbsabrede jedenfalls zwischen ihr und der Beschwerdeführerin gar nicht entstehen konnte.

8.4.3.3 Indizien dafür, dass die Selbstanzeigerin die Beschwerdeführerin zur Teilnahme am angezeigten Wettbewerbsverstoss gezwungen hätte, sind nicht ersichtlich. Auch die Beschwerdeführerin beruft sich nicht auf eigentlichen Zwang. Ebensowenig lässt sich aber feststellen, dass die Selbstanzeigerin die Beschwerdeführerin zum vorgeworfenen Verhalten speziell motiviert hätte. Die Beschwerdeführerin hätte sich auch ohne Weiteres davon distanzieren können, was sie jedoch nicht tat. Wie die nachfolgenden Erwägungen deutlich machen, vereinbarte sie vielmehr eine Wettbewerbsabrede mit der Selbstanzeigerin und anderen Unternehmen. Von einer anstiftenden oder führenden Rolle der Selbstanzeigerin gegenüber der Beschwerdeführerin in dem Sinne, dass zwischen ihnen keine Abrede hätte zustandekommen können, ist daher nicht auszugehen.

8.4.4 Sodann ist die Frage der Preisführerschaft der Selbstanzeigerin näher zu beleuchten. Wie erwähnt, könnte eine solche Konstellation einer Abrede möglicherweise entgegenstehen.

8.4.4.1 Bei ihrer Protokollaussage vom 4. April 2013 gegenüber den Wettbewerbsbehörden legte die Selbstanzeigerin unter anderem Folgendes dar (Zitat):

> Die Q._____ AG ist autorisierter Importeur für Neufahrzeuge der Volkswagen-Konzernmarken VW PW, VW Nutzfahrzeuge, Audi, SEAT und Skoda in der Schweiz und im Fürstentum Liechtenstein (Geschäftsbereich [Q._____ AG] IMPORT). Zudem ist sie auf der Einzelhandelsebene mit eigenen autorisierten Händler- und Werkstatt-Betrieben für die er-

wähnten Fahrzeugmarken sowie die Volkswagen-Konzernmarke Porsche tätig (Geschäftsbereich [Q._____ AG] RETAIL).

[...]

Aufgrund der Preisführerschaft der Q._____ AG deckt sich die vereinbarte Konditionenliste weitgehend mit der internen Konditionenliste der Q._____ AG für ihre RETAIL-Betriebe. Die aktuelle Fassung dieser internen Konditionenliste hat die Q._____ AG am 15. März 2013 an alle [Q._____ AG] RETAIL-Betriebe verteilt [...]. Die Verteilung dieser Konditionenliste erfolgt zwar jeweils nur intern. Naturgemäss gelangt die Liste aber bisweilen in die Hände anderer autorisierter Händler, die nicht zu [Q._____ AG] RETAIL gehören. Dies führt in der Praxis dazu, dass sich das Preisniveau aufgrund des normalen Marktverhaltens der Marktteilnehmer jeweils in einem gewissen Masse angleicht.

In ihrem Begleitschreiben vom 15. März 2013 zur Verteilung der vorstehend erwähnten Konditionenliste an ihre Retailbetriebe hielt die Selbstanzeigerin fest (Zitat):

Im Januar haben Sie von uns die neue Konditionenliste 2013 erhalten und bereits gibt es eine neue Version davon.

Warum?

Wie Sie alle wissen, haben nun die Marken VW-PW, VW-NF und Skoda ihre Preise ebenfalls repositioniert und dies ist für [Q._____ AG] RETAIL und den Handel generell die einmalige Gelegenheit (wie wir das bei Audi letztes Jahr nach der Repositionierung erfolgreich gemacht haben), durch ein leicht reduziertes Rabattverhalten unsere Profitabilität nachhaltig zu steigern, denn wir haben es trotz massiven Ergebnisverbesserungen in 2012 von [...] CHF in 2011 auf [...] CHF in 2012) noch immer dringend nötig, um das erstrebte Ziel, schwarze Zahlen zu erreichen.

Um nicht weiter an Ertragskraft zu verlieren, bitten wir Sie alle dringend, diese neue Liste per sofort anzuwenden und umzusetzen.

Sollten Sie in Ihrer Tätigkeit Offerten von Mitbewerbern sehen oder zugespielt erhalten, welche ggü. unserer Liste erhöhte Rabatte enthalten, bitten wir Sie, diese über ihre Geschäftsführer an die Leiter der Region weiterzuleiten.

[...]

Es gilt nach wie vor der Grundsatz, dass die Geschäftsführer vor Ort in eigener Kompetenz die Konditionen für Service- und Vertriebspartner in ihrem eigenen Verkaufsgebiet festlegen.

[...].

Hierzu bleibt festzuhalten, dass kartellrechtlich nicht relevant ist, was die Selbstanzeigerin gegenüber ihren Retailbetrieben anordnete. Konzerninterne Absprachen fallen nicht in den Anwendungsbereich des KG (vgl. Urteile des BVGer B-3962/2013 vom 30 Oktober 2019, *Diffulivre*, E. 6.1, B-831/2011 vom 18. Dezember 2018, *SIX*, E. 51 und B-581/2012 vom 16. September 2016, *Nikon*, E. 4.1.5, zu Art. 2 Abs. 1bis KG). Das Konzernprivileg erlaubt Massnahmen im Innenverhältnis, jedoch keine Disziplinierung unabhängiger Händler (vgl. zum Konzernprivileg die Urteile des BGer 2C_43/2020 vom 21. Dezember 2021, *Dargaud*, E. 7.2 f. m.H., sowie des BVGer B-581/2012 vom 16. September 2016, *Nikon*, E. 7.2.3).

8.4.4.2 Laut Anhörungsprotokoll der Vorinstanz vom 24. August 2015 äusserte sich der Geschäftsleiter der Beschwerdeführerin betreffend Preisführerschaft der Selbstanzeigerin wie folgt (Zitat):

Ja, die Preisführerschaft ist gegeben, weil es [...] oder [...] [Q._____ AG]-Betriebe in der Schweiz gibt. Wir werden gezwungen, bei [...] - [...] % Anteil Flottenhandel Flottenrabatte zu gewähren, je nach Modell und Marke. Für den Rest gibt es einen grossen Anteil an Sondermodellen; dort sind die Preise als Nettopreise ausgeschrieben, und wir sind gezwungen, diese Preise weiterzuverrechnen. Wenn wir Flotten haben, gibt es ein Blatt [auf Anmerkung beim Verlesen: Gemeint sind die Rahmenverträge.] da steht z.B. drauf [...] mit so viel Rabatt, und dann ist es klar. Und auch bei den übrigen Modellen sind wir zur Einhaltung von Preisen gezwungen. Der Zwang kommt von [Q._____ AG]. Wenn ich eine Flotte habe und nicht offeriere, was der zugut hat, mache ich das Geschäft nicht. 2013 waren [...] % Sondermodelle. Dort steht riesengross rot "Netto", damit der Verkäufer nicht reinrasselt, damit wir diesen Nettopreis offerieren können. Die restlichen [...] % sind ganz normale Kunden. Das bedeutet die Preisführerschaft von [Q._____ AG] Import (nicht von [Q._____ AG] Retail). Wir bekommen 5 - 6 Mal pro Jahr eine Flottenrabatt-Liste, wenn z.B. ein neues Modell kommt. Dann gibt es ein Blatt, das müssen wir durcharbeiten. Und wenn die [Q._____ AG] die Rahmenverträge ändert, dann gibt es ein Rundschreiben und bei Anfragen eines speziellen Kunden müssen wir dort nachschauen. Z.B. heute morgen: Es ging um eine Offerte für die [...], dann hat mir der Kunde gesagt, er habe von [Q._____ AG] eine Konkurrenzofferte mit [...] %, da muss ich natürlich mithalten.

8.4.4.3 Unter der Überschrift "Vorbringen der Verfahrensparteien" stellte die WEKO in Ziff. 71 der Sanktionsverfügung vom 19. Oktober 2015 zum Thema "Preisführerschaft" fest, die Untersuchungsadressatinnen machten geltend, die Selbstanzeigerin habe eine führende Rolle bei der allfälligen Absprache gespielt, da sie hohe Marktanteile besitze und ihr ausserdem die Preisführerschaft zukomme. Insbesondere machten diese Parteien geltend, dass die Selbstanzeigerin [...] % des Verkaufs von Neuwagen der Marken des VW-Konzerns kontrolliere und ihre interne Konditionenliste mit der angeblich vereinbarten übereinstimme.

Die WEKO würdigte dieses Vorbringen in Ziff. 86 der angefochtenen Verfügung mit den Worten, die Tatsache, dass die Selbstanzeigerin möglicherweise über hohe Marktanteile und die Preisführerschaft verfüge, könne nicht ohne Weiteres mit einer führenden Rolle beim vorgeworfenen Verhalten gleichgesetzt werden. In Bezug auf den untersuchten Sachverhalt bestünden keine Hinweise auf eine anstiftende oder eine führende Rolle der

Selbstanzeigerin. Es gelte im Gegenteil darauf hinzuweisen, dass ein grosser Teil des Projekts "Repo 2013" von der [R._____ AG] vorbereitet und organisiert worden sei. So habe Herr [R._____ AG] die Diskussion während der VW PW MVR-Tagung und die Idee des Projekts "Repo 2013" für die anderen Teilnehmer zusammengefasst, diese angehalten, sich zu engagieren und mitzuziehen und ihnen die Terminvorschläge für die gemeinsame Besprechung (unter anderem auch den 6. Februar 2013) unterbreitet. Herr [R._____ AG] habe ausserdem vorgeschlagen, weitere wichtige Händler zur Teilnahme am Projekt "Repo 2013" einzuladen. Er habe auch dafür gesorgt, Herrn [...] (Direktor der X._____ AG), der am Treffen vom 6. Februar 2013 abwesend gewesen sei, zu informieren. Herr [R._____ AG] sei ausserdem der Autor der Präsentation, was ihn als wichtigen Urheber des Projekts "Repo 2013" auszeichne.

Sodann erwog die WEKO in Ziff. 230 f. ihrer Sanktionsverfügung, zwischen einer kollektiven, bewussten und gewollten Aktion von verschiedenen Unternehmen für das Bezwecken oder Bewirken einer Wettbewerbsbeschränkung (Wettbewerbsabrede) und einer reinen Orientierung der kleinen Konkurrenten an den Vorgaben des Preisführers bestehe ein entscheidender Unterschied. Bei ihrer Anhörung sei die Selbstanzeigerin mit dem Vorwurf der Preisführerschaft konfrontiert worden. Gemäss ihrer Aussage orientierten sich ihre zugelassenen Händler, die sog. freien Vertragspartner, aufgrund der starken Präsenz der Retailbetriebe der Selbstanzeigerin in gewissen Regionen der Schweiz an deren Konditionen oder Angeboten. Wörtlich lautet die entsprechende Aussage des Leiters "Dealer Operations" der Selbstanzeigerin zur Preisführerschaft (Zitat):

> In diesem Zusammenhang gemeint ist, dass die [Q._____ AG] Retail als Organisation in gewissen Regionen der Schweiz sehr stark vertreten ist und somit andere freie Vertragspartner sich an den Konditionen oder Angeboten der [Q._____ AG] Retail orientieren. Wenn ein grosser Betrieb wie die [Q._____ AG] Retail am Markt agiert, ist es früher oder später offensichtlich, wo das Rabattverhalten ist, was auch einem kleineren Partner ermöglicht, sich am Verhalten der [Q._____ AG] Retail zu orientieren.

Zusammenfassend erwog die WEKO in Ziff. 233 ihrer Sanktionsverfügung, die Tatsache, dass die Selbstanzeigerin möglicherweise über Preisführerschaft verfüge, könne nicht mit dem Ausschluss einer Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG beim vorgeworfenen Verhalten gleichgesetzt werden. Aus dem Beweismaterial gehe klar hervor, dass die Parteien und die Selbstanzeigerin die einzelnen Konditionen, d.h. Preisnachlässe und Ablieferungspauschalen, gemeinsam abgestimmt und sich nicht einfach an den Konditionen oder Angeboten von [Q._____ AG] Retail orientiert hätten.

8.4.4.4 Die Formulierung, bei ihrer Anhörung sei die Selbstanzeigerin mit dem Vorwurf der Preisführerschaft konfrontiert worden, erscheint unglücklich, denn sie vermag die tatsächlichen Ereignisse in ein falsches Licht zu rücken. Unerwähnt blieb in den vorinstanzlichen Erwägungen nämlich, dass sich die Selbstanzeigerin schon in ihrer Protokollaussage vom 4. April 2013 ausdrücklich als Preisführerin charakterisiert hatte. Auch die oben (E. 8.4.4.1 a.E.) aus dem Begleitschreiben vom 15. März 2013 zitierte Passage, grundsätzlich würden die Geschäftsführer vor Ort in eigener Kompetenz die Konditionen für Service- und Vertriebspartner in ihrem Verkaufsgebiet festlegen, könnte auf Preisführerschaft der Selbstanzeigerin hindeuten. Solche schloss die WEKO in ihrer Sanktionsverfügung (vgl. Ziff. 233) denn auch nicht aus, beleuchtete die Problematik allerdings nicht näher, weil jedenfalls eine Abrede vorliege.

8.4.4.5 Mit E-Mail vom 5. März 2013 an [R._____ AG], [...] (Geschäftsleiter der Y._____ AG), [X._____ AG] und [...] (Geschäftsführer der Z._____ AG) äusserte sich [Q._____ AG] betreffend "Konditionenliste nach unserem Meeting vom 6. Februar in der Autowelt" folgendermassen (auszugsweise zitiert):

> Wenn ich mir nun die Konditionen anschaue, dann haben wir bei den Detail-Kunden beim Polo von [...] % auf [...] % korrigiert und beim Golf von [...] % auf [...] %. Ich habe dabei ganz ehrlich Bedenken, dass wir das umgesetzt kriegen (insbesondere bei mir) da der Rabattunterschied - und die Polos, Golfs Einstiegsmodelle eben nicht günstiger werden - evtl. zu gross ist und wir ggü. Kunde Argumentationsnotstand haben werden.

Ich habe mich deshalb gefragt, ob wir die Konditionen Detail nicht auf [...] % anheben, so dass es leichter umsetzbar wird.

Hätte die Selbstanzeigerin im betreffenden Zeitraum tatsächlich als Preisführerin agiert, so hätte sie keine Veranlassung gehabt, sich bei (kleineren) Konkurrenzunternehmen zu erkundigen, ob sie mit bestimmten (Mindest-) Rabatten einverstanden wären. Vor allen Dingen hätte sie sich der von ihrer eigenen Präferenz abweichenden Meinung dieser Unternehmen kaum angeschlossen, wenn sie allfällige Preisführerschaft effektiv hätte ausspielen können. Vielmehr hätte sie sich dann einfach auf ihre Preissetzungsmacht verlassen, ohne sich mit der Konkurrenz abzusprechen. Umgekehrt wären die übrigen Beteiligten, darunter die Beschwerdeführerin, nicht in der Position gewesen, mit der Selbstanzeigerin über Verkaufskonditionen zu verhandeln, wenn sie sich im Rahmen des inkriminierten Sachverhalts mit Preisführerschaft konfrontiert gesehen hätten. Gerade die oben zitierte Äusserung zeichnet daher das Bild gleichgestellter Verhandlungspartner. Unter diesen Umständen bedarf es im vorliegenden Zusammenhang keiner näheren Abklärungen zur Frage eventueller Preisführerschaft der Selbstanzeigerin.

8.4.4.6 Mit Blick auf vertikale Verhältnisse bleibt zu beachten, dass Vereinbarungen oder abgestimmte Verhaltensweisen nicht durch ein "Preisdiktat" der Hersteller ausgeschlossen werden; massgebend ist allein, ob die Beteiligten auf der gleichen Marktstufe eine Abrede getroffen haben, die Preise in bestimmter Höhe festzusetzen (Urteil des BGer 2C_1016/2014 vom 9. Oktober 2017, Eidgenössisches Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung gg. Siegenia-Aubi AG, WEKO, E. 3.2).

8.4.4.7 Mitte Juni 2014, kurz nach ihrer Entlassung aus der Untersuchung, kündigte die Selbstanzeigerin Händler- und Serviceverträge, namentlich gegenüber der Beschwerdeführerin. Laut eigener Darstellung war die Beschwerdeführerin bis dahin als zugelassene Markengarage von der Selbstanzeigerin abhängig gewesen und hatte ihre Geschäftsbeziehungen sowie Investitionspläne auf eine Zukunft mit [Q._____ AG] Import als Geschäftspartnerin ausgerichtet.

Die Vorinstanz ging davon aus, dass die Selbstanzeigerin Händler- bzw. Serviceverträge auch gegenüber anderen Partnern kündigte, und sie liess die kartellrechtliche Konformität dieser Kündigungen in der Vorabklärung "22-0449: [Q._____ AG] Vertriebsnetz" prüfen. Diesbezüglich wurde in [...] Folgendes ausgeführt (Zitat):

> In einer Vorabklärung untersuchte das Sekretariat, ob Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung durch die Q._____ AG bestehen. Verschiedene Händler und Werkstätten der Marken des Volkswagen-Konzerns hatten Anzeige erstattet, weil die [Q._____ AG] versuche, durch willkürliche und diskriminierende Massnahmen gegenüber ihren Handelspartnern ihre [Q._____ AG] Retail-Betriebe besserzustellen und deren Position auf dem Detailhandelsmarkt zu stärken.

Mit Schlussbericht vom 1. Mai 2018 folgerte das Sekretariat, es bestünden Anhaltspunkte für unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen im Sinne von Art. 5 Abs. 1 und Art. 7 KG, die zur Eröffnung einer Untersuchung gemäss Art. 27 KG führen könnten. Bezüglich der Märkte für den Vertrieb neuer Kraftfahrzeuge sei davon auszugehen, dass die [Q._____ AG] nicht über eine marktbeherrschende Stellung verfüge.

Zwecks Beseitigung der fraglichen Umstände regte das Sekretariat gestützt auf Art. 26 Abs. 2 KG verschiedene Massnahmen hinsichtlich Preisgestaltung und Geschäftsbedingungen betreffend den Vertrieb neuer Kraftfahrzeuge sowie bezüglich Kundendaten, Berichterstattung und Informationssystem an und hielt fest, die Wettbewerbsbehörden verzichteten aus Gründen der Verhältnismässigkeit vorläufig auf die Eröffnung einer Untersuchung nach Art. 27 KG, sofern die [Q._____ AG] die Massnahmen umsetze (vgl. Schlussbericht des Sekretariats der WEKO vom 1. Mai 2018 in Sachen Vorabklärung gemäss Art. 26 KG betreffend 22-0449, [...] Vertriebsnetz, wegen allenfalls unzulässiger Wettbewerbsbeschränkungen gemäss Art. 5 und 7 KG).

Für das vorliegende Beschwerdeverfahren B-7834/2015 sind die Erkenntnisse dieser Vorabklärung nicht entscheidend, zumal das inkriminierte Verhalten früher stattfand und im Lichte auch der nachfolgenden Erwägungen als eigenständige Aktion bestimmter Händler unter Beteiligung von [Q._____ AG] Retail hinsichtlich des Verkaufs neuer Fahrzeuge erscheint.

8.5 In Ziff. 228 der angefochtenen Verfügung wurde eine Abrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG konstatiert (Zitat):

> Durch die Erstellung einer einheitlichen Konditionenliste für maximale Preisnachlässe und minimale Ablieferungspauschalen für Neufahrzeuge der Marken des VW-Konzerns (A. 3.3) haben die Parteien und die [Q._____ AG] eine gemeinsame Rabattpolitik vereinbart. Um die Umsetzung des abgestimmten Rabattverhaltens durch eine möglichst grosse Zahl autorisierter Händler der Marken des VW-Konzerns in der Schweiz sicherzustellen, haben die Parteien und die [Q._____ AG] zudem gemeinsam die Durchführung regionaler Stammtische im Rahmen des VPVW geplant und durchgeführt. Während dieser Anlässe wurde die vereinbarte Rabattpolitik den Teilnehmern mittels einer Präsentation mitgeteilt (A. 3.4). Aufgrund der vorliegenden Korrespondenz betreffend das "Projekt Repo 2013", des Inhalts der vereinbarten Konditionenliste sowie der von ihnen gehaltenen Präsentation ist festzuhalten, dass die betroffenen Unternehmen eine Vereinbarung i.S.v. Art. 4 Abs. 1 KG über die gemeinsame indirekte Festsetzung des Verkaufspreises respektive einen Verzicht auf abweichende Konkurrenzangebote getroffen haben.

8.6 Hintergrund der strittigen Wettbewerbsabrede ist, dass die [Q._____ AG] Import per 1. März 2013 die Listenpreise für VW-Personenwagen, VW-Nutzfahrzeuge und Skoda um durchschnittlich 13 %, per 1. April 2013 diejenigen für Seat um durchschnittlich 14,5 % reduzierte. Mit dieser sog. Preisrepositionierung ("Repo") sollten namentlich die zuvor eingeräumten Währungsrabatte ersetzt werden. Im Hinblick darauf unterhielten sich [Q._____ AG], [R._____ AG] und [Y._____ AG] an einer Tagung der Markenverantwortlichen für VW-Personenwagen vom 10. und 11. Januar 2013 über die Preisnachlässe der Fahrzeughändler.

8.6.1 Am 22. Januar 2013 (16.18 h) informierte [R._____ AG] die Vorstandsmitglieder des VPVW, darunter [Y._____ AG], wie folgt (E-Mail auszugsweise zitiert):

> Wir haben ja anlässlich der letzten MVR Tagung in [...] das Thema besprochen, in welcher Form wir uns auf die Repo von VW PW bzw. auch von Seat und Skoda vorbereiten möchten. Es steht in der Diskussion, dass wir unsere Nachlässe um -2% reduzieren möchten.
>
> [...]
>
> Zudem sprechen wir von einer "Chance" von ca. 24 Mio.

Ebenfalls am 22. Januar 2013 (23.50 h) sandte [Q._____ AG] [R._____ AG] Verkaufskonditionen von [Q._____ AG] Retail vom 19. Januar 2013 (mit Kopie an [Y._____ AG]), wobei er begleitend bemerkte (Zitat aus E-Mail):

> Sorry für die Verzögerung, aber ich schulde Dir noch unsere Konditionenliste, die wir letzte Woche besprochen haben.
>
> Bis zur Repo werden wir weiter die Liste aus 2012 anwenden. In dieser Liste ist bei Audi jeweils bei den Detailkunden ein Range von 0% - [...]% bzw. bis [...]% ausgewiesen gewesen (haben wir letztes Jahr nach Repo Audi so kommuniziert). Dies hatten wir deshalb gemacht, weil es sich insbesondere in Zürich nicht mit 0% machen liess.
>
> Die Ablieferungspauschalen haben wir aber um CHF [...] angehoben, so dass wir bei den Audis jetzt bei

CHF [...] liegen. Wir werden auf 2. HJ 2013, spätestens 2014 nochmals um CHF [...] anheben.

Bei der Repo-Geschichte machen wir sowieso mit und wir haben unseren Kontrollmechanismus schon definiert und ggü. unseren Geschäftsführern wird morgen kommuniziert, dass diese Liste verbindlich eingehalten wird, die Einhaltung bonusrelevant sein wird und bei nicht-Anwendung entsprechende Konsequenzen gezogen werden.

Am 23. Januar 2013 (10.03 h) schrieb [Q._____ AG] per E-Mail an [Y._____ AG] (mit Kopie an [R._____ AG]), was folgt (Zitat):

[...]

Wir haben ja unsere Liste vorerst genauso belassen wie 2012. Was wir aber unbedingt tun müssen, ist dass wir zusammensitzen und eine gemeinsame Liste erstellen, die wir dann wiederum in den regionalen Meetings besprechen können.

Wie [...] schon gesagt hat, ist die Herausforderung die konsequente Umsetzung des Rabattverhaltens und vor allem die KONTROLLE dazu und hier müssen wir uns was überlegen (und auch darüber nachdenken, was wir tun, wenn wir "Verfehlungen" feststellen).

Deshalb unterstütze ich eine Meeting mit den von [...] vorgeschlagenen Teilnehmern, wo wir dies alles klären und die Kommunikation in die Händlerregionen organisieren, denn wir müssen alle dasselbe sagen und sicherstellen.

Gleichentags (17.14 h) antwortete [Y._____ AG] [Q._____ AG] per E-Mail (mit Kopie an [R._____ AG]) wie folgt (Zitat):

Hallo [...], Hallo [...]

Meine Liste habe ich jetzt genau auf die von Retail abgestimmt, es ist ein wenig übersichtlicher weil alles auf einer A4 Seite Platz hat und noch gerade lesbar ist.

Der grösste Teil ist auch unverändert von 2012, was ich angepasst habe sind die Audi Detail Nachlässe, gerne würde ich das so meinen Kollegen irgendwie kommunizieren.

[...] muss auch noch sagen ob er damit leben kann. Es kann ja jeder seine Liste nehmen, wichtig für alle ist dass die privaten Händler in unseren Einzugsgebieten das auch zu wissen bekommen, denn gerade bei Audi schwirren immer noch die alten Nachlässe von [...] und [...]% umher.

Auch sollten wir mit einer gültigen Liste auf Anfang Februar an die Front können.

Ich nehme es auf mich wieder meine privaten Partner Kollegen damit zu bestücken.

Ich habe im Anhang noch einige positive und negative Beispiele von Neuwagen Offerten zum Schulen der Verkäufer um mehr Transparenz in die Wagenhandelsofferten zu bekommen.

[...] ist das so wie du dir das vorgestellt hast? Sind das die Beispiele die wir an einem Stammtisch diskutieren können?

In einem E-Mail vom 24. Januar 2013 an [Y._____ AG] (mit Kopie an [Q._____ AG]) führte [R._____ AG] unter anderem Folgendes aus (Zitat):

Hoi [...] und [...]

[...] Ich denke, dass es nicht so wichtig ist was bei den einzelnen Beträgen geschrieben wird sondern das erste Ziel wäre, dass wirklich alle Offerten bei allen Händlern separiert dargestellt werden und selbstverständlich auch ohne grosse Vermischung mit dem Eintauschpreis.

Obschon dies dann schwer in der Praxis ist gegen zu beweisen und zu kontrollieren. Aber mit diesem Restrisiko der Überzahlung des Eintausches müssen wir leben können.

[...]

Was wir bei dieser Gelegenheit auch ansprechen müssen ist die Ablieferungspauschale. Wir und [...] haben ja seit April 2012 eine Abl.p. von [...] bzw. bei kleineren Modellen eine von [...]. [...] hat ja nun nachgezogen auf ca. [...]. Besten Dank [...]! Es ist aber so, dass es immer noch grosse Unterschiede gibt. Auch dies müssen wir ansprechen.

Die Erfahrung hat z.B. bei uns gezeigt, dass es beim Kunden nur Diskussionen gibt, wenn eine Konkurrenzofferte vorliegt mit z.T. noch [...]. Sonst haben wir absolut keine Probleme sogar diese [...] auch bei einem Golf verrechnen zu können. [...] Also eine um Fr. 100.- höhere Abl.p. ergibt pro 100NW bekanntlich + Fr. 10'000.- in der Kasse !!

Ich habe noch kurz mit [...] und [...] sprechen können. Wie auch in den Antwortmails bestätigt, sind auch diese beiden Parteien einverstanden mitzuziehen und sich auch zu engagieren.

[...]

Am 6. Februar 2013 übermittelte [Q._____ AG] [R._____ AG], [Z._____ AG] und [Y._____ AG] in einem E-Mail unter der Überschrift "Konditionenlisten Audi und restliche Marken nach Repo" zwei vom 6. Februar 2013 datierende Tabellen mit dem Logo von [Q._____ AG] Retail, welche Ablieferungspauschalen sowie prozentuale Rabatte für die verschiedenen Modelle ausweisen und die Titel "Verkaufskonditionen Endkunden Neufahrzeuge 2013 (verbindliche Weisung) - generell zu überprüfen je nach Umfang / Höhe der Repo, ersetzt die Liste vom 18. Februar 2012, gültig ab Juni 2013, Anpassung Repo VW, Skoda, Seat" bzw. "Verkaufskonditionen Endkunden Neufahrzeuge 2013 (verbindliche Weisung), ersetzt die Liste vom 19. Januar 2012, gültig ab 18. Februar 2013 (Anpassung Audi)" tragen.

Ebenfalls am 6. Februar 2013 trafen sich [Q._____ AG], [R._____ AG], [Y._____ AG] und [Z._____ AG] zu einer Besprechung in [...].

Am 4. März 2013 sandte [Q._____ AG] zwei Tabellen per E-Mail an [R._____ AG], [Y._____ AG],

[X._____ AG] und [Z._____ AG]. Begleitend hielt er fest (Zitat):

> Beiliegend wie heute morgen vereinbart die am 6. Feb. vereinbarte Konditionenliste für die Stammtische bzg. Rabattverhalten nach Repo.
>
> [eingefügtes Dokument mit den Verkaufskonditionen für VW, Skoda und Seat per 1. März 2013]
>
> Zum Vergleich noch die Tabelle von [...], die er auf der Basis der obigen Liste dann für sich selbst erstellt hat.
>
> [Tabelle]
>
> Eine Frage gibt es allerdings noch, denn in der neuen Konditionenliste sind wir auch bei Seat von einer Repo ausgegangen, die es jetzt ja (noch) nicht gibt: Frage: Sollten wir trotzdem die reduzierten Nachlässe bei Seat verwenden oder möchtet ihr die alten Sätze, die zwischen 1-2 % höher waren in der Liste? Bitte mir Bescheid geben - ich würde dann die Liste nochmals für Seat anpassen.

In einem E-Mail vom 5. März 2013 (10.35 h; Betreff: "Konditionentabelle nach unserem Meeting vom 6. Februar in [...]") an [R._____ AG], [Y._____ AG], [X._____ AG] und [Z._____ AG] schrieb [Q._____ AG] unter anderem Folgendes (auszugsweise zitiert):

> [...]
>
> Wenn ich mir nun die Konditionen anschaue, dann haben wir bei den Detail-Kunden beim Polo von [...] % auf [...] % korrigiert und beim Golf von [...] % auf [...] %. Ich habe dabei ganz ehrlich Bedenken, dass wir das umgesetzt kriegen (insbesondere bei mir), da der Rabattunterschied - und die Polos, Golf Einstiegsmodelle eben nicht günstiger werden - evtl. zu gross ist und wir ggü. Kunde Argumentationsnotstand haben werden.
>
> Ich habe mich deshalb gefragt, ob wir die Konditionen Detail nicht auf [...] % anheben, so dass es leichter umsetzbar wird.

Gleichentags (18.14 h) erklärte [R._____ AG] gegenüber [Q._____ AG] (mit Kopie an [Z._____ AG], [X._____ AG] und [Y._____ AG]) per E-Mail (Zitat):

> Guten Abend miteinander
>
> Auch ich würde es begrüssen, wenn wir an diesen [...] % festhalten könnten. Denn auch andere Modelle bei anderen Marken sind betroffen und somit kämen dann auch diese Verkäufer auf die Idee, die Konditionen zu heben. Es ist uns sicher allen bewusst, dass die Ausgangslage der Einpreisung nicht bei allen Modellen optimal ist, aber auch bei Audi hatte es Modelle, welche teurer wurden. Der Vorteil ist sicher, dass der Import mächtig Werbung macht mit dem Wort "Volkspreisen" und zudem werden wir gegenüber der Audi Repo alle Händler informieren können.
>
> Wichtig ist sicher, dass wir uns engmaschig über die Erfahrungen an der Front und deren Volumenentwicklung updaten. Ich denke, schon nach 3 Monaten müssen wir darüber sprechen. Korrigieren können wir immer noch.
>
> [...]

Um 19.11 Uhr desselben Tages antwortete [Q._____ AG] [R._____ AG] (mit Kopie an [Z._____ AG], [X._____ AG] und [Y._____ AG]) per E-Mail wie folgt (Zitat):

> Ok. Wollte Euch halt nochmals fragen. Wir werden es auch so umsetzen. Danke für Euren Feedback.

Drei Minuten später hielt [Z._____ AG] in einem E-Mail an [Q._____ AG] (mit Kopie an [R._____ AG], [X._____ AG] und [Y._____ AG]) fest (Zitat):

> Guten Abend zusammen
>
> Nun gut, wir werden dies auch so umsetzen.
>
> Wichtig wird sein, dass auch die kleineren Betriebe die Spielregeln einhalten.

Am 6. März 2013 (07.21 h) teilte [Y._____ AG] [Z._____ AG] und [Q._____ AG] per E-Mail (mit Kopie [R._____ AG] und [X._____ AG]) Folgendes mit (Zitat):

> Guten Morgen zusammen
>
> Ich finde es einen guten Schritt, aber wie [...] sagt es müssen sich alle an die Spielregeln halten. Insbesondere wird es das Wichtigste sein, dass wir alle, Retail die Grossen wie die Kleinen ins Boot holen, dass sie es den Verkäufern eintrichtern dies zu glauben und umzusetzen.
>
> Die Kontrollen in naher Zukunft sind wichtig.
>
> Ich hatte gestern einige Telefone mit Kollegen und die möchten wissen wie es jetzt weitergeht, ich werde ihnen meine Listen anonym zusenden.
>
> [...] war gestern mit der alten Liste unterwegs bei den Händlern und Servicepartnern, und [...] wusste auch noch nichts davon, [...] ich glaube die Repo Liste haben sie noch nicht erhalten.
>
> Morgen geht der Salon auf und wir sollten bereit sein mit der REPO.
>
> Gruss [...]

Nach ergänzender Korrespondenz betreffend den Umsetzungszeitpunkt erklärte [Z._____ AG] in einem E-Mail vom 6. März 2013 an [R._____ AG] (mit Kopie an [Y._____ AG], [Q._____ AG] und [X._____ AG]) Folgendes (Zitat):

> Geschätzte Kollegen. Für mich war seit gestern klar, dass nachdem der letzte Stammtisch (bei uns wird es wahrscheinlich auch die letzte Woche März sein, da wir für die Gebietsgrösse zwei Stammtische durchführen müssen) durch ist, die Liste aktiv wird. [...]

Am 26. März 2013 sandte [Z._____ AG] [R._____ AG] ein E-Mail (mit Kopie an [Q._____ AG], [...], [X._____ AG] und [Präsident VPVW]), worin er unter anderem Folgendes festhielt (Zitat):

> Geschätzte Händlerkollegen
>
> Auch wir in [...] haben die beiden Stammtische ([...] heute Morgen und heute Nachmittag in [...]) durchgeführt.

> Analog wie bei Euch positive Einstellung mit einem Schuss "Bedenken", aber wir wollen es alle versuchen.
>
> Hinzu kommt, wenn der Verkäufer 2% weniger Marge geben muss, bleibt auch bei ihm was mehr "hängen".
>
> [...]

Mit E-Mail vom 27. März 2013 unterrichtete [Y._____ AG] [Präsident VPVW] und [Q._____ AG] sowie, in Kopie, die übrigen Involvierten wie folgt (Zitat):

> Hallo zusammen
>
> Mein Feedback zum Stammtisch war durchwegs positiv, es hat einige Knacknüsse im Erreichen aller in meinem Verantwortungsgebiet. Dies konnte ich delegieren oder selber erledigen.
>
> Ich habe ihnen ausdrücklich gesagt, dass das transparente Offerieren wie in der Präsentation ersichtlich das wichtigste am ganzen ist und wir negative Auswüchse immer gerade beim jeweiligen Verantwortlichen rügen sollen. Dies wurde eigentlich so aufgenommen, dass es so durchgesetzt werde.
>
> Das Thema Preisnachlässe haben wir diskutiert und alle waren sich einig dass wir endlich mehr Geld verdienen müssen, und jeder sich selber helfen muss, denn von [Q._____ AG] Import können wir keine Hilfe diesbezüglich erwarten. Ich habe die blauen Beispiele gezeigt und gesagt jeder könne sich dann beim Ausgang ein neutrales Blatt mitnehmen.
>
> Im weiteren habe ich auf grossen Wunsch der meisten versprochen die Präsentation zu mailen. Im Wissen dass es Vertriebspartner und Servicepartner dabei hatte, habe ich die fünf [...] Formulare ausgeblendet.
>
> Wir haben einen neuen Termin schon nach 3 Monaten abgemacht damit wir über das Gelingen oder nicht frühzeitig reagieren können. Montag 17. Juni 2013.
>
> Meine Bedenken sind schon gross ob wir die nicht loyalen Partner und Trittbrettfahrer ins Boot holen können und das langfristig.
>
> In meinem Gebiet hat es drin und angrenzend einige spezielle Mitbewerber [...] auch die Problematik [...] hat mir [...] geschildert. Ich glaube, dass wir vom Vorstand noch mit den Feedbacks von allen zusätzliche Strategien entwickeln sollten um die auch noch ins Boot zu holen.
>
> Es gab an meiner Ausstellung schon Differenzen mit den Hausierern von [...], die Aktion die sie angeboten haben mit Gratis Winterrädern ist ja nichts neues, hat natürlich dazu geführt, dass ich auch mitziehen musste, wollte ich das Geschäft nicht verlieren.
>
> Die Kunden hatten eine Offerte von mir und sind doch noch schnell in die [...] gefahren, sie wollten gar keine Offerte, nur schnell schauen, und schon war die Offerte gemacht mit Gratis Winterrädern.
>
> Ich hoffe einfach nicht dass die [...] die Winterräder günstiger bekommen als wir [...].

8.6.2 Im Rahmen der Anhörung durch die Vorinstanz vom 24. August 2015 kommentierte der Geschäftsleiter der Beschwerdeführerin sein oben zitiertes E-Mail vom 6. März 2013 mit folgenden Worten (Protokollzitat):

> Es ging um die Offertstellung, das grosse Problem eines Verkäufers [...].
>
> [...]
>
> Bei einem teuren Auto gab's vielleicht einen Preisnachlass von CHF [...] und das kann dann intransparent sein. Wir müssen der [Q._____ AG] jede einzelne Offerte im Detail vorlegen, sonst kriegen wir kein Geld. Es ging um das, d.h. die Erstoffertstellung. [Auf Anmerkung beim Verlesen: Wir müssen der [Q._____ AG] auf Aufforderung eine Stichprobe von Offerten vorlegen.]

Ergänzend hielt der damalige Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin namentlich fest, eine Preisabsprache sei weder bezweckt noch bewirkt worden. Bei der angeblichen Wettbewerbsabrede sei es in Tat und Wahrheit um eine transparente Offertdarstellung sowie um eine für den Frontmitarbeiter brauchbare, effiziente Darstellung der Konditionen in einer Liste gegangen. Das sei auch Gegenstand der Präsentation von [Y._____ AG] gewesen. Dabei sei es aber nicht darum gegangen, dass man bestimmte Konditionen vorgegeben oder abgesprochen hätte. [Y._____ AG] habe auch, wie er selber gesagt habe, stets seine eigene Konditionenliste verwendet und die Konditionen nach individueller Berechnung eingetragen. Die Kommission habe ja auch das Beispiel mit den Nettopreisen gehört; gerade dort sei es wichtig, dass die Mitarbeiter an der Front die Marschroute kennten und wüssten, welchen Spielraum sie hätten und wie sie eine Konkurrenzofferte unterbieten könnten. Dann müssten sie auch wissen, dass man beispielsweise einen oder zwei Monate früher bereits einmal offeriert habe.

8.7 Den oben zitierten E-Mails von [Q._____ AG] vom 22. und 23. Januar 2013 lässt sich entnehmen, dass einerseits über prozentuale Rabatte, andererseits über die Höhe der Ablieferungspauschalen, mithin über die preislichen Konditionen des Neuwagenverkaufs diskutiert wurde. Am 23. Januar 2013 sprach [Q._____ AG] ausdrücklich von der Herausforderung einer konsequenten Umsetzung und Kontrolle des Rabattverhaltens. In seinem Antwortmail vom gleichen Tag bezog sich [Y._____ AG] ebenfalls auf die Preisnachlässe (von Audi). Seine unmittelbar daran anschliessende Aussage, sie sollten "auf Anfang Februar mit einer gültigen Liste an die Front können", deutet im Kontext wiederum darauf hin, dass von einer Konditionenliste die Rede war. Mit anderen Worten drehte sich die Diskussion nicht allein um gestalterische Aspekte der Offerten, sondern insbesondere auch um die Senkung von Rabatten und die Erhöhung von Ablieferungspauschalen. In seinem E-Mail vom 27. März 2013 erwähnte [Y._____ AG] unter Bezugnahme auf den Stammtisch erneut das "Thema Preisnachlässe" und hielt fest, alle seien sich einig gewesen, dass sie endlich mehr Geld verdienen müssten, von [Q._____ AG] Import jedoch keine diesbezügliche Hilfe erwarten könnten.

Wäre es lediglich um die Darstellung der Offerten gegangen, hätten keine Konditionenlisten ausgetauscht bzw. weitergegeben werden müssen. Ebensowenig wäre über ziffernmässig bestimmte maximale Preisnachlässe und minimale Ablieferungspauschalen diskutiert worden. [Y._____ AG] sagte am 23. Januar 2013 selber, dass er seine Konditionenliste genau auf diejenige von [Q._____ AG] Retail abgestimmt habe, was impliziert, dass er seine Preisnachlässe und Ablieferungspauschalen im Hinblick auf die sog. Preisrepositionierung der [Q._____ AG] Import überprüfte und (teilweise) modifizierte. Bestätigt wird dies durch seine Bemerkung vom 6. März 2013: "Morgen geht der Salon auf und wir sollten bereit sein mit der REPO." Im selben E-Mail erklärte [Y._____ AG], er werde seine Listen anonym an Kollegen senden. Damit konnte nur eine Harmonisierung der Konditionen zwecks höherer Endkundenpreise angestrebt sein, hielt [Y._____ AG] am 27. März 2013 doch fest, sie hätten das Thema Preisnachlässe diskutiert und seien sich alle einig gewesen, dass sie endlich mehr Geld verdienen müssten.

Eine sonstige Motivation, die eigenen Verkaufskonditionen den Konkurrenten offenzulegen, lässt sich nicht erkennen. Solches Verhalten erschiene ohne den Hintergrund des oben zitierten E-Mail-Verkehrs als sehr untypisch, weil die Beschwerdeführerin ihre Position im Wettbewerb verschlechtern würde, wenn sie nicht damit rechnen könnte, durch die Weitergabe eine Harmonisierung der Preise auf höherem Niveau auch zu ihren eigenen Gunsten zu erwirken.

Was die Nettopreise betrifft, so mögen diese zwar für einen ansehnlichen Teil der Neuwagenverkäufe gegolten haben. Ungeachtet dessen verblieb jedoch eine beträchtliche Zahl nicht von vornherein festgelegter Endkundenpreise, hinsichtlich derer es sich offenbar lohnte, eine Koordination der Rabattpolitik zu diskutieren und anzusteuern.

Soweit anlässlich des Fahrzeugverkaufs Gebrauchtwagen "eingetauscht" wurden, war der (Grund-) Preis des Neuwagens, auf welchen sich die Vereinbarung maximaler Rabatte bezog, nicht tangiert. Vielmehr wurden die sog. Eintauschfahrzeuge an Zahlung gegeben, um ebendiesen, Gegenstand der Absprache bildenden, Preis zu begleichen. Mit anderen Worten kann die naturgemäss individuelle Bewertung eines an Zahlung genommenen Gebrauchtwagens nicht als Argument dafür dienen, dass der Preis des Neuwagens nicht (in wesentlichem Masse) durch eine Absprache manipuliert worden wäre.

8.8 Eine (reine) Kalkulationshilfe liegt sodann nicht vor. Gemäss Art. 2 der Bekanntmachung der WEKO betreffend die Voraussetzungen für die kartellgesetzliche Zulässigkeit von Abreden über die Verwendung von Kalkulationshilfen (Beschluss der WEKO vom 4. Mai 1998; Fassung vom 30. März 2021) sind Kalkulationshilfen standardisierte, in allgemeiner Form abgefasste Hinweise und rechnerische Grundlagen, welche den Anwendern erlauben, die Kosten von Produkten oder der Erbringung von Dienstleistungen im Hinblick auf die Preisbestimmung zu berechnen oder zu schätzen (vgl. dazu auch BEAT ZIRLICK/SIMON BANGERTER, in: Roger Zäch et al. (Hrsg.): KG Kommentar, 2018, Art. 5 N. 403; ANDREA GRABER CARDINAUX/ANDREAS MASCHEMER/, in: Roger Zäch et al. (Hrsg.): KG Kommentar, 2018, Art. 6 N. 117 ff.; JEAN-MARC REYMOND, in: Vincent Martenet / Pierre Tercier / Christian Bovet (Hrsg.), Droit de la concurrence, Commentaire, 2. A., 2013, Art. 6 KG N. 96 ff.; AMSTUTZ/CARRON/REINERT, Art. 5 KG N. 442).

Die Vereinbarung maximaler Rabatte und minimaler Ablieferungspauschalen bezweckte eine Steigerung des Ertrags der Händler zu Lasten der Fahrzeugkäufer, hatte der Lieferant Ersteren doch keine Margenerhöhung zugestanden. Erklärtes Ziel war eine möglichst flächendeckende Umsetzung der harmonisierten Rabatte und Pauschalen. Dies zeigt nicht zuletzt die Äusserung des Geschäftsleiters der Beschwerdeführerin, es werde wichtig sein, dass sich alle an die Spielregeln hielten. Es ging also nicht darum, den Händlern Hilfe bei der Kalkulation zu bieten, sondern vielmehr darum, höhere Erträge zu Lasten der Kunden zu generieren, ohne dabei in wesentlichem Masse von ausscherenden Händlern beeinträchtigt zu werden. Schliesslich spricht auch die Bezeichnung "Konditionenliste" dagegen, dass eine blosse Kalkulationshilfe intendiert gewesen wäre. Im Übrigen handelt es sich bei der "Konditionenliste" um eine Tabelle, welche Rabatte und Ablieferungspauschalen für die einzelnen Fahrzeugtypen ausweist, jedoch insbesondere keine (blosse) Vorlage für die uniforme Gestaltung von Offerten darstellt.

8.9 Da Höchstrabatte und Mindestablieferungspauschalen unter Beteiligung der Beschwerdeführerin sowohl für das Einzel- als auch für das Flottengeschäft mit der Selbstanzeigerin vereinbart wurden, entfällt, wie erwähnt, auch das Argument der Preisführerschaft, denn ein Charakteristikum derselben bildet der eigenständige Nachvollzug von Preiserhöhungen (vgl. oben E. 8.4). Zwar mag [Q._____ AG] Retail als grösster Marktteilnehmer im fraglichen Zeitraum einen gewissen Einfluss auf den durchschnittlichen Marktpreis für Neuwagen des VW-Konzerns in der Schweiz gehabt haben. Dies bedeutet aber noch nicht, dass das Unternehmen einen Preiskampf mit anderen Autohändlern unbeschadet überstanden hätte.

Im Übrigen kann sich ein Unternehmen, wie die obigen Darlegungen (E. 8.3.1) zeigen, auch einer einseitigen Erklärung unterziehen und auf diese Weise eine Abrede herbeiführen.

8.10 Näherer Betrachtung bedarf noch die Präsentation, welche der Geschäftsleiter der Beschwerdeführerin als Vorstandsmitglied des VPVW am sog. Stammtisch vom 18. März 2013 vor Händlern von Fahrzeugen des VW-Konzerns der Region [...] hielt. Inhalt und Bedeutung dieser Präsentation werden von der Beschwerdeführerin und der Vorinstanz unterschiedlich dargestellt.

8.10.1 Bei seiner Einvernahme durch das Sekretariat der WEKO am 17. Juni 2013 antwortete [Y._____ AG] auf die Frage, welche Liste als Basis für die Stammtische gezeigt worden sei, Folgendes (Protokollzitat):

> Die Präsentation von [R._____ AG] war die Basis. Ich habe eine Präsentation von [R._____ AG] erhalten, als Vorlage. Wahrscheinlich war eine Konditionenliste von [R._____ AG] drin, welche ich aber rausgenommen habe und nicht gezeigt habe.

Ausserdem erläuterte er noch detaillierter, welche Folien dieser Präsentation er selber gezeigt bzw. abgeändert habe (vgl. Zitat von Ziff. 68 der Sanktionsverfügung nachfolgend in E. 8.10.2).

Das Ziel der Präsentation umschrieb [Y._____ AG] wie folgt (Protokollzitat):

> Die Offertdarstellung zu zeigen, die Sensibilisierung auf die REPO und auf die Aktionen der [Q._____ AG], welche monatlich durchgeführt werden, hinzuweisen.

Auf die Frage, an wen die Präsentation verteilt worden sei, erwiderte er (Protokollzitat):

> Sie wurde nicht verteilt, nur gezeigt. Es kann sein, dass ich meine Präsentation einem anderen Vorstandsmitglied geschickt habe. Das weiss ich aber nicht mehr.

8.10.2 Die angefochtene Verfügung enthält insbesondere folgende Passagen zur fraglichen Präsentation (Zitate):

> Ziff. 46:
>
> Am 18. März 2013 leitete [Y._____ AG] den Stammtisch für die Region [...]. Die Präsentation wurde per E-Mail an die Teilnehmer verteilt und die vereinbarte Konditionenliste wurde aufgelegt.
>
> Ziff. 68:
>
> [Y._____ AG] gab an, die Folien 3-6 und 17 nicht gezeigt zu haben. Folie 7 habe er abgeändert gezeigt. Die Folien 10-13, 19-23 und 31 habe er nicht gezeigt, aber erwähnt. Die Folien 24-30 habe er gezeigt, aber teilweise die Zahlen abgeändert. Er wisse jedoch nicht mehr, ob der unterste Satz auf Folie 26 auch in seiner Präsentation aufgeführt war. Folie 32 habe er mit Ausnahme des ersten Bulletpoints gezeigt. [Y._____ AG] erkannte jedoch an, dass die Präsentation für alle die gleiche war [...].
>
> Ziff. 80:
>
> Die letzte Version der Präsentation versendete [R._____ AG] am 13. März 2013, als Basis für die Stammtische, an die [Q._____ AG], [Z._____ AG], [X._____ AG] und [Y._____ AG].

Zusammenfassend hielt die Vorinstanz in ihrer Sanktionsverfügung fest, aufgrund der Aussagen von [Y._____ AG] sei davon auszugehen, dass seine Präsentation während des Stammtisches der Region [...] im Wesentlichen derjenigen von [R._____ AG] entsprochen habe und der Kern des Projekts "Repo 2013" gezeigt oder zumindest erwähnt worden sei.

8.10.3 Wie sich die Präsentation des Geschäftsleiters der Beschwerdeführerin genau darbot, lässt sich nachträglich kaum rekonstruieren. Gegenüber dem Sekretariat wies er auf Änderungen und Auslassungen hin, welche er anlässlich des Stammtisches im Vergleich zu der ihm als Grundlage dienenden Präsentation vorgenommen habe. Offen bleibt dementsprechend insbesondere, ob seine tatsächlich gehaltene Präsentation eine Konditionenvereinbarung zum Gegenstand hatte. Hinsichtlich der Aussage in Ziff. 68 der Sanktionsverfügung, er habe anerkannt, dass die Präsentation für alle die gleiche gewesen sei, fragt sich sodann, ob sie sich auf die zugrundeliegende oder auf die effektiv gehaltene Präsentation bezieht.

Eine Befragung von Händlern, welche am Stammtisch teilgenommen hatten, erfolgte seinerzeit nicht; wegen der zeitlichen Distanz dürfte sie heute auch keine verlässlichen Erkenntnisse mehr bringen. Angesichts des oben wiedergegebenen E-Mail-Verkehrs ändert sich an der Qualifizierung des inkriminierten Verhaltens als Wettbewerbsabrede aber nichts, wenn die Präsentation keine Konditionenvereinbarung zum Gegenstand hatte.

9.

Zu eruieren bleibt, ob die Wettbewerbsabrede, welche die Beschwerdeführerin mit den anderen Beteiligten traf, unzulässig war.

9.1 Unzulässig sind nach Art. 5 Abs. 1 KG Abreden, die den Wettbewerb auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen erheblich beeinträchtigen und sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lassen, sowie Abreden, die zur Beseitigung wirksamen Wettbewerbs führen. 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 (Zitat):

a. Abreden über die direkte oder indirekte Festsetzung von Preisen;

b. Abreden über die Einschränkung von Produktions-, Bezugs- oder Liefermengen;

c. Abreden über die Aufteilung von Märkten nach Gebieten oder Geschäftspartnern.

Bezüglich der "Vermutungen für die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs" wurde in der Botschaft KG 1995 zu den Tatbeständen des Art. 5 Abs. 3 KG ausgeführt (S 566), die angesprochenen Wettbewerbsabreden höben Grundparameter des Wettbewerbs auf, beseitigten mit anderen Worten den wirksamen Wettbewerb im Innenverhältnis der beteiligten Unternehmen. Wirksamer Wettbewerb könne folglich nur noch von aussen kommen. Die wettbewerbliche Beurteilung von Sachverhalten, die einem der Vermutungstatbestände entsprechen, laufe demnach hauptsächlich auf die Beantwortung der Frage hinaus, ob noch wirksamer Aussenwettbewerb vorhanden sei.

9.2 Bei der Erheblichkeit im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG handelt es sich gemäss neuerer Rechtsprechung des Bundesgerichts um eine Bagatellklausel, welche als Aufgreifkriterium dient, um die Verwaltung zu entlasten (BGE 144 II 194, BMW, E. 4.3.1 und 143 II 297, *Gaba*, E. 5.1 f; Urteil des BGer 2C_113/2017 vom 12. Februar 2020, Aktiengesellschaft Hallenstadion / Ticketcorner AG gg. Starticket AG / ticketportal AG / Weko, E. 7.3.1). Die Erheblichkeit lässt sich sowohl durch qualitative als auch durch quantitative Merkmale bestimmen. Erweist sich das qualitative als sehr gewichtig, bedarf es kaum eines quantitativen. Gibt es hingegen keine qualitativen Merkmale oder nur solche von geringem Gewicht, müssen (vor allem) quantitative herangezogen werden (BGE 143 II 297, *Gaba*, E. 5.2.2). Abreden nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG sind grundsätzlich erheblich, wobei es genügt,

dass sie den Wettbewerb beeinträchtigen können (BGE 143 II 297, *Gaba*, E. 5.6).

9.3 Vermutet wird die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs unter anderem bei Abreden über die direkte oder indirekte Festsetzung von Preisen zwischen Unternehmen, welche tatsächlich oder der Möglichkeit nach miteinander im Wettbewerb stehen (Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG).

9.3.1 In der Botschaft KG 1995 (S. 567) wurden Preisabreden nach Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG folgendermassen umschrieben (Zitat):

> Für die Unterstellung unter diesen Vermutungstatbestand ist die Wirkung der Preisfestsetzung entscheidend. Mit welchen Mitteln diese erreicht wird, ist ohne Belang. Der Vermutungstatbestand bezieht sich auf jede Art des Festsetzens von Preiselementen oder Preiskomponenten. Er erfasst ferner direkte oder indirekte Preisfixierungen. Er gilt beispielsweise nicht nur für Abreden über Rabatte, sondern auch für Vereinbarungen über Kriterien zur Anwendung von Rabatten, soweit diese zu einer Preisfestsetzung führen. Die gleichen Grundsätze gelten auch für Abreden über Kalkulationsvorschriften, soweit damit letztlich die Wirkung der Preisfestsetzung bezüglich einzelner Preiselemente erreicht wird.

Unter Hinweis darauf urteilte das Bundesgericht am 14. August 2002 (BGE 129 II 18, Buchpreisbindung I, E. 6.5.5), zwar legten die Buchhändler die Buchpreise nicht selber in horizontalen Abreden fest; vielmehr hielten sie bloss die von den Verlagen vorgegebenen Preise ein. Eine Preisabrede liege indessen nicht nur vor, wenn ein konkreter Preis, sondern auch, wenn bloss einzelne Komponenten oder Elemente der Preisbildung fixiert würden. Als Preisabrede habe auch die abgestimmte Verhaltensweise zu gelten, wonach ein einheitlicher Endabnehmerpreis angewendet werde; das sei selbst dann der Fall, wenn dieser nicht durch die Buchhändler, sondern je durch die einzelnen Verleger bestimmt sei. Die Buchhändler wüssten, dass infolge des Sammelrevers alle anderen angeschlossenen Buchhändler jedes Buch zum gleichen Preis verkauften wie sie. Diese Ausschaltung des Preiswettbewerbs auf Stufe Endabnehmer sei das offensichtliche Ziel des Sammelrevers.

Im Urteil 2C_1017/2014 vom 9. Oktober 2017 betreffend Preiserhöhungen erwog das Bundesgericht, eine Vereinbarung werde nicht durch ein "Preisdiktat" der Hersteller ausgeschlossen. Massgebend sei alleine, ob die Beteiligten auf der gleichen Marktstufe eine Abrede getroffen hätten, die Preise in bestimmter Höhe festzusetzen bzw. weiterzugeben (Eidgenössisches Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung SBFI gg. Koch Group AG Wallisellen / Weko, Koch, E. 3.2).

9.3.2 Vor diesem Hintergrund fragt sich, ob die Verkaufspreise durch die konstatierte Vereinbarung von Höchstrabatten und minimalen Ablieferungspauschalen im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG festgesetzt wurden. Wie die Beschwerdeführerin betont, hätten die internen Konditionenlisten, die in der Praxis nicht eingesetzt worden seien, lediglich den in einer Erstofferte zu verwendenden Rabatt betroffen, was auch die Vorinstanz festgestellt habe (z.B. in Ziff. 151 der angefochtenen Verfügung). Jeder Händler sei immer frei, weitere Zusatzkonditionen zu gewähren, und diese würden stets separat ausgewiesen.

9.3.3 Vereinbart wurden die Rabatte und Ablieferungspauschalen im Kontext der Reduktion der Listenpreise, welche die [Q._____ AG] Import per 1. März bzw. 1. April 2013 vorgenommen hatte (vgl. oben E. 8.6). Wie sich aus der Umschreibung des Begriffs "Konditionenliste" in Ziff. 9 der Sanktionsverfügung schliessen lässt, stützte sich die Vorinstanz auf die Prämisse, dass die Rabatte der Händler jeweils als Prozentsatz des Listenpreises (des Herstellers) festgesetzt wurden. Ein (ausdrücklicher) Vorwurf an die involvierten Händler, etwa im Sinne einer Bruttopreisabsprache oder einer abgestimmten Verhaltensweise stets den Listenpreis des Herstellers bzw. des Importeurs als sog. Fahrzeuggrundpreis in den Offerten verwendet zu haben, findet sich in der Sanktionsverfügung jedoch nicht.

Gleichwohl muss davon ausgegangen werden, dass dieser Listenpreis als Basis für die vereinbarten Höchstrabatte diente, denn ohne entsprechenden Referenzwert ergäbe die Festlegung prozentualer Preisnachlässe wenig Sinn. Ausserdem wurden die Rabatte gerade im Zuge der Senkung der Listenpreise abgesprochen, um die Rentabilität zu sichern. Auch die Bemerkung der Beschwerdeführerin, jeder Händler sei immer frei, weitere Zusatzkonditionen zu gewähren, welche stets separat ausgewiesen würden, deutet darauf hin, dass die Listenpreise des Herstellers bzw. des Importeurs den Ausgangspunkt der Offertstellung bildeten. Bekräftigt wird dies durch die Aussage der Beschwerdeführerin, sie sei seitens [Q._____ AG] zur Einhaltung von Preisen gezwungen. Schliesslich behauptet die Beschwerdeführerin auch nicht, dass schon die in den Offerten ausgewiesenen Fahrzeuggrundpreise je nach Händler individuell festgesetzt worden wären.

9.3.4 Folgt man der bundesrätlichen Botschaft und der oben zitierten Rechtsprechung des Bundesgerichts, liegt eine Subsumtion der festgestellten Vereinbarung maximaler Rabatte und minimaler Ablieferungspauschalen unter Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG nahe. Auch in der wohl überwiegenden Lehre wird der Begriff der Preisabrede nach Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG weit ausgelegt, so dass er neben dem Preis als solchem sämtliche Komponenten desselben umfasst (vgl. BANGERTER/ZIRLICK, Art. 5 KG N. 380 m.H. und 418; JÜRG BORER, Wettbewerbsrecht I, Kommentar, 3. A., 2011, Art. 5 KG N. 34 f.; ANDREAS HEINEMANN: Bruttopreisabsprachen, in: Inge Hochreutener / Walter A. Stoffel / Marc Amstutz (Hrsg.), 8. IDé-Tagung zum Wettbewerbsrecht, Grundlegende Fragen, Bern 2017, S. 121 ff., 133; JUHANI KOSTKA, Harte Kartelle, 2010, N. 1317 ff. m.H., 1371 ff.; PETER REINERT, in: Baker & McKenzie (Hrsg.), SHK-Kartellgesetz, 2007, Art. 5 KG N. 25; FELIX TUCHSCHMID, Die horizontale Preisabrede, Eine Auslegung des kartellrechtlichen Vermutungstatbestands von Art. 5 Abs. 3 lit. a KG, AJP 2018 S. 848 ff., 848 f.; ROLF H. WEBER/STEPHANIE VOLZ, Wettbewerbsrecht, 2013, N. 2.182, 2.191; relativierend hingegen AMSTUTZ/CARRON/REINERT, Art. 5 KG N. 398 f.; zum Ganzen vgl. auch Urteil des BVGer B-807/2012 vom 25. Juni 2018, Erne, E. 10.2.3 m.H.).

REINERT (Art. 5 KG N. 25) legt dar, selbst Abreden über die Rabattgewährung wirkten sich letztlich auf die Preisfestsetzung aus und fielen damit grundsätzlich unter Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG. Eine Ausnahme, bei der eine Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung von vorneherein nicht vorliege, bestehe immerhin dort, wo sich die Vereinbarung auf einen nur sehr kleinen Preisbestandteil beziehe und damit keine spürbare Auswirkung auf den Endpreis habe. Namentlich bei Abreden über Rabatte dürfte dies seiner Meinung nach regelmässig der Fall sein, wenn die Ausgangspreise weiterhin frei festgesetzt werden könnten.

Für eine etwas restriktivere Auslegung plädieren EMCH und GOTTRET (DANIEL EMCH/ANNA GOTTRET: Grundsätzliche Erheblichkeit - kritische Würdigung und mögliche Korrektive, in: sui-generis 2018, S. 374 ff., 379 N. 17). Sie vertreten die Auffassung, es solle nicht mehr alles, was einen entfernten Bezug zum Wettbewerbsparameter Preis habe, als horizontale Preisfestsetzung qualifiziert werden. Nur Abreden über Preiskomponenten, die tatsächlich zu einer einheitlichen Preisfestsetzung führten, gehörten unter den betreffenden Vermutungstatbestand subsumiert.

TUCHSCHMID vertritt den Standpunkt, wenn lediglich ein einzelnes Preiselement abgesprochen werde, bestehe weiterhin Wettbewerb bei allen nicht festgesetzten Preiselementen, und die Unternehmen blieben bezüglich der Festsetzung des Endpreises grundsätzlich frei. Das Potential solcher Abreden, den wirksamen Wettbewerb zu beseitigen, sei äusserst gering (S. 850 ff.). Im Unterschied zu Bruttopreisen bildeten andere Preiselemente keineswegs die Berechnungsgrundlage für den Endpreis. Der Ausgangspreis könne weiterhin frei festgesetzt werden. So könnten Rabattabreden nur, wenn andere Faktoren hinzukämen, beispielsweise in Kombination mit Bruttopreisabreden oder weil der Preiswettbewerb auf einem Markt mit Publikumshöchstpreis und festgesetzter Marge nur über die Rabatte spiele, zu einer Festsetzung des Endpreises führen. Abreden über Preiselemente erschienen daher für sich allein nicht als besonders schädliche Abreden, vor denen der wirksame Wettbewerb und der einzelne Marktteilnehmer durch direkte Sanktionen geschützt werden müssten (S. 862). Alle Abreden, die lediglich harmonisierende Wirkung auf die Endpreise hätten oder eine solche Wirkung bezweckten, fielen nicht unter den Tatbestand der horizontalen Preisabrede nach Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG. Sie seien jedoch in der Regel erheblich und vorbehaltlich einer Effizienzrechtfertigung unzulässig. Die WEKO könne deren Unzulässigkeit mittels Verfügung feststellen und für den Fall einer Zuwiderhandlung gegen die Verfügung indirekte Sanktionen gemäss Art. 50 KG androhen (S. 863).

KOSTKA erklärt (N. 1378), bei mehreren wettbewerbsbeschränkenden Abreden spiele es keine Rolle, ob die einzelne Rabattabrede eine erhebliche Einschränkung des Preiswettbewerbs bewirke (z.B. mittels Festlegung eines vergleichsweise geringen zulässigen Rabatts) oder nur eine vergleichsweise geringe Beeinflussung des Preiswettbewerbs zeitige (z.B. mittels Festlegung eines maximal zulässigen Rabatts von 80 %), da aus der Gesamtheit der Abreden ohnehin ihr wettbewerbsbeschränkender Zweck hervorgehe und sich aus der kumulativen Wirkung der Gesamtheit der Abreden die preisharmonisierende Wirkung ergebe. In einem solchen Fall sei die Rabattabrede gemeinsam mit den übrigen Abreden in ihrer Gesamtheit als Preisabrede zu qualifizieren.

Harmonisierung bedeutet im vorliegenden Kontext nicht, dass die fraglichen Preise (nahezu) identisch sein müssten. Harmonisierend können beispielsweise auch eine gleichförmige Erhöhung des Preisniveaus oder andere koordinierte Preisstrategien zur Erzielung einer Kartellrente wirken, selbst wenn die Preisniveaus der einzelnen Produkte oder Dienstleistungen unterschiedlich bleiben sollten (vgl. BANGERTER/ZIRLICK, Art. 5 KG N. 390).

9.3.5 Bei Fahrzeugpreisen von mehreren zehntausend Franken war die Absprache geeignet, die effektiven Verkaufspreise zum Nachteil der Kunden um einige hundert bis einige tausend Franken pro Fahrzeug anzuheben. Beträge dieser Grössenordnung können im vorliegenden Kontext nicht als geringfügig oder gar vernachlässigbar taxiert werden. Vielmehr handelt es sich bei den abgesprochenen Rabatten und Ablieferungspauschalen um wesentliche Elemente des Kaufpreises. Auch die Äusserungen eines involvierten Händlers, man spreche von einer "Chance von ca. 24 Mio.", und eine um Fr. 100.- höhere Ablieferungspauschale ergebe pro 100 Neuwagen bekanntlich Fr. 10'000.- mehr in der Kasse (vgl. oben E. 8.6.1), lassen darauf schliessen, dass nicht über unbedeutende Preiselemente diskutiert wurde. Hervorzuheben bleibt hier auch nochmals, dass die Preissetzung auf einheitlichen Listenpreisen basierte.

9.3.6 Abgesehen davon würde für eine Verhaltenskoordination bezüglich des Preises nach der Gesetzeskonzeption schon eine Verständigung über einzelne Preiselemente ausreichen (Botschaft KG 1995, 567). Einer Verständigung über sämtliche einzelnen Bestandteile zur Ausgestaltung des Preises oder aller Komponenten zur Ermittlung des Preises durch die Abredebeteiligten bedarf es hingegen nicht. Dementsprechend genügt eine Verständigung über Rabatte oder Berechnungsmethoden eines für ein Produkt anzuwendenden Preises für die Qualifizierung als Preisabrede (Botschaft KG 1995, 567).

Überdies hat der Gesetzgeber die Behandlung von Preis- und anderen harten Kartellabreden aus Gründen der Rechtssicherheit und der Praktikabilität an das EU-Wettbewerbsrecht angekoppelt. Harte Kartellabreden sollen demzufolge zwar nicht strenger, aber auch nicht milder als im EU-Wettbewerbsrecht behandelt werden (AB 2003 330, Votum Fritz Schiesser für die Mehrheit der Ständeratskommission). Dies stellte das Bundesgericht im Sinne einer Parallelität der Rechtslage bereits ausdrücklich fest (BGE 143 II 297, *Gaba*, E. 6.2.3; BGE 147 II 72, *Pfizer*, E. 3.1, für das Tatbestandsmerkmal der Verhaltenskoordination). Für die Bestimmung des Inhalts einer Preisabrede und deren wettbewerbliche Einstufung ist daher die entsprechende Qualifizierung von Preisabreden durch die EU-Wettbewerbspraxis zu berücksichtigen (vgl. hierzu HENGST DANIELA, in: Langen/Bunte (Hrsg.), Kartellrecht, Bd. 2, Europäisches Kartellrecht, 13. A., 2018; Art. 101 Abs. 1 N. 269 ff.; SCHRÖTER HELMUTH/VOET VAN VORMIZEELE PHILIPP, in: Schröter/Jakob/Klotz/Mederer (Hrsg.), Europäisches Wettbe-

werbsrecht, 2. A., 2014, Art. 101 Abs. 1 N. 134 ff.; WOLLMANN HANNO/HERZOG ANDREA, in: Bornkamm/Montag/Säker (Hrsg.), Münchener Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, Bd. 1, Europäisches Wettbewerbsrecht, 2. A., 2015, Art. 101 Abs. 1 N. 178 f., 253 f.; ZIMMER DANIEL, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, Bd. I, Europäisches Kartellrecht, 6. A., 2019, Art. 101 Abs. 1 N. 213 ff.).

Das EU-Wettbewerbsrecht sieht bei Preisabreden weder im Hinblick auf die Eingehung oder die inhaltliche Ausgestaltung noch die nachteilige Einwirkung der Preiskoordination eine qualitative Differenzierung vor. Als Preisabrede wird sowohl jeder Austausch von Informationen über Preiselemente als auch deren Festlegung zwischen Unternehmen aller Marktstufen erfasst. Dabei werden Preisabreden selbst bei einer unerheblichen Wettbewerbsbeschränkung generell nicht zugelassen. Dies gilt auch für die Verständigung über Preisempfehlungen. Als Ausnahme von der generellen Unzulässigkeit sind Höchstpreisabreden bei vertikalen Wettbewerbsverhältnissen vorgesehen, soweit sich diese nicht faktisch wie übliche Preisabreden auswirken. Die Zulässigkeit einer Preisabrede im Einzelfall ergibt sich darüber hinaus nur bei Vorliegen eines ausreichenden Rechtfertigungsgrunds.

Nach der Konzeption der einschlägigen Verbotsnormen des KG bildet der Aspekt der Wesentlichkeit kein Kriterium für die Abgrenzung oder Differenzierung von Preisabreden. Einerseits würde dies der vom Gesetzgeber vorgesehenen einheitlichen Beurteilung von Preisabreden widersprechen. Andererseits sehen weder Art. 4 Abs. 1 KG noch Art. 5 Abs. 3 und 4 KG ein entsprechendes Kriterium vor. Ferner statuiert Art. 5 KG mit dem Tatbestandsmerkmal der Erheblichkeit von Wettbewerbsbeeinträchtigungen bereits ein Kriterium, mit dem unerhebliche Sachverhalte von einer Qualifizierung als unzulässige Wettbewerbsabreden ausgeschlossen werden. Deshalb besteht kein notwendiger Anwendungsbereich für eine zusätzliche Abgrenzung von unwesentlichen Preisabreden. Darüber hinaus sieht das EU-Wettbewerbsrecht weder ein Wesentlichkeitskriterium für die Feststellung einer Preisabrede noch ein Erheblichkeitskriterium für die Beurteilung von Preisabreden vor. Vielmehr ist eine Koordination von Preiselementen ungeachtet ihrer jeweiligen Bedeutung für den Preis eines Produkts verboten.

Angesichts dessen sind als Preisabreden alle Verhaltenskoordinationen zu qualifizieren, die in die eigenständige Preisbildung eines Unternehmens eingreifen und damit dessen Preissetzungsfreiheit einschränken, weil dadurch das Selbständigkeitspostulat verletzt wird (BGE 147 II 72, *Pfizer*, E. 3.5, 144 II 246, *Altimum*, E. 6.4.2 und 129 II 18, *Buchpreisbindung I*, E. 5.1). Ein formaler Eingriff in die Preisgestaltung durch die Festlegung bestimmter Preiselemente ist bereits nach seinem Inhalt auf eine nachteilige Einwirkung auf den Wettbewerb ausgerichtet. Daher bezweckt er eine Wettbewerbsbeschränkung (BGE 147 II 72, *Pfizer*, E. 3.6, 129 II 18, *Buchpreisbindung I*, E. 5.1). Dies entspricht im Ergebnis der Rechtslage im EU-Wettbewerbsrecht.

9.3.7 Die in den Akten befindlichen Offertbeispiele für Neuwagen sehen neben dem jeweiligen Preisnachlass Ablieferungspauschalen, Treue- und Ausstellungsrabatte sowie Lagerabverkaufsprämien als mögliche Preiselemente vor. Zusammen mit dem Fahrzeuggrundpreis und den Kosten der Mehrausstattung ergeben diese den Gesamtpreis des Neuwagens. Davon wird der Preis eines allfälligen Eintauschfahrzeugs abgezogen, woraus der Restkaufpreis resultiert. Eintauschfahrzeuge wurden folglich an Zahlung genommen, bestimmten den Gesamtpreis des Neuwagens aber nicht mit und waren unterhalb desselben separat aufgeführt. Wohlbemerkt bezieht sich der Vorwurf der Absprache auf die Preise der Neuwagen.

9.3.8 Ausgehend von den Listenpreisen konnte die individuelle Preissetzung beim Neuwagenverkauf nur über die verschiedenen Rabatte, die Ablieferungspauschale und über Prämien, z.B. für Verkäufe ab Lager, stattfinden. Prämien und Rabatte beruhen bisweilen auf koordinierten Aktionen seitens des Herstellers bzw. des Importeurs, an denen zahlreiche Händler mitwirken, sodass diesbezüglich nicht von individuellen oder mit den einzelnen Käufern ausgehandelten Preisreduktionen gesprochen werden kann.

Von den wenigen tatsächlich einem individuellen Verhandlungsprozess zugänglichen Preiselementen wurden zwei, nämlich der allgemeine Preisnachlass (Rabatt) und die Ablieferungspauschale, abgesprochen. Dies muss unter den gegebenen Umständen als Preisfestsetzung im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst a KG qualifiziert werden, zumal es sich um eine kombinierte Abrede handelt, bei welcher niedrige Höchstrabatte vereinbart wurden (vgl. KOSTKA, N. 1378 und 1380, wonach Abreden, die einen geringen maximalen Rabatt festlegen, eine erhebliche Beeinflussung des Preises bzw. eine faktische Beseitigung des Preiswettbewerbs erzielen).

9.4 Angesichts dessen stellt sich die Frage, ob im betreffenden Zeitraum entgegen der gesetzlichen Vermutung wirksamer Wettbewerb herrschte (vgl. BGE 143 II 297, *Gaba*, E. 4.1 und Urteil des BGer 2C_1017/2014 vom 9. Oktober 2017 E. 3.3). Als solcher fällt aktueller oder potentieller Aussen- oder Innenwettbewerb in Betracht (vgl. BGE 143 II 297, *Gaba*, E. 4.1 a.E. m.H., Urteil des BGer 2C_63/2016 vom 24. Oktober 2017, BMW, E. 4.3.2).

Wie die WEKO in Ziff. 289 der angefochtenen Sanktionsverfügung zutreffend schloss, kann "die in Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG verankerte Vermutung der Beseitigung des Wettbewerbs [...] in casu aufgrund des vorhandenen Aussenwettbewerbs umgestossen werden." Die Analyse desselben habe gezeigt, dass in allen untersuchten Segmenten trotz der sehr hohen gemeinsamen Marktanteile der Abredeteilnehmer von einer Vielzahl aktueller und potentieller Wettbewerber auszugehen sei.

9.5 Wird wirksamer Wettbewerb nachgewiesen, so liegt freilich eine erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs vor, weil eine Preisabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung grundsätzlich bereits erheblich ist (BGE 147 II 72, *Pfizer*, E. 6.5, 143 II 297, *Gaba*, E. 5.6 und Urteil des BGer 2C_1017/2014 vom 9. Oktober 2017, *Koch*, E. 3.3). Dabei genügt es, wenn die Abrede den Wettbe-

werb potentiell beeinträchtigen kann, denn schon mit ihrer Vereinbarung und nicht erst mit ihrer praktischen Umsetzung wird laut Bundesgericht ein Klima der Wettbewerbsfeindlichkeit geschaffen, welches im Sinne von Art. 96 BV und Art. 1 KG hinsichtlich des Funktionierens des normalen Wettbewerbs volkswirtschaftlich oder sozial schädlich ist (BGE 144 II 194, BMW, E. 4.3.1 f. und 143 II 297, *Gaba*, E. 5.4).

Tatsächlicher Auswirkungen oder einer praktischen Anwendung der Abrede bedarf es demnach nicht (BGE 143 II 297, *Gaba*, E. 5.4; Urteil des BVGer B-771/2012 vom 25. Juni 2018, *Cellere*, E. 8.3.1 f.). Insofern erübrigen sich auch ergänzende Untersuchungsmassnahmen, wie sie die Beschwerdeführerin verlangt. Entsprechend lässt sich diesbezüglich keine Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes konstatieren.

9.6 Die Beschwerdeführerin rügt, die Abrede sei nicht umgesetzt worden. Hinsichtlich der Anwendung der streitigen Konditionenliste wird unter Ziff. 55 der Sanktionsverfügung Folgendes ausgeführt (Zitat):

> Aufgrund der vorliegenden Informationen musste die vereinbarte Konditionenliste allerdings erst am Tag nach dem letzten Stammtisch, dem 27. März 2013, aktiv werden [...]. Am 2. und 3. April 2013 zeigten sich die ersten Reaktionen seitens der [Q._____ AG] und des VPVW-Präsidenten, um die Umsetzung des "Projekt Repo 2013" durch alle autorisierten Händler der Marken des VW-Konzerns und die Teilnehmer der VPVW-Stammtische zu unterbrechen. Am 3. April 2013 hat die [Q._____ AG] ihre Selbstanzeige eingereicht und am 22. Mai 2013 hat das Sekretariat die Untersuchung gegen die [Q._____ AG] und die Verfahrensparteien eröffnet. Das heisst, dass die vereinbarte Konditionenliste nur zwischen dem 28. März und dem 3. April 2013 hat angewendet werden können, wovon die vier Tage zwischen 29. März und 1. April 2013 auf die Ostertage entfielen (also insgesamt drei Tage). Die betreffende Wettbewerbsabrede wurde somit nur kurze Zeit umgesetzt.

Für eine tatsächliche praktische Umsetzung einer Abrede durch die Beschwerdeführerin finden sich zwar keine Beweise in den Akten. Insbesondere fehlen entsprechende Offerten oder Kaufverträge. Allerdings bildet bei Vereinbarungen im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG ein konkretes Verhalten den Gegenstand der erklärten Willensübereinstimmung, während eine Umsetzung derselben nicht erforderlich ist (BGE 147 II 72, *Pfizer*, E. 3.4.5; vgl. auch Urteil des BVGer B-552/2015 vom 14. November 2017, *Türbeschläge*, E. 4.1). Insofern sind die Einwände der Beschwerdeführerin betreffend fehlende praktische Umsetzung der strittigen Abrede irrelevant.

10.

Zu prüfen bleibt, ob sich die Abrede durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lässt (Art. 5 Abs. 1 KG).

10.1 Art. 5 Abs. 2 KG bestimmt dazu Folgendes (Zitat):

> Wettbewerbsabreden sind durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt, wenn sie:
>
> a. notwendig sind, um die Herstellungs- oder Vertriebskosten zu senken, Produkte oder Produktionsverfahren zu verbessern, die Forschung oder die Verbreitung von technischem oder beruflichem Wissen zu fördern oder um Ressourcen rationeller zu nutzen; und
>
> b. den beteiligten Unternehmen in keinem Fall Möglichkeiten eröffnen, wirksamen Wettbewerb zu beseitigen.

10.2 Gestützt auf Art. 6 KG können in Verordnungen oder allgemeinen Bekanntmachungen die Voraussetzungen umschrieben werden, unter denen einzelne Arten von Wettbewerbsabreden aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz in der Regel als gerechtfertigt gelten. Dabei werden gemäss Art. 6 Abs. 1 KG insbesondere die folgenden Abreden in Betracht gezogen (auszugsweise zitiert):

> b. Abreden über die Spezialisierung und Rationalisierung, einschliesslich diesbezügliche Abreden über den Gebrauch von Kalkulationshilfen;
>
> [...]
>
> e. Abreden mit dem Zweck, die Wettbewerbsfähigkeit kleiner oder mittlerer Unternehmen zu verbessern, sofern sie nur eine beschränkte Marktwirkung aufweisen.

10.3 Durch die Effizienzanalyse sollen Abreden, die auch im Dienste eines gesamtwirtschaftlich positiven Zwecks stehen, von jenen unterschieden werden, welche hauptsächlich dem Erzielen einer Kartellrente dienen. Zur Rechtfertigung einer Abrede müssen die in Art. 5 Abs. 2 KG statuierten Voraussetzungen kumulativ erfüllt sein, wobei es genügt, wenn ein einzelner der in Art. 5 Abs. 2 Bst. a KG genannten Effizienzgründe vorliegt. Das in dieser Bestimmung erwähnte Erfordernis der Notwendigkeit wird vom Bundesgericht im Sinne der Verhältnismässigkeit ausgelegt (zum Ganzen BGE 147 II 72, *Pfizer*, E. 7.2, 143 II 297, *Gaba*, E. 7.1 und 129 II 18, *Buchpreisbindung I*, E. 10.3, je m.H.; Urteil des BVGer B-829/2012 vom 25. Juni 2018, *Granella*, E. 9.3.5).

Im Lichte des gesamtwirtschaftlichen Effizienzbegriffs reichen rein individuelle, subjektive, betriebswirtschaftliche Zugewinne an Leistungsfähigkeit (z.B. betriebsinterne Kostenumlagerungen) oder rein pekuniäre Vorteile (z.B. blosse Kartellrenten, eine sog. Marktberuhigung oder die Verhinderung ruinösen Wettbewerbs) der Abredeteilnehmer für eine Rechtfertigung nicht aus (ZIRLICK/BANGERTER, Art. 5 KG N. 258; zum Ganzen auch AMSTUTZ/CARRON/REINERT, Art. 5 KG N. 246 ff.).

10.4 Die Notwendigkeit der Absprache muss in zeitlicher, örtlicher, persönlicher und wirtschaftlicher Hinsicht gegeben sein (BGE 144 II 246, *Altimum*, E. 13.5.1 m.H.). Preisabreden erfüllen das Kriterium der Notwendigkeit in der Regel nicht (BGE 144 II 246, *Altimum*, E. 13.5.1 und 129 II 18, *Buchpreisbindung I*, E. 10.4, je m.H.).

10.5 Unter dem Gesichtspunkt einer Rechtfertigung infolge (gesamt-) wirtschaftlicher Effizienz muss die Abrede mit Blick auf das Argument der Beschwerdeführerin, die Konditionenliste habe einzig bezweckt, den Verkaufsvorgang im Sinne einer Kalkulationshilfe strukturierter zu gestalten und mehr Transparenz in der Offertdarstellung zu erreichen, geprüft werden. Wie oben fest-

gestellt (E. 8.8), liegt keine (reine) Kalkulationshilfe vor, sodass sich die nachfolgenden Erwägungen auf Struktur und Transparenz der Offertgestaltung beschränken. Andere mögliche Rechtfertigungsgründe sind nicht erkennbar.

10.5.1 Bei ihrer Einvernahme durch das Sekretariat am 17. Juni 2013 hatte die Beschwerdeführerin erklärt, es gebe sehr grosse Betriebe, teilweise mit zehn Verkäufern. Diese müssten wissen, wie man die Offerten korrekt darstelle, weil sonst Geld verlorengehe. Aus der Offerte resultiere der Vertrag mit dem Kunden, welchen die Beschwerdeführerin bei etwaigen Kontrollen durch die [Q._____ AG] vorlegen müsse.

Die Transparenz beziehe sich auf die einzelnen Konditionen. Wenn sich ein Händler nicht an die entsprechende Darstellung halte, könne dies ein anderer, der es beispielsweise aufgrund einer Konkurrenzofferte gemerkt habe, einem Vorstandsmitglied des VPVW melden. Dieses wiederum mache den Händler, welcher etwas falsch dargestellt oder einen falschen Wert für eine Prämie eingesetzt habe, auf den Fehler aufmerksam und schaffe so Transparenz.

In der Beschwerdeschrift wurde ausgeführt, die Händler hätten sich über die Komplexität und den hohen administrativen Aufwand im Zusammenhang mit der Offertstellung beklagt. Vor diesem Hintergrund habe der VPVW Massnahmen wie die Konditionenliste(n) beschlossen, um den Händlern eine Erleichterung bei der Offertstellung zu bieten.

10.5.2 Die Vorinstanz legte in den Ziff. 348 ff. der Sanktionsverfügung dar, zur Beurteilung von Rechtfertigungsgründen im Fall einer Preisabrede könne die Bekanntmachung der WEKO betreffend die Voraussetzungen für die kartellrechtliche Zulässigkeit von Abreden über die Verwendung von Kalkulationshilfen als Orientierungshilfe dienen. Insbesondere liessen sich gemäss dieser Bekanntmachung Abreden über den Gebrauch von Kalkulationshilfen aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz in der Regel dann nicht rechtfertigen, wenn sie den Beteiligten Margen, Rabatte, andere Preisbestandteile oder Endpreise vorgäben oder vorschlügen. A fortiori könne eine Abrede wie die vorliegende, welche die Verwendung einer gemeinsamen Konditionenliste für Preisnachlässe und Ablieferungspauschalen zum Gegenstand habe, nur schwerlich gerechtfertigt sein.

Die Erstellung und die Verbreitung einer derartigen Konditionenliste zwischen den Händlern dienten lediglich der Abstimmung eines gemeinsamen Rabattverhaltens und der Ausrichtung der Preispolitik an den Konkurrenten. Es sei deshalb in keiner Weise ersichtlich, dass eine solche Abrede einen Zusammenhang mit einer Senkung von Vertriebskosten, mit Forschung oder Verbreitung von technischem oder beruflichem Wissen oder einer rationellen Nutzung von Ressourcen aufweise. Für die vorliegende Abrede seien daher keine Rechtfertigungsgründe ersichtlich, und die Parteien machten auch keine solchen geltend.

10.5.3 Den Erläuterungen der Beschwerdeführerin lässt sich entnehmen, dass mit der harmonisierten Gestaltung der Offerten betriebliche Zwecke verfolgt wurden. Einerseits sollte sie ein Hilfsmittel für die Verkäufer bilden. Andererseits sollte sie die Umsetzung von Vorgaben der [Q._____ AG] hinsichtlich des Nachweises von Fahrzeugverkäufen gewährleisten. Inwiefern die vereinheitlichte Offertdarstellung aber nicht nur betriebliche Prozesse optimiert hätte, sondern auch im Dienste eines gesamtwirtschaftlich positiven Zwecks entsprechend der oben wiedergegebenen Praxis gestanden wäre, ist nicht erkennbar.

Auch aus Kundensicht können sich transparente, aufgrund ihrer Darstellung leicht vergleichbare Angebote als vorteilhaft erweisen. Allerdings lässt sich nicht nachvollziehen, weshalb es maximaler Rabatte und minimaler Ablieferungspauschalen bedürfte, um die Offerten entsprechend zu strukturieren. Hierfür würde eine rein formale Angleichung genügen. Mithin fehlt es für eine Rechtfertigung bereits am Erfordernis der Notwendigkeit der festgestellten Abrede.

10.5.4 Durch die harmonisierten Rabatte und Ablieferungspauschalen sollte in Wirklichkeit den Händlern auf Kosten der Kunden eine höhere Marge verschafft werden. Die Festlegung maximaler Rabatte und minimaler Ablieferungspauschalen dient zwar den Verkäufern. Sie belastet aber die Käufer, weil zwei Elemente der Preisbildung betragsmässig nach oben gedrückt werden. Ein gesamtwirtschaftlicher Effizienzgewinn ergab sich unter diesen Umständen nicht; er wurde auch nicht (auf substantiierte, nachvollziehbare Weise) geltend gemacht. Mit anderen Worten verfolgte die Abrede aus objektiver Sicht keinen positiven wirtschaftlichen Zweck, welcher letztlich via wirksamen Wettbewerb auch der Marktgegenseite zugutegekommen wäre.

10.5.5 Ein Rechtfertigungsgrund im Sinne von Art. 5 Abs. 2 und Art. 6 Abs. 1 KG liegt demzufolge nicht vor, weshalb die festgestellte Wettbewerbsabrede als unzulässig qualifiziert werden muss.

11.

Gemäss Art. 49a Abs. 1 KG wird ein Unternehmen, das an einer unzulässigen Abrede nach Art. 5 Abs. 3 KG beteiligt ist, mit einem Betrag von bis zu 10 % des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes belastet. Dieser Betrag bemisst sich nach Dauer und Schwere des unzulässigen Verhaltens, wobei der mutmassliche Gewinn, den das Unternehmen durch die Abrede erzielte, in angemessener Weise berücksichtigt werden muss.

11.1 Eine Sanktionierung nach Art. 49a Abs. 1 KG setzt ein Verschulden im Sinne der Vorwerfbarkeit voraus (BGE 147 II 72, *Pfizer*, E. 8.4.2, 146 II 217, *ADSL II*, E. .5.2 und 143 II 297, *Gaba*, E. 9.6.2). Die subjektive Zurechenbarkeit des unter den Tatbestand subsumierten Verhaltens beruht dabei entweder auf einem objektiven Sorgfaltsmangel im Sinne eines Organisationsverschuldens seitens des Unternehmens oder auf zumindest fahrlässigem Handeln der Unternehmensverantwortlichen. Darunter fällt neben pflichtwidrigem Verhalten von Organen auch solches von Mitarbeitern, welche mit der betroffenen Geschäftstätigkeit ordnungsgemäss betraut waren (vgl. Urteile des BVGer B-771/2012 vom 25. Juni 2018, *Cellere*, E. 9.3.1 und B-581/2012 vom 16. September 2016, *Nikon*, E. 8.2, je m.H.; vgl. ROBERT ROTH, in: Vincent Martenet / Christian Bovet / Pierre Tercier

(Hrsg.), Droit de la concurrence, Commentaire, 2. A., 2013, Art. 49a-53 KG N. 37 ff.).

Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist bei nachweisbarem wettbewerbswidrigem Verhalten in aller Regel auch die objektive Sorgfaltspflicht verletzt, weil Unternehmen die Normen des KG sowie die entsprechende Praxis kennen müssen (BGE 147 II 72, *Pfizer*, E. 8.4.2, 146 II 217, *ADSL II*, E. 8.5.2 und 143 II 297, *Gaba*, E. 9.6.2).

11.1.1 Unter dem Titel der Vorwerfbarkeit wurde in der Sanktionsverfügung Folgendes ausgeführt (Zitat):

> Vorliegend handeln die [Z._____ AG[, [X._____ AG], [R._____ AG] und [Y._____ AG] für die betroffenen Unternehmen in einer wichtigen Funktion der Geschäftsleitung (Präsident, Direktor oder Geschäftsführer) und waren für die jeweiligen Unternehmen zeichnungsberechtigt. Sodann ist festzuhalten, dass die handelnden natürlichen Personen (formell und materiell) als Organe der jeweiligen Unternehmen zu bestimmen sind. Die oben erwähnten Personen haben als Mitglieder der Geschäftsleitung ihrer Unternehmen wissentlich und willentlich Preisnachlässe und Ablieferungspauschalen zur Abgabe der "Erst-Offerte" für Neufahrzeuge der Marken des VW-Konzerns gemeinsam vereinbart und die Verbreitung der abgestimmten Rabattpolitik durch die regionalen Stammtische des VPVW organisiert und umgesetzt. Der Vorsatz der handelnden natürlichen Personen bezüglich der von ihnen vorgenommenen Handlungen ist daher ohne Weiteres den betroffenen Unternehmen zuzurechnen.

11.1.2 Die Beschwerdeführerin hat sich zur Frage der Vorwerfbarkeit nicht geäussert.

11.1.3 Als Geschäftsführer (gemeinsam mit [...]) und Verkaufsleiter der Y._____ AG hatte [...] im fraglichen Zeitraum (faktische) Organstellung. Wie die oben in E. 8.6 ff. zitierte und gewürdigte E-Mail-Korrespondenz zeigt, beteiligte er sich in dieser Funktion wissentlich und willentlich an einer Preisabrede betreffend seinerzeit von der Beschwerdeführerin gehandelte Neufahrzeuge. Sein inkriminiertes Verhalten ist daher entsprechend der oben (E. 11.1) wiedergegebenen Gerichtspraxis der Beschwerdeführerin zuzurechnen.

11.2 Gestützt auf Art. 49a Abs. 1 KG ist die Sanktion anhand des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes nach Dauer und Schwere des unzulässigen Verhaltens, unter Berücksichtigung des durch die Abrede erlangten mutmasslichen Gewinns, zu bemessen. Ausführungsbestimmungen dazu finden sich in der KG-Sanktionsverordnung. Gemäss Art. 2 Abs. 2 SVKG gilt bei der Festsetzung der Sanktion das Verhältnismässigkeitsprinzip. Art. 3 SVKG definiert den sog. Basisbetrag der Sanktion als einen Wert von bis zu 10 % des Umsatzes, den das betreffende Unternehmen in den letzten drei Geschäftsjahren auf den relevanten Märkten in der Schweiz erzielte. Dauerte der Wettbewerbsverstoss zwischen einem und fünf Jahren, so wird der Basisbetrag um bis zu 50 % erhöht (Art. 4 Satz 1 SVKG). Art. 5 SVKG statuiert erschwerende, Art. 6 SVKG mildernde Umstände, die zu einer Erhöhung bzw. Verminderung des nach den Art. 3 und 4 SVKG festgesetzten Betrages führen. Art. 7 SVKG bestimmt unter Hinweis auf Art. 49a Abs. 1 KG, die Sanktion betrage in keinem Fall mehr als 10 % des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes des Unternehmens.

11.2.1 Zur konkreten Sanktionsberechnung wurde in der angefochtenen Verfügung dargelegt, was folgt (Zitat):

> In casu drängt es sich aus Gründen der Verhältnismässigkeit auf, Pauschalsanktionen festzulegen. Eine solche Sanktionierung mittels einer Pauschalsanktion kann zum einen dann zur Anwendung kommen, wenn ein eher symbolischer Betrag angezeigt ist, weil nur ein sehr unbedeutender Verstoss festgestellt werden konnte, zum anderen in Fällen, in denen ausserordentliche Umstände vorliegen, die eine solche Pauschalsanktion rechtfertigen. Solche ausserordentlichen Umstände können z.B. dann gegeben sein, wenn eine Verfahrenspartei trotz ihres Wettbewerbsverstosses in tatsächlicher Hinsicht keinen Umsatz auf dem relevanten Markt erzielte.
>
> Mit einem solchen Sachverhalt ist die hier vorliegende Konstellation vergleichbar, in der die betreffende Wettbewerbsabrede, trotz ihrer erheblichen Beeinträchtigung des Wettbewerbs, nur kurze Zeit angewendet wurde. Nämlich wurde die vorliegende Wettbewerbsabrede anfangs Februar 2013 getroffen und mit der Durchführung der Stammtische im März 2013 umgesetzt. Das "Projekt Repo 2013" wurde aufgrund der Interventionen der [Q._____ AG] und des Präsidenten des VPVW vom 2. bzw. 3. April 2013 [Dienstag bzw. Mittwoch], also ungefähr eine Woche nach dem letzten Stammtisch, abgebrochen. Die Anwendung der vereinbarten Konditionen hat somit mindestens vom Tag nach dem letzten Stammtisch, am 27. März 2013 [Mittwoch], bis am 3. April 2013 [Mittwoch] gedauert (drei Tage). Der Verkauf eines Neufahrzeugs erfolgt normalerweise nicht an einem einzigen Tag, da die entsprechenden Verhandlungen länger dauern können. Es ist daher im vorliegenden Fall davon auszugehen, dass während drei Tagen nur eine geringe Anzahl von Neufahrzeugen der Marken des VW-Konzerns in Anwendung der vereinbarten Konditionenliste für die Erst-Offerten verkauft wurden.

In Ziff. 55 der Sanktionsverfügung wurde diesbezüglich noch Folgendes ausgeführt (Zitat):

> Das heisst, dass die vereinbarte Konditionenliste nur zwischen dem 28. März und dem 3. April 2013 hat angewendet werden können, wovon die vier Tage zwischen 29. März und 1. April 2013 auf die Ostertage entfielen (also insgesamt drei Tage). Die betreffende Wettbewerbsabrede wurde somit nur kurze Zeit umgesetzt.

Hinsichtlich der Berücksichtigung von Art und Schwere des Verstosses findet sich in der Sanktionsverfügung folgende Passage (Zitat):

> Vorliegend muss bei der Bemessung der Pauschalsanktion berücksichtigt werden, dass es sich hier um eine horizontale Preisabsprache handelt. Zudem muss auch in Betracht gezogen werden, dass die Parteien nicht aus ihrer eigenen Initiative entschieden

haben, das unzulässige Verhalten abzubrechen, sondern die Intervention des Präsidenten des VPVW und der [Q._____ AG] IMPORT sowie die Selbstanzeige der [Q._____ AG] sie dazu veranlasst hat. Jedoch gilt es festzuhalten, dass die Abrede nur für kurze Zeit umgesetzt wurde.

Mit Blick auf erschwerende Umstände hielt die WEKO in ihrer Sanktionsverfügung fest, es lägen keine Anhaltspunkte vor, wonach eines oder mehrere Unternehmen Vergeltungsmassnahmen angeordnet oder durchgeführt hätten. Daher rechtfertige sich eine Erhöhung des Sanktionsbetrags aufgrund von Art. 5 Abs. 2 Bst. b SVKG nicht. Ebensowenig erkannte die Vorinstanz auf eine Herabsetzung desselben infolge mildernder Umstände. Einerseits hätten alle Parteien eine aktive Rolle im Projekt "Repo 2013" gespielt. Dies ergebe sich aus der Tatsache, dass sie alle die regionalen Stammtische durchgeführt, die Präsentation gehalten und die vereinbarte Konditionenliste an die Teilnehmer abgegeben hätten. Andererseits habe nur die kurze Dauer des Projekts "Repo 2013" die Umsetzung allfälliger Vergeltungsmassnahmen verunmöglicht.

11.2.2 Hierzu legt die Beschwerdeführerin dar, für den "Abbruch des Projektes" stelle die Vorinstanz ohne Gründe auf den Brief der Selbstanzeigerin [vom 2. April 2013] an das gesamte Vertriebsnetz ab. Warum sie nicht "in dubio" auf die E-Mail des Verbandspräsidenten [...] vom 26. März 2013 (Dienstag) abstelle, bleibe ihr Geheimnis. Diese E-Mail sei auch an die Beschwerdeführerin gerichtet und bezüglich Inhalt (Nichtbefolgung bzw. Nicht-Treffen von Wettbewerbsabreden) so verfasst gewesen wie das spätere Schreiben. Die Vorinstanz mache schliesslich auch gar nicht geltend, dass sich der VPVW-Vorstand nicht an die E-Mail seines Präsidenten gehalten hätte. Die angebliche "Umsetzung" durch die Verfahrensbetroffenen in den Tagen vom 28. März (Donnerstag) bis zum 3. April 2013 (Mittwoch) sei nur schon deshalb fraglich.

Selbst wenn für den "Abbruch des Projektes" das Schreiben der Selbstanzeigerin massgebend sein sollte, so wäre zu berücksichtigen, dass dieses Schreiben am 3. April 2013 bereits um 07.58 Uhr, also vor Betriebsbeginn, per E-Mail auch an die Verfügungsadressatinnen versandt worden sei. Der 3. April 2013 falle somit für eine mögliche Umsetzung weg. Die Vorinstanz hätte somit nach der eigenen Logik zwei Tage für die Dauer der Umsetzung einrechnen sollen, nämlich den 28. März (Donnerstag) und den 2. April 2013 (Dienstag). Dass an diesen beiden Tagen, namentlich am 28. März 2013, einem Gründonnerstag, überhaupt gearbeitet worden sei bzw. kommerzielle Aktivitäten im Sinne der Vorhaltungen des Sekretariats getätigt worden seien, sei nicht ersichtlich und von den Verfügungsadressatinnen bestritten worden. Beweise, wie z.B. Rechnungen, Offerten oder dergleichen von diesen Tagen, fehlten gänzlich.

Unter Hinweis auf den Grundsatz "nulla poena sine lege" erklärt die Beschwerdeführerin überdies, versuchte Wettbewerbsbeschränkungen ohne Marktwirkungen seien mangels gesetzlicher Grundlage im Schweizer Kartellrecht nicht strafbar.

11.2.3 Bei der Sanktionsbemessung handelt es sich um eine Ermessenssache (BGE 147 II 72, *Pfizer*, E. 8.5.2). Den Wettbewerbsbehörden kommt in Bezug auf die konkrete Festlegung der einzelnen Sanktionskomponenten des Basisbetrags, der Dauer sowie der Erhöhungs- und Milderungsgründe ein erheblicher Ermessensspielraum zu (Urteil des BVGer B-831/2011 vom 18. Dezember 2018, *SIX*, E. 1556 m.H.; vgl. TAGMANN/ZIRLICK, Art. 49a N. 41). Wie die nachfolgenden Erwägungen zeigen, wahrt die von der WEKO gegenüber der Beschwerdeführerin verhängte Pauschalsanktion diesen Spielraum, wenngleich sich die Sanktionsberechnung nicht in allen Einzelheiten nachvollziehen lässt (vgl. dazu unten E. 11.2.4 und 11.2.8).

11.2.4 Mit Blick auf die Argumentation der Beschwerdeführerin ist vorab darzulegen, dass sich am Ergebnis, wonach die Sanktionshöhe den Ermessensspielraum der Vorinstanz respektiert, selbst bei einer detaillierteren Berechnung der Sanktion unter Berücksichtigung der einzelnen Tage, an welchen die Abrede umgesetzt werden konnte, nichts ändern würde.

11.2.4.1 Das E-Mail des Verbandspräsidenten vom Dienstag, 26. März 2013, auf welches sich die Beschwerdeführerin beruft, ging an deren Geschäftsleiter sowie weitere Vorstandsmitglieder des VPVW. Es wurde um 10.31 Uhr versandt und trägt den Betreff "Stammtische". Wörtlich heisst es darin insbesondere:

> [...]
>
> Ich bitte in meiner Funktion als Verbandspräsident folglich alle Vorstandsmitglieder, im Rahmen der Stammtische hinsichtlich der Rabatte keine Absprachen zu tätigen und keinen diesbezüglichen Druck aufzubauen.

Am 27. März 2013 schrieb [Y._____ AG] in einem E-Mail an [Präsident VPVW] und [Q._____ AG] sowie, in Kopie, an die übrigen Beteiligten unter anderem Folgendes (Zitat):

> Hallo zusammen
>
> Mein Feedback zum Stammtisch war durchwegs positiv, es hat einige Knacknüsse im Erreichen aller in meinem Verantwortungsgebiet. Dies konnte ich delegieren oder selber erledigen.
>
> Ich habe ihnen ausdrücklich gesagt, dass das transparente Offerieren wie in der Präsentation ersichtlich das wichtigste am ganzen ist und wir negative Auswüchse immer gerade beim jeweiligen Verantwortlichen rügen sollen. Dies wurde eigentlich so aufgenommen, dass es so durchgesetzt werde.
>
> Das Thema Preisnachlässe haben wir diskutiert und alle waren sich einig dass wir endlich mehr Geld verdienen müssen, und jeder sich selber helfen muss, denn von [Q._____ AG] Import können wir keine Hilfe diesbezüglich erwarten. Ich habe die blauen Beispiele gezeigt und gesagt jeder könne sich dann beim Ausgang ein neutrales Blatt mitnehmen.
>
> [...]
>
> Wir haben einen neuen Termin schon nach 3 Monaten abgemacht damit wir über das Gelingen oder nicht frühzeitig reagieren können. Montag 17. Juni 2013.

> Meine Bedenken sind schon gross ob wir die nicht loyalen Partner und Trittbrettfahrer ins Boot holen können und das langfristig.
>
> [...]

Diese am Tag nach dem Aufruf des Verbandspräsidenten seitens der Beschwerdeführerin abgegebenen Äusserungen erwecken nicht den Eindruck, sie hätte sich schon vor dem 3. April 2013 vom verpönten Verhalten distanziert. Auch sonst fehlen entsprechende Hinweise.

11.2.4.2 Zu Gunsten der Beschwerdeführerin kann hingegen berücksichtigt werden, dass das erwähnte Abmahnungsschreiben der Selbstanzeigerin vom Dienstag, 2. April 2013, als Anhang zu einem E-Mail mit dem Betreff "VPVW Stammtische - Dringende Mitteilung" bereits an diesem Tag um 19.39 Uhr durch [...] (Leiter Dealer Operations und Vizedirektor der Selbstanzeigerin) an den Geschäftsleiter der Beschwerdeführerin geschickt wurde. Deshalb ist von einem Verzicht der Beschwerdeführerin auf eine Umsetzung der Abrede ab dem 3. April 2013, d.h. einschliesslich desselben, auszugehen.

11.2.4.3 Andererseits lässt sich nicht nachvollziehen, weshalb die Vorinstanz den Samstag, 30. März 2013, hinsichtlich einer Umsetzung der Abrede ausser Acht liess. Die Sanktionsverfügung enthält dazu keine Erwägungen. Weil es sich bei diesem Samstag aber nicht um einen Feiertag handelte, ist er ebenfalls einzurechnen.

Folglich konnte die Wettbewerbsabrede von Donnerstag, 28. März 2013, bis und mit Dienstag, 2. April 2013, praktiziert werden. Beim 29. März 2013 handelte es sich um einen Karfreitag, beim 1. April 2013 um einen Ostermontag; mithin waren beides Feiertage. Für eine tatsächliche Umsetzung der Abrede kommen daher drei Tage, nämlich der 28. und der 30. März sowie der 2. April 2013, in Frage. Auch die Sanktionsverfügung geht, wie oben (E. 11.2.1) dargelegt, von drei Tagen aus.

11.2.5 Hinsichtlich des Standpunktes der Beschwerdeführerin, versuchte Wettbewerbsbeschränkungen ohne Marktwirkungen seien nicht strafbar, ist zunächst auf die gesetzliche Definition der Abrede zurückzukommen. Bezweckt wird eine Wettbewerbsbeschränkung gemäss Art. 4 Abs. 1 KG nach der Rechtsprechung, wenn bereits der Gegenstand der Verhaltenskoordination auf Begrenzung oder Ausschaltung eines oder mehrerer relevanter Wettbewerbsparameter abzielt (Urteile des BVGer B-807/2012 vom 25. Juni 2018, *Erne*, E. 9.3.1 m.H.) oder den Wettbewerb beeinträchtigen kann (vgl. BGE 143 II 297, *Gaba*, E. 5.4.2 und 5.6; Urteil des BVGer B-807/2012 vom 25. Juni 2018, *Erne*, E. 9.3.1 m.H.). Bei Vereinbarungen im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG bildet ein konkretes Verhalten den Gegenstand der erklärten Willensübereinstimmung, während eine Umsetzung derselben nicht erforderlich ist (BGE 147 II 72, *Pfizer*, E. 3.4.5; vgl. auch Urteil des BVGer B-552/2015 vom 14. November 2017, *Türbeschläge*, E. 4.1). Auch eine Abrede, die (noch) ohne Auswirkungen auf den Wettbewerb geblieben ist, gefährdet nämlich das Funktionieren desselben (BGE 147 II 72, *Pfizer*, E. 3.6).

Wettbewerbsabreden im Sinne von Art. 4 Abs. 1 i.V.m. Art. 5 Abs. 3 KG bilden demnach die Vermutungsbasis, gestützt auf welche die Wettbewerbsbehörden gegebenenfalls schliessen, der wirksame Wettbewerb sei beschränkt oder beseitigt worden (vgl. oben E. 6.3.4). Da die Beschwerdeführerin an einer unzulässigen Abrede partizipierte, gefährdete sie das Funktionieren des wirksamen Wettbewerbs. Im Übrigen hat sie keinerlei Beweise dafür vorgelegt, dass die Abrede nicht angewendet worden wäre.

Demzufolge erübrigen sich Erwägungen zur Frage, ob ein Nichtpraktizieren der Abrede eine Sanktionierung verhindern würde.

11.2.6 In der angefochtenen Verfügung legte die Vorinstanz dar, die Sanktionierung müsse mittels einer im pflichtgemässen Ermessen gebildeten, verhältnismässigen Pauschalsanktion erfolgen, welche sich nicht an einem am Umsatz auf den relevanten Märkten orientierten Basisbetrag ausrichte. Die jeweiligen Pauschalsanktionen müssten jedoch immerhin die ungefähren Grössenverhältnisse zwischen den betroffenen Unternehmen hinsichtlich der jährlichen Umsätze auf den relevanten Märkten widerspiegeln. Vorliegend kämen weder erschwerende noch mildernde Umstände in Betracht. Die Obergrenze des Basisbetrags liege für die [X._____ AG] gemäss Art. 3 SVKG bei 10 % des Umsatzes, den das Unternehmen in den drei Geschäftsjahren vor Aufgabe des wettbewerbswidrigen Verhaltens erzielt habe. Um der Tatsache Rechnung zu tragen, dass der Wettbewerbsverstoss nur drei Tage gedauert habe, sei dieser Betrag durch 365 geteilt und mit dem Faktor 3 multipliziert worden, woraus die Sanktion resultiere (Sanktionsverfügung, Ziff. 391). Unklar bleibt, wie die Vorinstanz die der Beschwerdeführerin auferlegte Sanktion von Fr. [...] genau berechnete. Zur konkreten Sanktionsbemessung hat sich die Beschwerdeführerin nicht geäussert.

11.2.7 Sollte die Vorinstanz einerseits den Basisbetrag durch 365 geteilt, also mit Wochentagen gerechnet, andererseits aber beim Bestimmen des Multiplikators 3 für den Zeitraum der Umsetzung der Abrede von effektiven Arbeitstagen ausgegangen sein, wäre dies inkonsistent. Da das Ergebnis freilich im Rahmen des der WEKO zustehenden Ermessens liegt, braucht nicht weiter auf diesen Punkt eingegangen zu werden. Erschwerende oder mildernde Umstände im Sinne der Art. 5 und 6 SVKG erkannte die Vorinstanz zu Recht keine. Die Beschwerdeführerin machte schliesslich auch nicht geltend, eine Busse in der Höhe von Fr. [...] wäre für sie untragbar.

12.

Weiter vertritt die Beschwerdeführerin den Standpunkt, die im Dispositiv der Sanktionsverfügung angeordneten Massnahmen seien unzulässig bzw. unverhältnismässig.

12.1 In Ziff. 1 des Dispositivs der Sanktionsverfügung untersagte die WEKO der Beschwerdeführerin gestützt auf Art. 30 Abs. 1 KG Folgendes (Zitat):

> 1.1 die Vereinbarungen des "Projekt Repo 2013" über die Festsetzung von Preisnachlässen und Ablieferungspauschalen für den Verkauf von Neufahrzeugen der Marken des VW-Konzerns, insbesondere sämtliche gemeinsam vereinbarten Konditionenlisten, anzuwenden und die "Stammtische" im Rahmen der Vereinigung von

autorisierten Händlern für Neufahrzeuge der Marken des Volkswagenkonzerns (VPVW) oder ausserhalb dieser, mit dem Ziel gemeinsame Konditionenlisten zu erläutern und deren Einhaltung durch Mitglieder und Nicht-Mitglieder des VPVW sicherzustellen, durchzuführen,

1.2 mit ihren Konkurrenten im Rahmen der VPVW oder ausserhalb der VPVW Informationen über künftige Preisnachlässe und Ablieferungspauschalen für den Verkauf von Neufahrzeugen auszutauschen, und

1.3 mit ihren Konkurrenten im Rahmen der VPVW oder ausserhalb der VPVW zum Zweck der Koordination des Wettbewerbsverhaltens andere preisrelevante Informationen auszutauschen.

12.2 Die Beschwerdeführerin argumentiert, es könnten ihr keine Massnahmen auferlegt werden, weil kein Kartellrechtsverstoss nachgewiesen worden sei. Wenn man aber einen Wettbewerbsverstoss unterstelle, wären die Massnahmen unverhältnismässig, denn:

- Art und Intensität des konkreten, bestrittenen Kartellrechtsverstosses seien zu gering, um Massnahmen zu rechtfertigen.
- Die Massnahmen seien weder geeignet noch notwendig. Falls man unterstelle, dass das ihr vorgeworfene "Verhalten" überhaupt begonnen worden sei, wäre es wieder eingestellt worden, und Pauschalmassnahmen, die bereits durch das Gesetz erfasst seien, seien weder geeignet noch notwendig, um einen Kartellrechtsverstoss zu beseitigen oder auf ein erlaubtes Mass zu reduzieren.

12.3 Darauf erwidert die WEKO, sie sei der Ansicht, dass sie Massnahmen nicht nur dann treffen könne, wenn die anvisierten Verhaltensweisen im Verfügungszeitpunkt noch ausgeübt würden. Vielmehr müsse es genügen, wenn diese Verhaltensweisen in der Vergangenheit ausgeübt worden seien, sich als kartellrechtswidrig herausgestellt hätten und ihre Wiederholung zu befürchten sei. Die WEKO könne daher auch präventiv Massnahmen anordnen, soweit sie die entsprechende Verhaltensweise beurteilt habe.

Allein die Tatsache, dass die angeordneten Massnahmen ihrem Sinn und Zweck nach bereits im Kartellgesetz verankert seien, nehme ihnen die Eignung zur Beseitigung einer unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung nicht. Vielmehr bestätige dies, dass es sich um geeignete Massnahmen und nicht um "allgemeine Pauschalmassnahmen" handle. Andernfalls könnten Massnahmen gemäss Art. 30 KG nie getroffen werden, und es wäre widersinnig, dass sie gleichwohl im Gesetz vorgesehen würden.

Die WEKO könne nicht ausschliessen, dass das Projekt "Repo 2013" und die vereinbarte Konditionenliste in Zukunft angewandt oder dass inner- oder ausserhalb des VPVW preisrelevante Informationen ausgetauscht würden.

12.4 Art. 30 KG geht auf die Totalrevision des Kartellgesetzes aus dem Jahr 1994 zurück und ist seit dem 6. Oktober 1995 in Kraft. Der Gesetzgeber entschied sich für eine offene Formulierung, aus der sich weder ein Hinweis auf den Inhalt noch auf einen numerus clausus möglicher Massnahmen ergibt (siehe auch STEFAN BILGER, Das Verwaltungsverfahren zur Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen, 2002, S. 359 f.; IZUMI/KRIMMER, Art. 30 N. 25). Demnach haben die Behörden bei der Wahl der zu treffenden Massnahme einen weiten Entscheidungsspielraum (vgl. Urteil des BVGer B-3938/2013 vom 30. Oktober 2019, Dargaud, E. 19 m.H.; bezüglich Massnahme bestätigt durch Urteil des BGer 2C_43/2020 vom 21. Dezember 2021 E. 12.2). Die im konkreten Fall angeordneten Massnahmen müssen jedoch - wie jedes Vorgehen staatlicher Organe - den Grundsätzen rechtsstaatlichen Handelns entsprechen, d.h. im öffentlichen Interesse liegen und verhältnismässig sein (Art. 5 Abs. 2 BV; zur Verhältnismässigkeit der Massnahmen nach Art. 30 Abs. 1 KG: BEAT ZIRLICK/CHRISTOPH TAGMANN, in: Marc Amstutz / Mani Reinert (Hrsg.): Kartellgesetz, Basler Kommentar, 2. A., 2021, Art. 30 N. 59 ff.; KENJI IZUMI/ SOPHIE KRIMMER,, in: Roger Zäch et al. (Hrsg.): KG, Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, Kommentar, 2018, Art. 30 N. 25; ROMINA CARCAGNI, in: Baker & McKenzie (Hrsg.), Kartellgesetz Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, 2007, Art. 30 N. 12; BILGER, S. 360).

Im Kartellrecht steht als öffentliches Interesse der Schutz des wirksamen Wettbewerbs (Art. 1 KG) im Vordergrund (vgl. MICHAEL TSCHUDIN, in: Roger Zäch et al. (Hrsg.): KG-Kommentar, Zürich / St. Gallen 2018, Art. 50 N. 10). Massnahmen nach Art. 30 KG dienen daher insbesondere dazu, wirksamen Wettbewerb wiederherzustellen (vgl. Urteil des BVGer B-2157/2006 vom 3. Oktober 2007, *Flughafen Zürich*, E. 3.2 und 4.2.2; vgl. auch Urteil des BVGer B-3975/2013 vom 30. Oktober 2019, Les Editions Flammarion SA gg. Weko, E. 20; insofern bestätigt durch Urteil des BGer 2C_44/2020 vom 3. März 2022 E. 12.7).

12.5 Die Erforderlichkeit von Massnahmen muss klar begründet sein. Weshalb die in Dispositiv-Ziff. 1 ihrer Sanktionsverfügung angeordneten Massnahmen erforderlich sein sollen, hat die WEKO aber nicht begründet. Gemäss Sanktionsverfügung konnte die strittige Abrede nur während kurzer Zeit, zwischen dem 28. März und dem 3. April 2013, angewendet werden (vgl. oben E. 11.2.1). Wie das Bundesverwaltungsgericht festgestellt hat (oben E. 11.2.4.4), kommen für eine tatsächliche Umsetzung der 28. und der 29. März sowie der 2. April 2013 in Frage. Nach der Beweislage wurde das kartellrechtswidrige Verhalten im Zuge der Selbstanzeige aufgegeben. Es bestehen keine Hinweise dafür, dass die Abrede über den 2. April 2013 hinaus praktiziert worden wäre. Ebensowenig ist eine Wiederholungsgefahr ersichtlich. Demzufolge müssen die verfügten Massnahmen als nicht erforderlich und damit als unverhältnismässig qualifiziert werden. Dispositiv-Ziff. 1 der angefochtenen Verfügung ist daher aufzuheben.

13.

In Ziff. 1 ihrer Rechtsbegehren hat die Beschwerdeführerin neben der Aufhebung der Sanktionsverfügung vom 19. Oktober 2015 auch die Einstellung des Verfahrens

beantragt. Entsprechend den vorangehenden Erwägungen ist dieser Antrag als unbegründet abzuweisen.

14.

Die Beschwerdeführerin erklärt, die WEKO werfe den Verfügungsadressatinnen vor, das Verfahren im Sinne einer gemeinsamen Strategie zur Behinderung eines zügigen Ablaufs verzögert zu haben, was sie ihnen bei der Berechnung der Verfahrenskosten mindestens indirekt zum Nachteil ausgelegt habe.

14.1 In Ziff. 168 ff. der Sanktionsverfügung hielt die Vorinstanz fest, die Parteien hätten oftmals mehrere Fristverlängerungen beantragt oder unbegründete Verfahrensanträge gestellt, welche das Verfahren de facto verzögert hätten. Der Inhalt der jeweiligen Antworten, so etwa in den Stellungnahmen zum Abschluss einer einvernehmlichen Regelung, zum provisorischen Beweisergebnis oder in den Bemerkungen zum Verfügungsantrag des Sekretariats, deute ausserdem auf eine gewisse (gemeinsame) Strategie zur Behinderung eines zügigen Ablaufs des Verfahrens hin. Ferner habe das Sekretariat die Parteien drei Mal eingeladen, sich zum Abschluss einer einvernehmlichen Regelung zu äussern. Sie hätten aber alle Anregungen des Sekretariats abgelehnt, ohne selbst konkrete Vorschläge für eine einvernehmliche Lösung einzureichen. Somit hätten die Verzögerungsstrategie der Parteien und die Ablehnung der Vorschläge des Sekretariats für eine einvernehmliche Regelung zu einer Verlängerung des Verfahrens und zu einer Erhöhung der Verfahrenskosten geführt.

14.2 Art. 53a Abs. 1 Bst. a i.V.m. Abs. 2 KG bestimmt, dass die Wettbewerbsbehörden für Verfügungen über die Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen nach den Art. 26 - 31 KG Gebühren erheben und sich diese nach dem Zeitaufwand bemessen. Im Einzelnen richtet sich die Auferlegung von Kosten im vorinstanzlichen Verfahren nach der Verordnung über die Gebühren zum Kartellgesetz vom 25. Februar 1998 (Gebührenverordnung KG, GebV-KG, SR 251.2), welche der Bundesrat gestützt auf Art. 53a Abs. 3 KG erliess. Gebührenpflichtig ist gemäss Art. 2 GebV-KG, wer Verwaltungsverfahren verursacht oder Gutachten und sonstige Dienstleistungen der Wettbewerbskommission oder des Sekretariats veranlasst. Keine Gebührenpflicht besteht für Beteiligte, die eine Vorabklärung oder eine Untersuchung verursacht haben, sofern sich keine Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung ergeben bzw. sich solche nicht erhärten und das Verfahren aus diesem Grunde eingestellt wird (Art. 3 Abs. 2 GebV-KG). Wurde eine Verfügung durch mehrere (juristische) Personen gemeinsam veranlasst, haften sie solidarisch für die Gebühr (Art. 1a GebV-KG i.V.m. Art. 2 Abs. 2 der Allgemeinen Gebührenverordnung vom 8. September 2004, AllgGebV, SR 172.041.1; vgl. Urteil des BVGer B-880/2012 vom 25. Juni 2018, Umbricht AG u.a. gg. Weko, E. 13.1.1). Hinter der Gebührenpflicht steht der Wille des Gesetzgebers, das für Beschwerdeverfahren geltende Unterliegerprinzip auch auf das erstinstanzliche Verfahren anzuwenden (BGE 128 II 247, Eidgenössisches Volkswirtschaftsdepartement gg. BKW FMB Energie AG u. Reko Wef, *BKW*, E. 4.1 und 6.1).

14.3 Mit Verfahrenskosten kann namentlich belastet werden, wer den Wettbewerb in unzulässiger Weise beschränkt und den Wettbewerbsbehörden dadurch Anlass gibt, Massnahmen nach Art. 30 Abs. 1 KG zu treffen. Einer Kostenüberwälzung steht selbst dann nichts entgegen, wenn der Verursacher das beanstandete Verhalten beendet, so dass das Verfahren eingestellt werden kann. Sinngemäss unterliegt der Betreffende dabei, was eine Kostenauflage grundsätzlich erlaubt (BGE 128 II 247, BKW, E. 6.1). Allerdings wurde Art. 2 GebV-KG zu weit gefasst, und Art. 3 Abs. 2 GebV-KG zählt die Konstellationen der Gebührenfreiheit nicht abschliessend auf. So ermöglicht nicht jegliches Veranlassen einer Untersuchung die Auferlegung von Verfahrenskosten. Erweist sich ein wettbewerbsbeschränkendes Verhalten aus besonderen Gründen als zulässig, beispielsweise, weil vorbehaltene Vorschriften gemäss Art. 3 KG es gestatten, kann der Auslöser nicht als unterliegend und damit kostenpflichtig betrachtet werden. Dann decken sich Unterlieger- und Verursacherprinzip nicht, weshalb letzteres zurücktritt. Unerlässlich für eine Überwälzung des Verfahrensaufwandes auf den Verursacher ist, dass das Unterlieger- und das Verursacherprinzip im konkreten Fall zum selben Schluss führen (BGE 128 II 247, BKW, E. 6.2; vgl. Urteil des BGer 2C_869/2020 vom 27. Oktober 2021, SAS AB et al. gg. WEKO betr. Publikation Sanktionsverfügung, E. 7.2 m.H. auf das Urteil des BGer 2C_973/2019 vom 27. Januar 2019, Einzelunternehmen A. gg. Staatssekretariat für Wirtschaft SECO, Schweizerische Akkreditierungsstelle SAS, betr. Verwaltungsgebühr, E. 2.3.2).

14.4 Durch Beteiligung an einer unzulässigen Wettbewerbsabrede hat die Beschwerdeführerin das erstinstanzliche Verfahren mitverursacht. Umstände, welche nach Gebührenfreiheit im Sinne von Art. 3 Abs. 2 GebV-KG oder nach einer Reduktion der vorinstanzlichen Verfahrenskosten rufen würden, bestehen nicht.

Wie oben dargelegt (E. 5.2.4), hatte das Sekretariat der Beschwerdeführerin rund ein Jahr Bedenkzeit hinsichtlich des Abschlusses einer einvernehmlichen Regelung eingeräumt. Die Beschwerdeführerin aber schob eine definitive Stellungnahme oder entsprechende eigene Vorschläge immer wieder hinaus. Angesichts dessen muss gefolgert werden, dass das Verfahren (auch) seitens der Beschwerdeführerin unnötigerweise in die Länge gezogen wurde. Im Übrigen hat die Beschwerdeführerin weder eine konkrete, bezifferbare Kostenreduktion beantragt, noch eine dahingehende substantiierte Begründung vorgebracht. Ebensowenig lassen sich entsprechende Faktoren ausmachen. Daher ist die angefochtene Verfügung bezüglich der Beschwerdeführerin im Kostenpunkt zu bestätigen.

15.

15.1 Die Beschwerdeinstanz auferlegt die Verfahrenskosten in der Regel der unterliegenden Partei. Unterliegt diese nur teilweise, so werden die Verfahrenskosten ermässigt. Ausnahmsweise können sie ihr erlassen werden (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Keine Verfahrenskosten werden Vorinstanzen oder beschwerdeführenden und unterliegenden Bundesbehörden auferlegt (Art. 63 Abs. 2 VwVG).

Da die Beschwerdeführerin hinsichtlich der Sanktion unterliegt, hinsichtlich der Massnahmen aber obsiegt, sind die Verfahrenskosten von Fr. 6'000.- (einschliess-

lich der Kosten für die Zwischenverfügung vom 24. März 2016) um Fr. 1'000.- auf Fr. 5'000.- zu ermässigen und der Beschwerdeführerin aufzuerlegen. Angesichts des geleisteten Kostenvorschusses von Fr. 6'000.- sind ihr nach Eintritt der Rechtskraft dieses Urteils Fr. 1'000.- zurückzuerstatten.

15.2 Der Beschwerdeführerin ist nach Massgabe ihres Obsiegens eine reduzierte Parteientschädigung für ihr erwachsene notwendige und verhältnismässig hohe Kosten zuzusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG; Art. 7 ff. des Reglements über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht vom 21. Februar 2008, VGKE, SR 173.320.2), welche der Vorinstanz aufzuerlegen ist (Art. 64 Abs. 2 VGKE). Da keine Kostennote eingereicht wurde, setzt das Gericht die Entschädigung aufgrund der Akten fest.

Entsprechend dem Urteil B-5293/2014 des BVGer vom 13. April 2016 ist zu berücksichtigen, dass ein Teil des Aufwandes für das vorliegende Verfahren von der Beschwerdeführerin und einer weiteren Untersuchungsadressatin, welche die Sanktionsverfügung vom 19. Oktober 2015 ebenfalls angefochten hat, offensichtlich gemeinsam bestritten wurde, zumal beide durch den selben Anwalt vertreten sind.

Vor diesem Hintergrund erscheint eine reduzierte Parteientschädigung in der Höhe von Fr. 1'000.- (inkl. Mehrwertsteuerzuschlag im Sinne von Art. 9 Abs. 1 Bst. c VGKE) als angemessen.

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird teilweise gutgeheissen; Dispositiv-Ziff. 1 der angefochtenen Verfügung wird aufgehoben. Im Übrigen wird die Beschwerde abgewiesen.

2.

Die Kosten des Verfahrens vor Bundesverwaltungsgericht von Fr. 6'000.- werden zu fünf Sechsteln, d.h. Fr. 5'000.-, der Beschwerdeführerin auferlegt. Zur Bezahlung wird der geleistete Kostenvorschuss von Fr. 6'000.- anteilsmässig verwendet. Der Restbetrag von Fr. 1'000.- wird der Beschwerdeführerin nach Eintritt der Rechtskraft dieses Urteils zurückerstattet.

3.

Der Beschwerdeführerin wird zu Lasten der Vorinstanz eine reduzierte Parteientschädigung von Fr. 1'000.- zugesprochen.

4.

Dieses Urteil geht an die Beschwerdeführerin, die Vorinstanz und das Eidgenössische Departement für Wirtschaft Bildung und Forschung WBF.

[Rechtsmittelbelehrung]

B 3	**3. Urteil vom 16. August 2022 in Sachen Z. AG gegen WEKO – Sanktionsverfügung vom 19. Oktober 2015**

Urteil B-7834/2015 des Bundesverwaltungsgerichts, Abteilung II, vom 16. August 2022 in Sachen Z._____ AG, vertreten durch […], Beschwerdeführerin, gegen Wettbewerbskommission WEKO, Vorinstanz. Gegenstand: Sanktionsverfügung vom 19. Oktober 2015 (Untersuchung 22-0439).

Sachverhalt:

A.

Am 3. April 2013 reichte die Q._____ AG (Selbstanzeigerin) beim Sekretariat der Wettbewerbskommission (Sekretariat) eine Selbstanzeige ein, welche sie am 4., 18. und 25. April 2013 durch Protokollaussagen und Beweismittel ergänzte. Diese sog. Bonusmeldung bezog sich auf mutmassliche Wettbewerbsabsprachen zwischen ihr, der Z._____ AG (Beschwerdeführerin) sowie drei weiteren Unternehmen über eine gemeinsame Rabattpolitik, insbesondere betreffend Preisnachlässe und Ablieferungspauschalen für Neufahrzeuge von Marken des Volkswagenkonzerns.

B.

Am 22. Mai 2013 eröffnete das Sekretariat im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums der Wettbewerbskommission (WEKO, Vorinstanz) eine kartellgesetzliche Untersuchung (22-0439: VPVW Stammtische / Projekt Repo 2013) gegen alle oben erwähnten Gesellschaften. Zwischen dem 11. Juni und dem 2. Juli 2013 wurden diese vom Sekretariat vernommen, wobei ihnen jeweils ein Vorschlag für eine einvernehmliche Regelung unterbreitet wurde.

C.

Mit Schreiben vom 8. Oktober 2013 präsentierte das Sekretariat den Verfahrensparteien sein vorläufiges Beweisergebnis und gab ihnen Gelegenheit zur Akteneinsicht. Gleichzeitig schlug es ihnen nochmals eine einvernehmliche Regelung vor. Eine solche kam in der Folge allein zwischen dem Sekretariat und der Selbstanzeigerin zustande. Sie datierte vom 16. April 2014. Ein Vizepräsident der Wettbewerbskommission genehmigte sie mit Verfügung vom 8. August 2014. Kopien davon wurden am 18. August 2014 den übrigen Parteien der Untersuchung zugeschickt. Die Beschwerdeführerin focht diese Verfügung beim Bundesverwaltungsgericht an (Beschwerdeverfahren B-5290/2014).

D.

Durch Verfügung vom 19. Oktober 2015 sanktionierte die WEKO die Beschwerdeführerin und die drei anderen erwähnten Unternehmen wegen Beteiligung an einer unzulässigen Wettbewerbsabrede. Das Dispositiv ihrer Sanktionsverfügung lautet wie folgt (Zitat):

1. X._____ AG, Y._____ AG, Z._____ AG und R._____ AG wird untersagt,

   1.1. die Vereinbarungen des "Projekt Repo 2013" über die Festsetzung von Preisnachlässen und Ablieferungspauschalen für den Verkauf von Neufahrzeugen der Marken des VW-Konzerns, insbesondere sämtliche gemeinsam vereinbarten Konditionenlisten, anzuwenden und die "Stammtische" im Rahmen der Vereinigung von autorisierten Händlern für Neufahrzeuge der Marken des Volkswagenkonzerns (VPVW) oder ausserhalb dieser, mit dem Ziel gemeinsame Konditionenlisten zu erläutern und deren Einhaltung durch Mitglieder und Nicht-Mitglieder des VPVW sicherzustellen, durchzuführen;

   1.2. mit ihren Konkurrenten im Rahmen der VPVW oder ausserhalb der VPVW Informationen über künftige Preisnachlässe und Ablieferungspauschalen für den Verkauf von Neufahrzeugen auszutauschen, und

   1.3. mit ihren Konkurrenten im Rahmen der VPVW oder ausserhalb der VPVW zum Zweck der Koordination des Wettbewerbsverhaltens andere preisrelevante Informationen auszutauschen.

2. Wegen Beteiligung an einer gemäss Art. 5 Abs. 3 i.V.m. Abs. 1 unzulässigen Wettbewerbsabrede mit folgenden Beträgen nach Art. 49 Abs. 1 KG belastet werden:

   - X._____ AGCHF [...]
   - Y._____ AGCHF [...]
   - Z._____ AGCHF [...]
   - R._____ AGCHF [...]

3. Die Verfahrenskosten betragen CHF 253'153.- und werden der X._____ AG, Y._____ AG, Z._____ AG und R._____ AG zu gleichen Teilen, d.h. je CHF 63'288.25, unter solidarischer Haftung auferlegt.

4. [Eröffnung]

5. [Versand]

Nach der Definition der Vorinstanz steht das Kürzel "Repo" für "Preisrepositionierung", die gelegentliche Überprüfung und allfällige Anpassung der Listenpreise von Automobilen durch deren Lieferanten. Als Konditionenlisten werden interne Preistabellen von Fahrzeughändlern bezeichnet. Sie bilden Leitlinien für die Verkaufsmitarbeiter und enthalten die pro Marke sowie Modell geltenden Listenpreise des Herstellers, ergänzt um darauf zu gewährende (Maximal-) Rabatte sowie Ablieferungspauschalen. Unter Preisnachlässen sind Rabatte im Sinne prozentualer Reduktionen des Kaufpreises gegenüber Endabnehmern zu verstehen. Sie werden insbesondere nach Kundengruppen (z.B. Individual- oder gewerbliche Kunden, Flottenbetreiber usw.), Modellen und, bei Vorführ- oder Gebrauchtwagen, dem Zu-

stand des Fahrzeuges differenziert. Bei Ablieferungspauschalen handelt es sich um Beträge, welche Händler in ihren Offerten für gewisse von ihnen anlässlich des Fahrzeugverkaufs erbrachte Leistungen (etwa die Tankfüllung, die Vignette, das Einlösen und Bereitstellen des Wagens) geltend machen.

Zusammenfassend erwog die WEKO in ihrer Sanktionsverfügung, die Vereinbarung einer gemeinsamen Konditionenliste für maximale Preisnachlässe und minimale Ablieferungspauschalen zur Abgabe der Erstofferte für Neufahrzeuge der Marken des VW-Konzerns zwischen der Beschwerdeführerin, der Selbstanzeigerin und den drei weiteren beteiligten Unternehmen sowie die Durchführung regionaler Stammtische des VPVW zur Verbreitung der abgestimmten Rabattpolitik stellten eine Wettbewerbsabrede über die direkte oder indirekte Festsetzung von Preisen dar. Die gesetzlich statuierte Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs könne durch den vorhandenen Aussenwettbewerb widerlegt werden. Die Abrede beeinträchtige jedoch den Wettbewerb auf allen relevanten Märkten erheblich. Gründe der wirtschaftlichen Effizienz lägen keine vor. Somit handle es sich um eine unzulässige Wettbewerbsabrede (Ziff. 408).

Ziff. 409 der Sanktionsverfügung verweist mit folgenden Worten auf die Genehmigungsverfügung des Vizepräsidenten der WEKO vom 8. August 2014 (Zitat):

> Mit Vorabverfügung vom 8. August 2014 wurde die EVR vom 16. April 2014 zwischen dem Sekretariat und der [Selbstanzeigerin] genehmigt und das Verfahren gegenüber diesem Unternehmen abgeschlossen [...]. Aufgrund ihrer Selbstanzeige wurde der [Selbstanzeigerin] keine Sanktion auferlegt [...].

E.

Mit Eingabe vom 4. Dezember 2015 focht die Beschwerdeführerin die Sanktionsverfügung vom 19. Oktober 2015 beim Bundesverwaltungsgericht an. Sie stellt folgende Rechtsbegehren (Zitat):

1. Die Verfügung vom 19. Oktober 2015 der Vorinstanz sei vollumfänglich und ohne Folgen aufzuheben und das Verfahren einzustellen.
2. Es sei das vorliegende Beschwerdeverfahren zu sistieren bis zum rechtskräftigen Urteil im Beschwerdeverfahren B-5290/2014.
3. Es sei die Vorinstanz anzuweisen, von einer Publikation der Verfügung vom 19. Oktober 2015 bis Eintritt ihrer Rechtskraft abzusehen, unter Berücksichtigung der abzudeckenden Geschäftsgeheimnisse.
4. Es seien die Akten der Vorinstanz für das Beschwerdeverfahren beizuziehen.
5. Es sei davon Vermerk zu nehmen, dass die angefochtene Verfügung Geschäftsgeheimnisse enthält und Persönlichkeitsrechte der Beschwerdeführerin verletzt.
6. Es seien die Protokolle der Beratungen der Wettbewerbskommission ab dem 3. April 2013 einzureichen, soweit sie Bezug auf das Hauptverfahren und/oder auf das Vorabverfahren nehmen.
7. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge.

Zur Begründung hielt sie namentlich fest, die Vorinstanz habe den Sachverhalt von Anfang an einseitig zugunsten der Selbstanzeigerin ermittelt und dadurch deren Marktmacht gestärkt, den Wettbewerb hingegen geschwächt, Letzteres mittels billigender Inkaufnahme der Kündigung von Vertragshändlern durch die Selbstanzeigerin. Die WEKO habe den Untersuchungsgrundsatz sowie das rechtliche Gehör und - durch unverhältnismässige, verfrühte Kommunikation - die Persönlichkeitsrechte der Beschwerdeführerin verletzt. Eine Abrede im Sinne des Kartellgesetzes habe nicht vorgelegen, und die WEKO habe auch keine nachgewiesen. Weil die Selbstanzeigerin über Preisführerschaft verfüge, sei eine Abrede von vornherein ausgeschlossen. Eine Wettbewerbsbeschränkung sei weder bezweckt noch bewirkt worden; sie wäre unmöglich, denn es gehe um reine Kalkulationshilfen. Selbst wenn eine Abrede unterstellt würde, handelte es sich nicht um eine kartellgesetzlich verpönte Preisabrede, da Kalkulationshilfen für die Erstellung von Erstofferten den Wettbewerb beim Kaufvertragsschluss nicht beeinträchtigten. Angesichts intakten Innen- und Aussenwettbewerbs sei ferner eine Wettbewerbsbeseitigung ausgeschlossen. Irgendwelche Marktwirkungen der bestrittenen Abrede seien nicht ersichtlich. Schliesslich läge auch keine quantitative Erheblichkeit vor. Die unter Dispositiv-Ziff. 1 verfügten, nicht näher spezifizierten Massnahmen fänden im Gesetz keine Stütze und seien weder notwendig noch geeignet, um einen (nicht nachgewiesenen) Kartellrechtsverstoss zu beseitigen oder auf ein erlaubtes Mass zu reduzieren.

F.

Nach doppeltem Schriftenwechsel zu den Beschwerdeanträgen 2 - 6 erliess das Bundesverwaltungsgericht am 24. März 2016 eine Zwischenverfügung mit folgenden diesbezüglichen Anordnungen (Zitat Dispositiv):

> [...]
>
> 3. Das Sistierungsbegehren der Beschwerdeführerin wird gutgeheissen; das Beschwerdeverfahren B-7834/2015 wird bis zum rechtskräftigen Abschluss des Beschwerdeverfahrens B-5290/2014 sistiert. [...].
> 4. Für den Fall, dass zwischen ihr und der Beschwerdeführerin Differenzen hinsichtlich der Publikation der angefochtenen Verfügung oder der Qualifikation von Passagen derselben als Geschäftsgeheimnisse bestehen, wird die Wettbewerbskommission aufgefordert, vor einer Publikation ankündigungsgemäss eine entsprechende Verfügung zu erlassen.
> 5. Das Rechtsbegehren Ziff. 6 der Beschwerdeführerin betreffend Edition der vorinstanzlichen Beratungsprotokolle und Einsichtnahme in diese wird abgewiesen.
>
> [...].

Gegen diese Zwischenverfügung wurde kein Rechtsmittel ergriffen.

G.

Mangels Zuständigkeit und allgemeiner Entscheidungsgewalt des Vizepräsidenten der WEKO stellte das Bundesverwaltungsgericht im Verfahren B-5290/2014 (vgl. oben Bst. C) die Nichtigkeit der Genehmigungsverfügung vom 8. August 2014 mit Urteil vom 13. April 2016 fest und trat wegen des Fehlens eines Anfechtungsobjekts auf die Beschwerde vom 18. September 2014 nicht ein.

H.

In ihrer Vernehmlassung vom 25. Mai 2016 beantragte die WEKO im vorliegenden Verfahren B-7834/2015, die Beschwerde sei abzuweisen.

Auf die formellen Rügen der Beschwerdeführerin erwiderte sie, sie habe alle erforderlichen Beweiserhebungen und Untersuchungshandlungen zum Nachweis eines Wettbewerbsverstosses durchgeführt. Sie habe die Beschwerdeführerin auf gesetzeskonforme Weise angehört und ihr auch die Möglichkeit gegeben, der Anhörung der Selbstanzeigerin beizuwohnen und Fragen zu stellen. Eine Vorverurteilung durch die WEKO sei weder in deren Pressemitteilung zur Untersuchungseröffnung noch in Presseartikeln ersichtlich. Ebensowenig bestehe eine Ungleichbehandlung zwischen der Beschwerdeführerin und den übrigen beteiligten Unternehmen; eine Verletzung des Grundsatzes von Treu und Glauben infolge Benachteiligung der Beschwerdeführerin liege nicht vor. Hinsichtlich der Kündigung von Händler- und Serviceverträgen habe das Sekretariat am 27. Juni 2014 eine Vorabklärung gegen die Selbstanzeigerin eröffnet.

Auf die materiellen Rügen der Beschwerdeführerin entgegnete die Vorinstanz in ihrer Vernehmlassung, die vereinbarte Konditionenliste sowie das Verhalten der Beschwerdeführerin und der anderen Unternehmen könnten weder als Kalkulationshilfen noch als Orientierung an den Konditionen der Selbstanzeigerin qualifiziert werden. Vielmehr seien sie Gegenstand einer gemeinsamen Rabattpolitik zwischen den Beteiligten gewesen. Daher liege eine Abrede im Sinne des Kartellgesetzes über die Festsetzung einheitlicher maximaler Preisnachlässe und minimaler Ablieferungspauschalen vor, welche zu einer erheblichen Beeinträchtigung des Wettbewerbs auf den relevanten Märkten geführt habe. Eine anstiftende bzw. führende Rolle der Selbstanzeigerin beim Wettbewerbsverstoss sei nicht gegeben. Die angeordneten Massnahmen seien gesetzlich vorgesehen, notwendig, gerechtfertigt und in allen Belangen verhältnismässig.

I.

Am 6. Juni 2016 erliess die Wettbewerbskommission eine mit derjenigen ihres Vizepräsidenten vom 8. August 2014 weitgehend identische Verfügung über die Genehmigung der zwischen ihrem Sekretariat und der Selbstanzeigerin vereinbarten einvernehmlichen Regelung vom 16. April 2014. Das Dispositiv der Genehmigungsverfügung der Wettbewerbskommission vom 6. Juni 2016 lautet wie folgt (Zitat):

1. Die nachfolgende von der [Selbstanzeigerin] mit dem Sekretariat der Wettbewerbskommission vereinbarte einvernehmliche Regelung vom 16. April 2014 wird genehmigt:

   'Die [Selbstanzeigerin] verpflichtet sich:

   1) die Vereinbarungen des 'Projekt Repo 2013' über die Festsetzung von Preisnachlässen und Ablieferungspauschalen für den Verkauf von Neufahrzeugen, insbesondere die gemeinsamen Konditionenlisten vom 6. und 24. Februar 2013, nicht anzuwenden und keine 'Stammtische' im Rahmen der Vereinigung von autorisierten Händlern für Neufahrzeuge der Marken des Volkswagenkonzerns (VPVW) oder ausserhalb dieser durchzuführen, mit dem Ziel gemeinsame Konditionenlisten zu erläutern und deren Einhaltung durch Mitglieder und Nicht-Mitglieder des VPVW sicherzustellen;

   2) mit ihren Konkurrenten im Rahmen der VPVW oder ausserhalb der VPVW keine Informationen über künftige Preisnachlässe und Ablieferungspauschalen für den Verkauf von Neufahrzeugen auszutauschen; und

   3) keine anderen preisrelevanten Informationen mit ihren Konkurrenten im Rahmen der VPVW oder ausserhalb der VPVW zum Zweck der Koordination des Wettbewerbsverhaltens auszutauschen.'

2. Die [Selbstanzeigerin] wird sämtliche Vereinbarungen der einvernehmlichen Regelung vom 16. April 2014 innert 30 Tagen nach Eintritt der Rechtskraft dieser Verfügung vollständig umsetzen.

3. Die Verfahrenskosten von insgesamt CHF 56'500.- werden der [Selbstanzeigerin] auferlegt.

4. [Eröffnung]

5. [Zustellung].

In den Erwägungen der Verfügung vom 6. Juni 2016 wurde festgehalten, die Selbstanzeigerin erfülle die Bedingungen des vollständigen Sanktionserlasses. So habe sie als erstes Unternehmen eine Selbstanzeige eingereicht, und sie habe diese mit ausführlichen Aussagen und Beweismitteln ergänzt. Die gelieferten Informationen und Beweismittel hätten die Eröffnung einer Untersuchung ermöglicht. Es bestünden keine Hinweise auf eine anstiftende oder führende Rolle der Selbstanzeigerin beim untersuchten Wettbewerbsverstoss. Ausserdem habe diese ihre Beteiligung an der von ihr angezeigten Absprache spätestens zum Zeitpunkt der Selbstanzeige eingestellt.

J.

Mit Zwischenverfügung vom 10. Juni 2016 hob das Bundesverwaltungsgericht die Sistierung des vorliegenden Beschwerdeverfahrens auf, nachdem sein Urteil im Verfahren B-5290/2014 in Rechtskraft erwachsen war.

Die Beschwerdeführerin bekräftigte ihre Position im vorliegenden Beschwerdeverfahren B-7834/2015 mit Replik vom 7. Dezember 2016, die Vorinstanz die ihrige mit Duplik vom 23. Januar 2017.

K.

Am 20. Juni 2016 verfügte die Vorinstanz die Publikation ihrer Sanktionsverfügung vom 19. Oktober 2015. Diese Publikationsverfügung focht die Beschwerdeführerin mit Eingabe vom 23. August 2016 beim Bundesverwaltungsgericht an (Verfahren B-5114/2016), welches die Beschwerde am 3. Mai 2018 abwies, wogegen kein Rechtsmittel ergriffen wurde.

L.

Mit Eingabe vom 23. August 2016 focht die Beschwerdeführerin die Verfügung der Wettbewerbskommission vom 6. Juni 2016 über die Genehmigung der einvernehmlichen Regelung zwischen dem Sekretariat und der Selbstanzeigerin beim Bundesverwaltungsgericht an (Beschwerdeverfahren B-5113/2016). Dieses fällte am 3. Mai 2018 einen Nichteintretensentscheid mangels Legitimation.

M.

Die dagegen erhobene Beschwerde wies das Bundesgericht mit Urteil 2C_525/2018 vom 8. Mai 2019 ab. Es erwog insbesondere, das Verfahren der einvernehmlichen Regelung sei nicht darauf angelegt, gerichtlich zu beurteilen, ob eine bestimmte Verhaltensweise kartellrechtlich zulässig sei oder nicht. Die Beschwerdeführerin werde durch die einvernehmliche Regelung und deren Genehmigung nicht direkt betroffen, auch nicht durch den damit verbundenen Sanktionserlass zu Gunsten der Beschwerdegegnerin, selbst wenn dieser zu Unrecht erfolgt sein sollte. Soweit das Verhalten, das der Regelung zugrundeliege, in den Erwägungen der Genehmigungsverfügung als unzulässig bezeichnet werde, handle es sich bloss um ein Begründungselement, das als solches nicht angefochten werden könne. Dritten gegenüber entfalte die Genehmigungsverfügung keine Wirkungen, unabhängig davon, ob sie vor oder nach der Sanktionsverfügung erlassen worden sei. Ferner sei der Status der Beschwerdegegnerin nicht verbindlich festgestellt worden.

N.

Mit Verfügung vom 18. Juli 2019 gab das Bundesverwaltungsgericht der Beschwerdeführerin und der WEKO Gelegenheit, sich zu allfälligen Auswirkungen des soeben erwähnten Bundesgerichtsurteils auf das vorliegende Beschwerdeverfahren zu äussern. In ihrer Stellungnahme vom 14. August 2019 erklärte die WEKO, das Urteil des Bundesgerichts habe keine solchen Auswirkungen. Die Beschwerdeführerin legte mit Eingabe vom 30. August 2019 dar, weder die einvernehmliche Regelung noch die Genehmigungsverfügung dürfe in materieller Hinsicht präjudizierende Wirkung für das Beschwerdeverfahren gegen die Sanktionsverfügung vom 19. Oktober 2015 haben.

O.

Auf die entscheidwesentlichen Vorbringen der Verfahrensbeteiligten wird in den nachfolgenden Erwägungen näher eingegangen.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

Ob die Prozessvoraussetzungen erfüllt sind und auf eine Beschwerde einzutreten ist, prüft das Bundesverwaltungsgericht von Amtes wegen und mit freier Kognition (Art. 7 Abs. 1 des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968, VwVG, SR 172.021; BVGE 2007/6 E. 1 m.H.).

1.1 Gemäss Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) beurteilt das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 VwVG. Eine solche liegt mit der angefochtenen Verfügung der WEKO vom 19. Oktober 2015 vor.

1.2 Die zur Beurteilung stehende Sache fällt nicht unter die Ausnahmebestimmungen des Art. 32 VGG, und die WEKO ist eine Vorinstanz im Sinne von Art. 33 Bst. f VGG, gegen deren Verfügungen die Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht zulässig ist.

1.3 Als belastete Adressatin der angefochtenen Verfügung ist die Beschwerdeführerin zur Beschwerde berechtigt (Art. 48 Abs. 1 VwVG).

1.4 Die Beschwerdeschrift wurde fristgemäss eingereicht (Art. 50 Abs. 1 VwVG); sie entspricht den gesetzlichen Anforderungen hinsichtlich Form und Inhalt (Art. 52 Abs. 1 VwVG). Ebenso wurde der Kostenvorschuss (Art. 63 Abs. 4 VwVG) fristgerecht bezahlt. Der Vertreter der Beschwerdeführerin hat sich rechtsgenüglich ausgewiesen (Art. 11 VwVG).

1.5 Nach Art. 49 VwVG kann mit der Beschwerde die Verletzung von Bundesrecht, einschliesslich Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens (Bst. a), die unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts (Bst. b) sowie Unangemessenheit (Bst. c) gerügt werden.

Die Beschwerdeführerin rügt neben der Verletzung von Bundesrecht eine unrichtige und unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts durch die Vorinstanz. Sie macht damit nach Art. 49 VwVG zulässige Beschwerdegründe geltend.

1.6 Auf die Beschwerde ist daher einzutreten.

2.

Gemäss seinem Art. 2 Abs. 1 gilt das Kartellgesetz vom 6. Oktober 1995 (KG, SR 251) in persönlicher Hinsicht für Unternehmen des privaten und des öffentlichen Rechts. Als Unternehmen gelten nach der Legaldefinition von Art. 2 Abs. 1bis KG sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform. Der Unternehmensbegriff des KG basiert damit auf einer funktionalen, ökonomischen Betrachtungsweise (vgl. Botschaft des Bundesrates vom 23. November 1994 zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, BBl 1995 I 468 ff., 533, nachfolgend "Botschaft KG 1995"). Folglich ist die Z._____ AG ein Unternehmen im Sinne des KG.

3.

Art. 3 KG regelt das Verhältnis dieses Gesetzes zu anderen Rechtsvorschriften. Solche bleiben vorbehalten, soweit sie auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen Wettbewerb nicht zulassen, insbesondere Vorschriften, die eine staatliche Markt- oder Preisordnung begründen (Art. 3 Abs. 1 Bst. a KG) oder einzelne Unternehmen zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben mit besonderen Rechten ausstatten (Art. 3 Abs. 1 Bst. b KG). Nicht unter das Gesetz fallen nach Art. 3 Abs. 2 KG Wettbewerbswirkungen, die sich ausschliesslich aus der Gesetzgebung über das geistige Eigentum ergeben, während Einfuhrbeschränkungen, die sich auf Rechte des geistigen Eigentums stützen, dem KG unterliegen. Entsprechende Vorschriften, Wettbewerbswirkungen oder Beschränkungen, welche hier relevant sein könnten, sind keine ersichtlich.

4.

Thema des vorliegenden Verfahrens bildet die Frage, ob sich die Beschwerdeführerin an einer unzulässigen, zu sanktionierenden Wettbewerbsabrede betreffend Rabatte und Ablieferungspauschalen beim Verkauf neuer Fahrzeuge bestimmter Marken beteiligte. Die Beschwerdeführerin hält eine solche Abrede für von vornherein ausgeschlossen, weil die Q._____ AG als Selbstanzeigerin Preisführerin sei. Notwendigerweise hätten sich die unabhängigen Händler an den Preisen des Retailbereichs der Q._____ AG orientieren müssen. Dementsprechend hätte die Q._____ AG nicht als Kronzeugin akzeptiert und vorzeitig aus dem Verfahren entlassen werden dürfen.

Ob die Selbstanzeigerin zu Recht von der Bonusregelung profitierte, ist vorliegend nicht zu beurteilen. Der Beschwerdeführerin fehlt ein dahingehendes schutzwürdiges Interesse (Urteil des BVGer B-5113/2016 vom 3. Mai 2018 E. 2.6, die Beschwerdeführerin betreffend, bestätigt durch Urteil des BGer 2C_525/2018 vom 8. Mai 2019, insbesondere E. 2.5.3; vgl. BGE 145 II 259 E. 2.5.3), sodass auf ihre entsprechenden Darlegungen nicht weiter einzugehen ist. Geprüft werden muss jedoch, ob die Selbstanzeigerin Preisführerschaft, welche einer Abrede entgegenstehen könnte, innehatte. Diese Thematik wird deshalb im Kontext der Frage, ob eine Abrede nach Art. 4 Abs. 1 KG vorlag, näher analysiert (siehe dazu unten E. 8).

Zunächst aber werden die formellen Rügen der Beschwerdeführerin behandelt.

5.

Zu einem grossen Teil erstreckt sich die Darstellung der Beschwerdeführerin auch auf formelle Rügen. So beanstandet sie Verstösse der Vorinstanz gegen Verfahrensrecht, namentlich Verletzungen der Untersuchungsmaxime, des Gleichbehandlungsgebotes, der Unschuldsvermutung, der Persönlichkeit und des rechtlichen Gehörs. Überdies macht sie Voreingenommenheit sowie eine Vorverurteilung in der Öffentlichkeit geltend.

5.1 Erstens rügt die Beschwerdeführerin, die Vorinstanz habe den Sachverhalt nicht im notwendigen Ausmass untersucht.

5.1.1 Als Begründung hält sie fest, die Vorinstanz habe während des 27 Monate dauernden Verfahrens keinerlei Abklärungen zu den tatsächlichen Marktgegebenheiten getätigt. Es seien nicht einmal minimale Untersuchungshandlungen zum Bestehen, geschweige denn zu Wirkungen einer vermeintlichen Wettbewerbsabrede erkennbar. Zum Nachweis einer Marktwirkung habe die WEKO lediglich (falsch berechnete) Marktanteile sowie eine (falsche) Marktabgrenzung herangezogen. In ihrer gesamten Untersuchung habe sie sich im Wesentlichen auf eine Wiederholung der Behauptungen der Selbstanzeigerin, welche nicht weiter substantiiert worden seien, beschränkt. Deutlich hätten dies die vorinstanzlichen Anhörungen gemacht, an denen weder Fragen zur Umsetzung einer möglichen Kartellabsprache noch solche zur Rolle der Selbstanzeigerin oder zur Funktionsweise des Marktes gestellt worden seien.

Insbesondere habe es die Vorinstanz unterlassen, auch für die Beschwerdeführerin günstige Tatsachen zu ermitteln und dies, obschon sich Abklärungen aufgrund verschiedener Hinweise der Beschwerdeführerin, der übrigen Parteien und der Selbstanzeigerin (Preisführerschaft derselben, Prozess der Preisgestaltung von der Erstofferte bis zum Vertrag, Rabattpraxis, Marktwirkungen etc.) aufgedrängt hätten. Die Vorinstanz stütze den Sachverhalt, wie sie selbst eingeräumt habe, mehrheitlich auf die 36 von der Selbstanzeigerin eingereichten Beweismittel. Dass diese verschiedene Unterlagen zu Beweiszwecken beigebracht habe, entbinde die Behörde aber nicht davon, ein Mindestmass an eigenen Beweiserhebungen anzustellen. Die Einvernahmen der Beschwerdeführerin und der anderen Parteien seien nur pro forma erfolgt, die dabei gewonnenen Erkenntnisse jedoch nicht berücksichtigt worden.

Ohne weitere Prüfung und ohne Nachweis erachte es die Vorinstanz als "zweifellos" feststehend, dass sich die Parteien und die Selbstanzeigerin über die Vereinbarung und die Umsetzung von gemeinsamen Preisnachlässen und Ablieferungspauschalen abgesprochen hätten. Die internen Konditionenlisten, die in der Praxis nicht eingesetzt worden seien, hätten aber lediglich den in einer Erstofferte zu verwendenden Rabatt betroffen, was auch die Vorinstanz festgestellt habe (z.B. in Ziff. 151 der angefochtenen Verfügung). Jeder Händler sei immer frei, weitere Zusatzkonditionen zu gewähren, und diese würden stets separat ausgewiesen.

Zu keinem Zeitpunkt habe sich die Beschwerdeführerin an einer Abrede über einen Wettbewerbsparameter beteiligt. Aufgrund der Preisführerschaft der Selbstanzeigerin sei eine Wettbewerbsabrede von vornherein ausgeschlossen. Eine Kalkulationshilfe und die Darstellung der Erstofferte könnten diesen Zweck auch gar nicht erfüllen. Ausserdem habe die Beschwerdeführerin an den Stammtischen eine eigene Präsentation gezeigt, die von derjenigen vom 11. Februar 2013, welche die WEKO ihr vorhalte, abweiche. Die Präsentation der Beschwerdeführerin habe keine Konditionenvereinbarung zum Gegenstand gehabt.

Die Vorinstanz verkenne, dass die vermeintliche Abrede in keinem Moment Wirkung entfaltet habe. Zum Nachweis der von ihr behaupteten Auswirkungen der Abrede auf den Markt hätte die WEKO lediglich Verträge, die in

der relevanten Periode geschlossen worden seien, vorlegen oder nachfragen müssen. Tatsächlich habe sie aber keine solchen Verträge vorgelegt (also keine Auswirkungen nachgewiesen) oder sie habe gar nicht danach gesucht (also die Untersuchungsmaxime verletzt).

5.1.2 Unter Hinweis auf die angefochtene Verfügung entgegnet die Vorinstanz, die Q._____ AG habe ihre Selbstanzeige vom 3. April 2013 mit Eingaben vom 4., 18. und 25. April 2013 ergänzt und Beweismaterial übergeben. Der Inhalt der Selbstanzeige setze sich deshalb aus den Protokollaussagen der Selbstanzeigerin und insgesamt 36 Beweismitteln zusammen. Diese enthielten E-Mail-Korrespondenz über die Vorbereitung, die Umsetzung und den Abbruch des Projekts "Repo 2013" sowie Kopien der vereinbarten Konditionenliste und der Präsentation der VPVW-Stammtische. Aus diesen Dokumenten gehe eindeutig hervor, dass sich die Beschwerdeführerin und die anderen beteiligten Parteien auf eine gemeinsame Rabattpolitik geeinigt, anschliessend eine gemeinsame Konditionenliste für maximale Preisnachlässe und minimale Ablieferungspauschalen zur Abgabe der Erstofferte für Neufahrzeuge der Marken des VW-Konzerns vereinbart und zur Umsetzung des abgestimmten Rabattverhaltens die regionalen Stammtische des VPVW durchgeführt und die Präsentation "Projekt Repo 2013" gehalten hätten.

Im Rahmen der Untersuchung habe die Vorinstanz die Beschwerdeführerin und die anderen Parteien einvernommen. Zudem seien Auskunftsbegehren an beteiligte Dritte und den Präsidenten des VPVW gerichtet worden. Die Aussagen der Parteien und ihre Vorbringen im Rahmen der Einvernahmen, der Stellungnahmen zum Antrag des Sekretariats und während der Anhörungen durch die WEKO sowie sämtliche Antworten zu den Auskunftsbegehren gegenüber Dritten seien in der angefochtenen Verfügung aufgeführt und gewürdigt worden.

Der Sachverhalt sei nicht einfach aufgrund der Aussagen der Selbstanzeigerin, sondern mehrheitlich auf der Grundlage der zahlreichen von ihr im Rahmen der Selbstanzeige eingereichten Beweismittel und der vorerwähnten Ermittlungsmassnahmen erstellt und abgeklärt worden. Die Aussagen der Selbstanzeigerin stellten nicht einfache Behauptungen ihrerseits dar, sondern entsprächen dem Inhalt des von ihr vorgelegten Beweismaterials. Die wenigen Passagen, die auf der Protokollaussage der Selbstanzeigerin beruhten, seien immer durch andere Beweismittel gestützt.

Die kurze Dauer der Abrede und die entsprechenden Auswirkungen auf den Markt seien im Rahmen der Sanktionsbemessung berücksichtigt worden. Hingegen hänge die Beurteilung der Beseitigung des Wettbewerbs und der Erheblichkeit einer Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 KG nicht von der Dauer ihrer Umsetzung, sondern von wirtschaftlichen Aspekten (der sachlichen und räumlichen Marktabgrenzung, dem Vorliegen verbleibenden aktuellen und potentiellen Aussen- und Innenwettbewerbs sowie der Gesamtbetrachtung qualitativer und quantitativer Kriterien) ab. Alle diese Faktoren seien in der angefochtenen Verfügung praxisgemäss untersucht und beurteilt worden.

5.1.3 Sowohl im Kartellverwaltungsverfahren als auch im Beschwerdeverfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht ist der Sachverhalt gemäss Art. 12 VwVG i.V.m. Art. 39 KG bzw. Art. 37 VGG von Amtes wegen zu untersuchen (vgl. Urteile des BVGer B-7633/2009 vom 14. September 2015, Swisscom AG u.a. gg. Weko, *ADSL II*, E. 185, bestätigt durch Urteil des BGer 2C_985/2015 vom 9. Dezember 2019, publiziert in BGE 146 II 217, B-506/2010 vom 19. Dezember 2013, *Gaba* International AG gg. Weko, *Gaba*, E. 5 und B-2977/2007 vom 7. April 2010, Publigroupe u.a. gg. WEKO, *Publigroupe*, E. 3). Dieser Untersuchungsgrundsatz verpflichtet Behörde und Beschwerdeinstanz, den Sachverhalt aus eigener Initiative richtig und vollständig abzuklären, sowohl hinsichtlich unzulässiger Wettbewerbsbeschränkungen als auch rechtfertigender Umstände (vgl. BGE 141 V 281 E. 3.4.2.2, BGE 138 V 218 E. 6, BGE 117 V 282 E. 4a, BVGE 2012/21 E. 5.1 sowie Urteile des BVGer B-829/2012 vom 25. Juni 2018, Granella Holding AG u.a. gg. Weko, *Granella*, E. 6.3, B-8404/2010 vom 23. September 2014, SFS unimarket AG gg. Weko, *SFS*, E. 3.2.4 und B-2050/2007 vom 24. Februar 2010, Swisscom (Schweiz) AG gg. Weko, *Terminierung Mobilfunk*, E. 6.1; PATRICK L. KRAUSKOPF/KATRIN EMMENEGGER, in: Bernhard Waldmann / Philippe Weissenberger (Hrsg.): Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVG), 2. A., 2016, Art. 12 N. 16; ANDRÉ MOSER/MICHAEL BEUSCH/LORENZ KNEUBÜHLER, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, 2. A., 2013, N. 3.119; RENÉ RHINOW/HEINRICH KOLLER/CHRISTINA KISS/DANIELA THURNHERR/DENISE BRÜHL-MOSER, Öffentliches Prozessrecht, 3. A., 2014, N. 991 f., 994 f., 1660 f.; THIERRY TANQUEREL, Manuel de droit administratif, 2011, N. 1559). Hierfür sind alle rechtserheblichen Aspekte zu ermitteln, sämtliche notwendigen Unterlagen zu beschaffen und die erforderlichen Beweise abzunehmen (vgl. ALFRED KÖLZ/ISABELLE HÄNER/MARTIN BERTSCHI, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 2013, N. 456, 1133; KRAUSKOPF/EMMENEGGER, Art. 12°N. 20 f.; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, N. 3.119 f.).

Die Wettbewerbsbehörde hat allen einschlägigen Tatsachen nachzugehen und darf sich nicht auf die Aussagen, Informationen und Beweismittel von Verfahrensbeteiligten beschränken (vgl. Urteile des BVGer B-829/2012 vom 25. Juni 2018, *Granella*, E. 6.3, B-8404/2010 vom 23. September 2014, *SFS*, E. 3.2.4 und B-2050/2007 vom 24. Februar 2010, *Terminierung Mobilfunk*, E. 6.1; vgl. auch BGE 141 V 281 E. 3.4.2.2). Als rechtserheblich gelten alle Tatsachen, welche den Ausgang des Entscheids beeinflussen können (vgl. BGE 117 V 282 E. 4a; Urteil des BVGer B-7633/2009 vom 14. September 2015, *ADSL II*, E. 185; KRAUSKOPF/EMMENEGGER, Art. 12 N. 28; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, N. 3.120 f.).

Der Untersuchungsgrundsatz gilt allerdings nicht uneingeschränkt. Vielmehr ist das Ausmass der Untersuchung von vornherein auf solche Aspekte beschränkt, die zur Aufklärung des Sachverhalts notwendig sind und deren Abklärung vernünftigerweise erwartet werden kann (vgl. BGE 112 Ib 65 E. 3; Urteil des BVGer B-7633/2009 vom 14. September 2015, *ADSL II*, E. 186; KRAUSKOPF/EMMENEGGER, Art. 12 N. 28 f.; ähnlich MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, N. 3.144). Grenzen der amtlichen Ermittlung können sich im Einzelfall zudem durch Mitwirkungspflichten der Parteien, die objektive Beweislast, die

Tauglichkeit von Beweismitteln und treuwidriges Verhalten einer Partei ergeben (vgl. KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, N. 457 f., 1134 f.; KRAUSKOPF/EMMENEGGER, Art. 12 N. 17; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, N. 1.49, 3.123c; TANQUEREL, N. 1560 f.).

Die Sachverhaltsuntersuchung bezieht sich auf Tatsachen und Erfahrungssätze. Demgegenüber untersteht die Rechtsanwendung, d.h. die Beurteilung rechtlicher Aspekte, nicht dem Untersuchungsgrundsatz (vgl. KRAUSKOPF/EMMENEGGER, Art. 12 N.°17; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, N. 3.119b). Daher bedarf es einer inhaltlichen Abgrenzung zwischen Sach- und Rechtsfragen (vgl. BVGE 2009/35 E. 7.4). Soweit zwischen den Kartellbehörden und den Parteien eines Kartellverwaltungsverfahrens abweichende Rechtsauffassungen bestehen, die einen unterschiedlichen Umfang an sachlicher Abklärung erfordern, ergibt sich demzufolge nicht allein deshalb eine Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes, weil die Kartellbehörden keine Abklärungen über Tatsachen oder Erfahrungssätze vorgenommen haben, auf die eine Partei ihre abweichende Rechtsposition stützt (Urteil des BVGer B-7633/2009 vom 14. September 2015, *ADSL II*, E. 187).

5.1.4 Der die Behörde verpflichtende Untersuchungsgrundsatz (Art. 12 VwVG) und das ihn ergänzende Parteirecht des Gehörsanspruchs (Art. 29 VwVG; vgl. dazu unten E. 5.4.4; vgl. BGE 144 II 194, Bayerische Motoren Werke AG gg. Weko, *BMW*, E. 4.4.2) sollen sicherstellen, dass zur vollständigen Ermittlung des erheblichen Sachverhalts alle notwendigen Beweise erhoben und in zutreffender Weise gewürdigt werden. Zudem soll gewährleistet werden, dass der Entscheid auf alle wesentlichen Elemente abgestützt und entsprechend auf nachvollziehbare Weise begründet wird. Freilich darf sich die Begründung eines Entscheids auf diejenigen Aspekte beschränken, welche die Behörde ohne Willkür als wesentlich betrachtet. Die Behörde muss aber begründen, weshalb sie vorgebrachte Parteistandpunkte für nicht erheblich, unrichtig oder allenfalls unzulässig hält (Urteil des BVGer B-2050/2007 vom 24. Februar 2010, *Terminierung Mobilfunk*, E. 6).

5.1.5 Die Selbstanzeige ("Bonusmeldung gemäss Art. 49a Abs. 2 KG") beinhaltet erstens ein achtseitiges Schreiben der Selbstanzeigerin vom 4. April 2013 im Sinne einer Protokollaussage gegenüber der Vorinstanz. Unter dem Titel "Art des angezeigten Wettbewerbsverstosses" werden darin namentlich die "Vereinbarung einer Konditionenliste", eine "Besprechung zu Konditionenempfehlungen für Flottengeschäfte", die "Erstellung einer Präsentation für regionale Stammtische des VPVW" und die "Durchführung regionaler Stammtische des VPVW" geschildert. Als Beilagen waren diesem Schreiben Konditionenlisten bzw. -empfehlungen, eine "Präsentation VPVW Stammtisch Region [...]" sowie E-Mails und andere Schreiben angefügt (insgesamt 11 Beilagen). Zweitens wurde die Selbstanzeige durch eine vom 18. April 2013 datierende Protokollaussage der Selbstanzeigerin ergänzt. Sie enthält 18 weitere Beilagen, überwiegend E-Mail-Korrespondenz zwischen Führungskräften der beteiligten Unternehmen betreffend Konditionenlisten für den Neuwagenverkauf sowie Präsentationen für Verbandsanlässe des VPVW. Drittens umfasst die Selbstanzeige eine ergänzende Protokollaussage der Selbstanzeigerin vom 25. April 2013, welche zusätzliche Beilagen beinhaltet, insbesondere wiederum E-Mail-Korrespondenz zwischen leitenden Vertretern der beteiligten Unternehmen sowie eine Präsentation mit Konditionenlisten und Offertbeispielen. Viertens wurde die Selbstanzeige durch eine mündliche Aussage des vormaligen Managing Directors der Q._____ AG vom 11. Juni 2013 gegenüber dem Sekretariat der WEKO ergänzt.

Vernehmlassungsweise erklärte die Vorinstanz, der Inhalt der Selbstanzeige setze sich aus den Protokollaussagen der Selbstanzeigerin und insgesamt 36 Beweismitteln zusammen. Freilich erlauben einige dieser Aktenstücke keine Rückschlüsse auf (möglicherweise gesetzwidriges) Verhalten von Rechtssubjekten (z.B. die Unterlagen zur Verbandsorganisation des VPVW, dessen Umfragen oder die "Übersicht Partnernetze [Q._____ AG] Import", act. 23). Manche sind weitestgehend identisch (act. 31, 33, 34 und 36) oder beinhalten eigene Beurteilungen der Selbstanzeigerin (act. 30, 31, 32 und 34). So handelt es sich etwa bei mehreren der mit der Selbstanzeige eingereichten Unterlagen um Schreiben, welche die Selbstanzeigerin erstellt hatte und welche teilweise deren eigene rechtliche Würdigung der Geschehnisse enthalten. Andererseits besteht die Selbstanzeige dennoch nicht nur aus Äusserungen der Selbstanzeigerin und von dieser verfassten Dokumenten, sondern beispielsweise auch aus E-Mail-Korrespondenz mit oder zwischen Dritten. Überdies ergänzte die Vorinstanz die Selbstanzeige durch eigene Untersuchungshandlungen, insbesondere Einvernahmen und Befragungen. So vernahm das Sekretariat den Geschäftsleiter der Beschwerdeführerin am 20. Juni und am 2. Juli 2013. Die Wettbewerbskommission hörte die Beschwerdeführerin am 7. September 2015 an. Ferner richtete das Sekretariat Auskunftsbegehren an beteiligte Dritte sowie den Präsidenten des VPVW.

Schwergewichtig beruht die Beweisführung hinsichtlich einer verpönten Abrede daher auf dem mit der Selbstanzeige bei der Vorinstanz eingegangenen E-Mail-Verkehr. Selber reichte die Beschwerdeführerin allerdings keine ergänzenden E-Mails ein, welche die rechtliche Würdigung des inkriminierten Verhaltens zu ihren Gunsten beeinflussen könnten.

5.1.6 Die Vorbringen der Beschwerdeführerin betreffend Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes haben einen engen Konnex zum Inhalt der angefochtenen Verfügung. Hinweise auf eine formelle Rechtsverletzung der Vorinstanz im Kontext des Untersuchungsgrundsatzes bestehen keine, zumal die WEKO nicht nur ihre Pflicht zur Feststellung des Sachverhalts von Amtes wegen, sondern auch ihre Beweisführungslast und das zu erfüllende Beweismass anerkannt hat. Ihr kann auch nicht vorgeworfen werden, eine unzulässige Beweislastumkehr zum Nachteil der Beschwerdeführerin praktiziert zu haben (vgl. Urteil des BVGer B-807/2012 vom 25. Juni 2018, Erne Holding AG u.a. gg. Weko, *Erne*, E. 6.3).

Wegen ihres engen Bezugs zum Inhalt der Sanktionsverfügung werden die entsprechenden Vorbringen der Beschwerdeführerin deshalb bei der materiellen Prüfung näher gewürdigt (vgl. Urteile des BVGer B-829/2012

vom 25. Juni 2018, *Granella*, E. 6.3 m.H. und B-807/2012 vom 25. Juni 2018, *Erne*, E. 6.3), d.h. nicht in einem separaten Abschnitt unter dem Gesichtspunkt eines formellen Rechtsfehlers (vgl. in diesem Sinne bereits die Urteile des BVGer B-2050/2007 vom 24. Februar 2010, *Terminierung Mobilfunk*, E. 1.1.2, B-8404/2010 vom 23. September 2014, *SFS*, E. 3.2.5, sowie B-581/2012 vom 16. September 2016, Nikon AG gg. Weko, *Nikon*, E. 5.5).

5.2 Zweitens beanstandet die Beschwerdeführerin eine Verletzung des verfassungsmässigen Anspruchs auf gleiche und gerechte Behandlung in Verfahren vor Verwaltungsinstanzen sowie einen Verstoss gegen Treu und Glauben.

5.2.1 Sie argumentiert, die Vorinstanz habe die einvernehmliche Regelung allein aufgrund der Angaben der Selbstanzeigerin entworfen, bevor die anderen Parteien überhaupt angehört worden seien. Das Sekretariat sei nie in echte Verhandlungen mit diesen eingetreten, sondern habe ihnen die einvernehmliche Regelung im Sinne von "take it or leave it" vorgelegt, ohne ihre Aussagen zu berücksichtigen. Dadurch seien die übrigen Parteien ganz erheblich schlechter behandelt worden als die Selbstanzeigerin. Nur so sei auch erklärbar, dass Letztere ohne Not vorzeitig aus dem Verfahren entlassen worden sei, indem vorab in einer Teilverfügung über ihre "rechtliche und tatsächliche" Situation entschieden worden sei.

Vom Zeitpunkt des ersten Entwurfs einer einvernehmlichen Regelung an sei folglich keine unvoreingenommene, unparteiische, gleiche und gerechte Verfahrensführung mehr möglich gewesen. Von einer ergebnisoffenen und fairen Untersuchung könne daher nicht die Rede sein. Eine solche Verfahrensführung widerspreche überdies dem Grundsatz von Treu und Glauben, hätte die Vorinstanz doch auch die für die Parteien günstigen Faktoren berücksichtigen müssen, was sie offensichtlich unterlassen habe.

In der angefochtenen Verfügung habe die Vorinstanz ausgeführt, die Parteien hätten den Abschluss einer einvernehmlichen Regelung in der im Schreiben des Sekretariats vom 8. Oktober 2013 dargelegten Form abgelehnt, ohne einen eigenen konkreten Vorschlag zu präsentieren, während alle Parteien ihre Bereitschaft erklärt hätten, mit dem Sekretariat zu kooperieren. Das Sekretariat habe den Parteien jedoch eine im Wesentlichen unveränderte Fassung der ursprünglichen und noch vor den Parteieinvernahmen erstellten einvernehmlichen Regelung erneut vorgelegt. Über die Auswertung der Selbstanzeige und die Einvernahmen der Parteien hinaus habe es keine erkennbaren eigenen Untersuchungshandlungen vorgenommen, insbesondere nicht bezüglich der Parteivorbringen und der entlastenden Hinweise der Selbstanzeigerin. Es hätte an der Vorinstanz gelegen, die Regelung im Einvernehmen mit den Parteien auszugestalten. Stattdessen habe das Sekretariat den Parteien später erneut eine unveränderte Fassung der ursprünglichen einvernehmlichen Regelung vorgelegt und sie dadurch unter Druck gesetzt, diese zu unterzeichnen.

Unter dem Gesichtspunkt der Verfahrensfairness missbilligt die Beschwerdeführerin ferner die in der Gratiszeitung "20 Minuten" vom 23. Mai 2013 zitierte Äusserung des stellvertretenden Direktors des Sekretariats, man rechne bei der WEKO damit, dass die Untersuchung vergleichsweise rasch durchgeführt werden könne und die Verfahrensdauer kürzer als die sonst üblichen 12 bis 18 Monate sein werde. Die Beschwerdeführerin meint dazu, offensichtlich habe die Vorinstanz bereits zu diesem Zeitpunkt einen klar bestimmten Verfahrensausgang vor Augen gehabt, was auch das Erstellen einer einvernehmlichen Regelung vor den Parteieinvernahmen erkläre. Die Vorinstanz würde kaum eine Untersuchung eröffnen und gleich im Anschluss die Öffentlichkeit informieren, man gehe von einem kurzen Verfahren aus, wenn sie damit gerechnet hätte, dass kein Kartellrechtsverstoss festzustellen sei. Diese Mitteilung habe es faktisch verunmöglicht, von dem ins Auge gefassten Ziel abzuweichen. Durch überstürzte Information habe sich die Vorinstanz selber gezwungen, nur belastende Elemente zu suchen und so quasi die Erwartung der Öffentlichkeit auch zu erfüllen.

Schliesslich macht die Beschwerdeführerin geltend, die Verfügung über die Genehmigung der einvernehmlichen Regelung habe faktisch eine präjudizielle Wirkung auf die Sanktionsverfügung gehabt. Durch die vorzeitige Entlassung der Q._____ AG aus dem Verfahren habe die Vorinstanz in selbstverschuldeter Weise einen Sachverhalt geschaffen, der falsch und unvollständig gewesen sei. Eine Ergänzung oder Änderung desselben im Anschluss an die Genehmigungsverfügung sei für die Vorinstanz faktisch unmöglich geworden.

5.2.2 Hierauf erwidert die Vorinstanz, das Sekretariat habe von Anfang an allen Parteien die Möglichkeit gegeben, inhaltlich identische einvernehmliche Regelungen abzuschliessen. Die Vorschläge des Sekretariats hätten nicht einfach auf den Aussagen der Selbstanzeigerin, sondern auf der eindeutigen Beweislage mit über 30 Beweismitteln, welche die Vereinbarung einer Konditionenliste und die Durchführung von Stammtischen klar nachwiesen, basiert. Das Sekretariat habe der Beschwerdeführerin sowie den anderen beteiligten Unternehmen innerhalb von acht Monaten insgesamt dreimal den Abschluss einer einvernehmlichen Regelung vorgeschlagen. Nur die Selbstanzeigerin habe jedoch Interesse an einer solchen Regelung bekundet. Die Beschwerdeführerin sowie die übrigen Untersuchungsadressatinnen hätten alle Vorschläge des Sekretariats abgelehnt, ohne ihrerseits einen konkreten Gegenvorschlag einzureichen oder ihre Bereitschaft zu entsprechenden Verhandlungen zu bekunden. Demzufolge sei die Aussage der Beschwerdeführerin, das Sekretariat sei nie in echte Verhandlungen mit den Parteien eingetreten, bösgläubig. Eine Ungleichbehandlung der Beschwerdeführerin bestehe somit nicht.

Zur Rüge, gegen Treu und Glauben verstossen zu haben, erklärt die Vorinstanz, es bestehe keine Vertrauensgrundlage, da weder das Sekretariat noch die WEKO unrichtige Zusicherungen, Auskünfte, Mitteilungen oder Empfehlungen erteilt habe, aufgrund derer die Beschwerdeführerin Dispositionen getroffen habe, die nicht ohne Nachteil rückgängig gemacht werden könnten. Wie in der angefochtenen Verfügung und in der Vernehmlassung dargelegt, sei die von der Beschwerdeführerin geltend gemachte "bereitwillige Kooperationsbereit-

schaft" wegen ihres Verhaltens während der Untersuchung fraglich.

5.2.3 Gemäss Art. 29 Abs. 1 BV hat jede Person in Verfahren vor Gerichts- und Verwaltungsinstanzen Anspruch auf gleiche und gerechte Behandlung. Grundrechtlich verbrieft wird damit das allgemeine Gebot eines fairen Verfahrens. Als "gleiche Behandlung" statuiert Art. 29 Abs. 1 BV insbesondere das Recht auf Waffengleichheit, welches bereits dann als verletzt gilt, wenn eine Partei bevorteilt wird; die Gegenpartei muss dadurch nicht unbedingt einen Nachteil erleiden (vgl. BERNHARD WALDMANN, BSK BV, 2015, Art. 29 N. 8 ff.; BGE 139 I 121, R. gg. Basler Versicherung AG, E. 4.2.1 m.H.).

5.2.4 Am 3. Juli 2014 ersuchte das Sekretariat die WEKO mit Blick auf deren Plenarsitzung vom 14. Juli 2014 schriftlich, ein Mitglied ihres Präsidiums gestützt auf Art. 19 Abs. 1 KG zu ermächtigen, gemäss Art. 30 Abs. 1 KG über den Sekretariatsantrag gegen die Selbstanzeigerin zu entscheiden (act. 271). Zur Begründung führte das Sekretariat Folgendes aus (Zitat):

> Neben der Beschleunigung des Verfahrens dient dieses Vorgehen im vorliegenden Fall der Rechtssicherheit, indem eine Vorabverfügung der [Selbstanzeigerin] erlaubt, ohne weitere zusätzliche Kosten aus dem Verfahren auszuscheiden und so innert kürzester Frist ihre Rechtslage zu klären sowie negative Reputationseffekte abzuwenden oder zu begrenzen. Diesem Vorgehen könnte darüber hinaus auch insofern eine besondere Bedeutung zukommen, als es für fehlbare Unternehmen den Anreiz erhöhen kann, eine Selbstanzeige einzureichen und mittels einer einvernehmlichen Regelung einen raschen Verfahrensabschluss herbeizuführen.

In ihrer Plenarsitzung vom 14. Juli 2014 hiess die WEKO dieses Ansinnen gut und delegierte den Entscheid über die Genehmigung der einvernehmlichen Regelung des Sekretariats mit der Selbstanzeigerin an ein Mitglied ihres Präsidiums. Aus der zitierten Begründung des Sekretariatsantrags vom 3. Juli 2014 lässt sich herauslesen, dass das Sekretariat eine Weiterführung der Untersuchung mit negativen Reputationseffekten verbindet und eine Vorabverfügung als Anreiz sieht, um solche Effekte abzuwenden oder zu begrenzen.

Da das Sekretariat nach seiner oben zitierten Begründung Rechtssicherheit anstrebte, kann der Eindruck entstehen, es wäre nach Abschluss der einvernehmlichen Regelung mit der Selbstanzeigerin ausserstande gewesen, eine abweichende juristische Beurteilung gegenüber den anderen Parteien vorzunehmen, zumal es um ein- und dieselbe mutmassliche Abrede ging. Mit anderen Worten kann sich die Frage aufdrängen, ob es nicht seinem Konzept der frühzeitigen, separaten Verfahrenserledigung gegenüber der Selbstanzeigerin zuwidergelaufen wäre, wenn es in der fortgesetzten Untersuchung beispielsweise hätte feststellen müssen, dass sie eine führende oder anstiftende Rolle innegehabt habe. Dann nämlich hätte sich etwa die Befreiung der Selbstanzeigerin von einer Sanktion nachträglich eventuell als unrechtmässig erweisen können (vgl. dazu unten E. 8.4.3 f.).

Dem lässt sich allerdings entgegenhalten, dass sich die Äusserung des Sekretariats betreffend Rechtssicherheit ausschliesslich auf das Verhältnis zur Selbstanzeigerin bezog, mit welcher als einziger Verfahrenspartei eine einvernehmliche Regelung abgeschlossen wurde. Dadurch entstand aber keine Bindungswirkung der Wettbewerbsbehörden hinsichtlich der Entscheidung gegenüber den anderen Verfahrensbeteiligten (vgl. Urteile des BGer 2C_525/2018 vom 8. Mai 2019 E. 2.5.3 und des BVGer B-5113/2016 vom 3. Mai 2018 E. 2.6). Ausserdem blieb es der Wettbewerbskommission als Entscheidungsinstanz unbenommen, das Sekretariat mit ergänzenden Untersuchungsmassnahmen zu beauftragen oder eine Anhörung der Beschwerdeführerin abzuhalten (Art. 30 Abs. 2 Satz 2 KG), wovon sie Letzteres denn auch tat.

Einvernehmliche Regelungen bot das Sekretariat allen Untersuchungsadressatinnen an. Am 20. Juni 2013 vernahm das Sekretariat den Geschäftsleiter der Beschwerdeführerin, wobei dieser ein Vorschlag für eine einvernehmliche Regelung unterbreitet wurde. Mit Schreiben vom 8. Oktober 2013 präsentierte das Sekretariat den Verfahrensparteien sein vorläufiges Beweisergebnis und gab ihnen Gelegenheit zur Akteneinsicht. Gleichzeitig schlug es ihnen nochmals eine einvernehmliche Regelung vor. Mit Schreiben vom 5. Dezember 2013 an die Vorinstanz lehnte die Beschwerdeführerin die ihr unterbreitete einvernehmliche Regelung ab. In einem Brief an die Vorinstanz vom 17. Januar 2014 hielt sie jedoch fest, sie prüfe die Möglichkeit einer akzeptablen einvernehmlichen Regelung. Zu diesem Zweck werde sie sich mit den anderen Verfahrensparteien austauschen, um das weitere Vorgehen abzuklären. Gerne halte sie das Sekretariat über diese Entwicklung informiert. Mit Schreiben vom 11. Februar 2014 setzte das Sekretariat der Beschwerdeführerin Frist bis 3. März 2014 für eine endgültige Stellungnahme zum Abschluss einer einvernehmlichen Regelung. In ihrer Stellungnahme vom 28. Februar 2014 hielt die Beschwerdeführerin gegenüber dem Sekretariat fest, sie habe die Möglichkeit einer einvernehmlichen Regelung zu keinem Zeitpunkt abgelehnt. Allein die einvernehmliche Regelung in der Form, wie sie die Wettbewerbsbehörde bereits vor den ersten Parteianhörungen verfasst und in der Folge erneut sowie unverändert im Herbst 2013 zugestellt habe, werde abgelehnt. Es liege an der Wettbewerbsbehörde, das Verfahren weiterzuführen. Nichtsdestotrotz werde die Beschwerdeführerin die Wettbewerbsbehörde weiterhin über allfällige parallel verlaufende Bemühungen ihrerseits für eine einvernehmliche Regelung informieren.

In einer Stellungnahme vom 22. August 2014 zu Verfahrensanträgen der Beschwerdeführerin erklärte die Vorinstanz, sie erinnere gerne an die Möglichkeit, einen Gegenvorschlag zu dem vom Sekretariat am 8. Oktober 2013 zugestellten Entwurf einer einvernehmlichen Regelung einzureichen, falls die Beschwerdeführerin ein aktuelles und konkretes Interesse am Abschluss einer solchen habe. Das Sekretariat sei nach wie vor bereit, über eine einvernehmliche Regelung zu verhandeln, sofern die Beschwerdeführerin ihre Bereitschaft dazu mitteile. Mangels eines solchen Vorschlags in den folgenden drei Wochen gehe das Sekretariat davon aus,

dass die Beschwerdeführerin an einer einvernehmlichen Regelung nicht interessiert sei. Laut einer Telefonnotiz vom 9. September 2014 erwartete das Sekretariat bis spätestens 20. September 2014 eine Rückmeldung seitens der Beschwerdeführerin hinsichtlich des Abschlusses einer einvernehmlichen Regelung. Eine solche kam jedoch nicht zustande, nachdem die geforderte Rückmeldung ausgeblieben war. Einzig die Selbstanzeigerin schloss eine einvernehmliche Regelung mit dem Sekretariat ab.

Folglich hätte auch die Beschwerdeführerin die Möglichkeit gehabt, mit dem Sekretariat eine einvernehmliche Regelung zu treffen (Urteil des BVGer B-5113/2016 vom 3. Mai 2018 E. 2.6). Dabei hätte sie vom Sekretariatsentwurf abweichende Klauseln vorschlagen können. Immerhin räumte ihr das Sekretariat rund ein Jahr Bedenkzeit ein. Insofern wirkt es nicht überzeugend, wenn die Beschwerdeführerin erklärt, das Sekretariat habe sie unter Druck gesetzt, eine unveränderte Fassung seiner ursprünglichen einvernehmlichen Regelung zu unterzeichnen.

Kommt eine einvernehmliche Regelung innert nützlicher Frist nicht zustande, so unterbreitet das Sekretariat der WEKO einen Antrag, und diese entscheidet mittels Verfügung (Botschaft KG 1995, BBl 1995 I 604). Es besteht kein Anspruch auf eine einvernehmliche Regelung (Urteil des BGer 2A.430/2006 vom 6. Februar 2007, Schweizerischer Buchhändler- und Verlegerverband sowie Börsenverein des dt. Buchhandels e.V. gg. Weko, Buchpreisbindung II, E. 6.2). Das Sekretariat trifft keine Pflicht, eine einvernehmliche Regelung vorzuschlagen; ebensowenig ist ein Unternehmen verpflichtet, eine solche einzugehen (Urteil des BGer 2C_525/2018 vom 8. Mai 2019 E. 2.5.1 f.).

Inhaltlich kann sich eine einvernehmliche Regelung nicht auf die Rechtslage, d.h. auf die Frage der Zulässigkeit einer Wettbewerbsbeschränkung, erstrecken; ebensowenig kann sie sich auf den Sachverhalt beziehen, denn beides ist nicht verhandelbar (vgl. zum Ganzen BGE 139 I 72, Publigroupe, nicht veröffentlichte E. 6.2, 7.4 und 7.5, publiziert im Urteil des BGer 2C_484/2010 vom 29. Juni 2012; Urteile des BGer 2A.430/2006 vom 6. Februar 2007, Buchpreisbindung II, E. 6 und 2A.415/2003 vom 19. Dezember 2003, Eidgenössisches Volkswirtschaftsdepartement gg. Sellita Watch Co SA, Weko u.a., E. 3.4.2 ff.; Urteile des BVGer B-5113/2016 vom 3. Mai 2018 E. 2.3, B-5290/2014 vom 13. April 2016 E. 5.7 und B-1324/2010 vom 2. Juli 2010, Jelmoli Bonus Card AG gg. Weko, E. 5.1.1 f., je m.H.).

Dementsprechend erwuchs der Beschwerdeführerin kein relevanter Nachteil aus der Vorgehensweise des Sekretariats hinsichtlich des Abschlusses einvernehmlicher Regelungen, sodass insbesondere auch nicht von einer Ungleichbehandlung gesprochen werden kann. Ein Verstoss gegen die Prinzipien der Verfahrensfairness seitens der Vorinstanz im Sinne der Rüge der Beschwerdeführerin lässt sich vor diesem Hintergrund nicht feststellen.

5.2.5 Hinsichtlich der Rüge einer überstürzten Information der Öffentlichkeit durch das Sekretariat ist ergänzend auf die nachfolgende E. 5.3 zu verweisen.

5.2.6 Inwiefern die Verfahrensführung Teilgehalte des Grundsatzes von Treu und Glauben, welche über die in anderen Erwägungen abgehandelten Aspekte hinausgehen, tangiert, hat die Beschwerdeführerin nicht näher dargelegt. Beim verfassungsmässigen Grundsatz von Treu und Glauben handelt es sich um eine Generalklausel, die dort greift, wo loyales und vertrauenswürdiges Verhalten zur Debatte steht und keine spezifischen Vorgaben existieren (vgl. ASTRID EPINEY, BSK BV, 2015, Art. 5 N. 75). Auf die Rüge, die Verfahrensführung widerspreche auch dem Grundsatz von Treu und Glauben (Art. 5 Abs. 3 sowie Art. 9 BV), braucht demnach nicht eingegangen zu werden.

Was schliesslich die im Schriftenwechsel eingebrachten Bemerkungen der WEKO zum Vertrauensprinzip angeht, so dürfte ein Missverständnis vorliegen. Die Rüge der Beschwerdeführerin, der Grundsatz von Treu und Glauben sei verletzt worden, erstreckt sich allem Anschein nach nicht auf das Vertrauensprinzip, welches unter anderem eine spezifische Vertrauensgrundlage und darauf gestützte Dispositionen voraussetzen würde (vgl. Urteil des BVGer B-7633/2009 vom 14. September 2015, *ADSL II*, E. 216 ff.).

5.2.7 Hinsichtlich des Standpunkts der Beschwerdeführerin, die Verfügung über die Genehmigung der einvernehmlichen Regelung habe faktisch eine präjudizielle Wirkung auf die Sanktionsverfügung gehabt, und durch die vorzeitige Entlassung der Selbstanzeigerin aus dem Verfahren habe die Vorinstanz einen falschen, unvollständigen Sachverhalt geschaffen, kann auf das Urteil des Bundesgerichts 2C_525/2018 vom 8. Mai 2019 (die gleiche Beschwerdeführerin wie im vorliegenden Verfahren B-7834/2015 betreffend) verwiesen werden. In E. 2.5.3 desselben erwog das Bundesgericht, die Beschwerdeführerin werde durch die einvernehmliche Regelung und deren Genehmigung nicht direkt betroffen, auch nicht durch den damit verbundenen Sanktionserlass zu Gunsten der Beschwerdegegnerin (Selbstanzeigerin). Direkt betroffen sei die Beschwerdeführerin, soweit sie selber sanktioniert worden sei. Gegen diese Sanktionsverfügung könne sie sich aber rechtsmittelweise zur Wehr setzen, was sie auch getan habe. Weder in jenem Verfahren, in welchem Sachverhalt und Rechtsanwendung gerichtlich frei überprüft werden könnten, noch darüber hinaus habe die streitige Genehmigungsverfügung irgendeine präjudizielle Wirkung zum Nachteil der Beschwerdeführerin.

5.3 Drittens rügt die Beschwerdeführerin eine Verletzung ihrer Persönlichkeitsrechte durch öffentliche Vorverurteilung seitens des Sekretariats. Wie nachfolgend dargelegt, erweist sich auch dieser Einwand als unbegründet.

5.3.1 Die Beschwerdeführerin erklärt, die Vorinstanz würde kaum eine Untersuchung eröffnen und gleich im Anschluss daran die Öffentlichkeit informieren, man gehe von einem kurzen Verfahren aus, wenn sie damit gerechnet hätte, dass kein Kartellrechtsverstoss festzustellen sei. Zur Untermauerung ihrer Rüge verweist sie auf folgende, am 23. Mai 2013, einen Tag nach Eröffnung der Untersuchung 22-0439, in der Gratiszeitung "20 Minuten" zitierte Äusserung des stellvertretenden Direktors des Sekretariats der Vorinstanz (Zitat):

Bei der Weko rechnet man damit, dass die Untersuchung vergleichsweise rasch durchgeführt werden kann. Voraussichtlich werde die Verfahrensdauer kürzer sein als die sonst üblichen 12 bis 18 Monate, sagte [...], stellvertretender Direktor der Weko, am Donnerstag auf Anfrage.

Mit Blick auf diese Passage legt die Beschwerdeführerin dar, die Vorinstanz habe den Eindruck erweckt, die Sachlage sei so klar, dass bereits am Tag nach Untersuchungseröffnung ein schneller Entscheid abzusehen gewesen wäre. Dadurch seien die betroffenen Unternehmen quasi an den Pranger gestellt worden, noch ehe die Vorinstanz (theoretisch) über stichhaltige und sachliche Argumente habe verfügen können.

Die Kunden der Beschwerdeführerin und der übrigen Verfügungsadressatinnen hätten entsprechend auf die öffentliche Denunzierung reagiert, was sich in teilweise verletzenden Worten, aber vor allem auch durch weniger Aufträge und Meidung von Geschäftsbeziehungen geäussert habe. Den Betroffenen sei deswegen ein erheblicher, nicht wiedergutzumachender Nachteil aus der misslichen Kommunikation der Vorinstanz entstanden.

5.3.2 Inhaltlich negiert die WEKO die zitierte Äusserung ihres stellvertretenden Sekretariatsdirektors nicht. Allerdings sieht sie darin weder eine öffentliche Vorverurteilung, noch eine Verletzung der Unschuldsvermutung. In ihrer Pressemitteilung zur Untersuchungseröffnung sei ebensowenig eine Vorverurteilung ersichtlich wie in den von der Beschwerdeführerin erwähnten Presseartikeln. Diese sei im Übrigen jederzeit frei gewesen, ein Ausstandsbegehren gegen die Vorinstanz zu stellen, was sie aber nicht getan habe.

5.3.3 Äussert sich eine Behörde in der Öffentlichkeit zu einem laufenden Verfahren, muss sie sich generell eine gewisse Zurückhaltung auferlegen; sie darf das Verfahren nicht als bereits entschieden erscheinen lassen (Urteil des BVGer B-7483/2010 vom 9. Juni 2011, A. GmbH gg. Weko betr. Ausstand von Sekretariatsmitarbeitern, E. 4.2.4 m.H.). Unter dem Gesichtspunkt möglicher Persönlichkeitsverletzungen hat die Wettbewerbsbehörde insbesondere auf unverhältnismässige oder unnötig herabsetzende Äusserungen gegenüber Presse und Öffentlichkeit zu verzichten (vgl. durch Urteil des BGer 2C_1065/2014 vom 26. Mai 2016, *Nikon*, bestätigtes Urteil des BVGer B-3588/2012 vom 15. Oktober 2014 E. 7, mit zahlreichen Hinweisen auf Rechtsprechung und Literatur in E. 6). Staatliche Organe sind mit Blick auf die Presseberichterstattung zu sachlicher und zurückhaltender Information verpflichtet (Urteil des BVGer B-5858/2014 vom 30. Oktober 2017, A. gg. Weko, E. 3.3.2 m.H. und E. 5.4). Äusserungen über den Verfahrensausgang können Zweifel an der Unbefangenheit wecken, wenn sie konkret sind, die notwendige Distanz vermissen lassen und dadurch auf eine abschliessende Meinungsbildung hindeuten (vgl. BGE 134 I 238 E. 2 und 133 I 89 E. 3.3; Urteil des BVGer B-6830/2015 vom 12. Februar 2016, X. AG u.a. gg. Weko betr. Ausstand von Sekretariatsmitarbeitern, E. 4.4).

5.3.4 Am 3. April 2013 reichte die Q._____ AG beim Sekretariat eine Selbstanzeige ein, welche sie am 4., 18. und 25. April 2013 durch Protokollaussagen und Beweismittel ergänzte. Am 22. Mai 2013 eröffnete das Sekretariat im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums der WEKO die kartellgesetzliche Untersuchung 22-0439.

Art. 27 Abs. 1 Satz 1 KG bestimmt, dass das Sekretariat im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums eine Untersuchung eröffnet, wenn Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung bestehen. Aufgrund der Selbstanzeige verfügte die Vorinstanz bereits im April 2013 über eine beträchtliche Zahl einschlägiger Akten. Dadurch konnte sie sich schon relativ früh ein klareres Bild machen als etwa in Fällen, in denen keine entsprechende Selbstanzeige eingereicht wird. Vor diesem Hintergrund lässt sich die zitierte Äusserung des hochrangigen Vertreters des Sekretariats nicht als persönlichkeitsverletzend bezeichnen, zumal sie sich nur auf die Verfahrensdauer bezog (vgl. Ziff. 174 der angefochtenen Verfügung, wonach das Sekretariat aufgrund einer prima-facie-Prüfung der durch die Selbstanzeigerin eingereichten Beweismittel von einer Verfahrensdauer unter den sonst üblichen 12 bis 18 Monaten ausging). Insofern kann der betreffende Sekretariatsvertreter auch nicht etwa als voreingenommen bezeichnet werden.

5.3.5 In diesem Zusammenhang sei noch auf Art. 28 Abs. 1 und 2 KG hingewiesen, wonach das Sekretariat die Eröffnung einer Untersuchung durch amtliche Publikation bekanntgibt und dabei den Gegenstand und die Adressaten der Untersuchung nennt. Art. 25 Abs. 4 KG bestimmt, dass die Veröffentlichungen der Wettbewerbsbehörden keine Geschäftsgeheimnisse preisgeben dürfen. Beim Gegenstand und den Adressaten der Untersuchung handelt es sich nicht um Geschäftsgeheimnisse. Im Rahmen der Bekanntgabe einer Untersuchungseröffnung muss der Gegenstand das kartellrechtswidrige Verhalten so umschreiben, dass sich Dritte ein Bild von der geplanten Untersuchung machen können, um zu entscheiden, ob sie sich daran beteiligen wollen (BGE 142 II 268, *Nikon*, E. 5.1). Diese Angaben - Gegenstand und Adressaten der Untersuchung - wurden demnach ohnehin veröffentlicht.

5.3.6 Ein Begehren um Ausstand des betreffenden Sekretariatsmitarbeiters hätte nach Kenntnisnahme vom entsprechenden Anlass unverzüglich eingereicht werden müssen. Wer mit einem solchen Begehren grundlos zuwartet, verstösst gegen Treu und Glauben (Art. 5 Abs. 3 BV) und verwirkt das Recht, sich auf eine allfällige Ausstandspflicht zu berufen (vgl. BGE 134 I 20 E. 4.3.1; Urteil des BGer 2C_732/2008 vom 24. März 2009, SIX Multipay AG und SIX Card Solutions AG gg. Weko betr. Wiederholung von Verfahrenshandlungen, *SIX*, E. 2.2.1 und Urteil des BVGer B-506/2010 vom 19. Dezember 2013, Gaba International AG gg. Weko, *Gaba*, E. 7.2 m.H.). Die Beschwerdeführerin hat kein Ausstandsbegehren gestellt.

5.4 Viertens erklärt die Beschwerdeführerin, die WEKO habe ihren Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt. Sie habe keine tatsächlich vertretungsbefugte Person der Beschwerdeführerin angehört. Seitens der Selbstanzeigerin habe sie einen ungeeigneten Vertreter vorgeladen und ihn als Zeugen statt als Partei befragt. Auch die Vorgehensweise bei der diesbezüglichen Terminfestlegung sei unhaltbar.

5.4.1 Der Anspruch auf rechtliches Gehör ergibt sich aus Art. 29 Abs. 2 BV; zumindest für Teilbereiche wird er auch aus Art. 6 der Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschrechte und Grundfreiheiten (EMRK, SR 0.101) abgeleitet. Gemäss Art. 29 VwVG haben sodann die Parteien einen Anspruch auf rechtliches Gehör (zum Ganzen BGE 137 II 266, Gemeinde Riniken u.a. gg. Axpo AG und Bundesamt für Energie, Riniken, E. 3.2 m.H., Urteil des BVGer B-807/2012 vom 25. Juni 2018, *Erne*, E. 5.1 m.H. und BERNHARD WALDMANN/JÜRG BICKEL, in: Waldmann / Weissenberger, Art. 29 N. 46 ff.). Der Anspruch auf rechtliches Gehör umfasst einerseits Mitwirkungsrechte, insbesondere das Recht auf vorgängige Anhörung (Art. 30 VwVG), das Recht, erhebliche Beweise beizubringen (Art. 33 VwVG), Beweisanträge zu stellen und damit gehört zu werden, sowie das Recht, an der Erhebung wesentlicher Beweise mitzuwirken oder wenigstens zum Beweisergebnis Stellung nehmen zu können, wenn es geeignet ist, den Entscheid zu beeinflussen (vgl. Art. 12 - 19 VwVG i.V.m. Art. 37, 39 - 41 und 43 - 61 des Bundesgesetzes über den Bundeszivilprozess vom 4. Dezember 1947, BZP, SR 273). Andererseits beinhaltet der Anspruch auf rechtliches Gehör Informationsansprüche, namentlich das Recht auf Orientierung, Akteneinsicht (Art. 26 - 28 VwVG) und auf hinreichende Begründung (Art. 35 VwVG). Auch der Gehörsanspruch steht unter dem Vorbehalt der Rechtsausübung nach dem Grundsatz von Treu und Glauben (Art. 5 Abs. 3 BV).

Demnach verlangt das rechtliche Gehör im Sinne von Teilgarantien die ordnungsgemässe Durchführung folgender Schritte: (i) vorgängige Orientierung über Gegenstand und Inhalt des Verfahrens sowie den Vorwurf gegenüber dem Betroffenen; (ii) Mitwirkung bei der Feststellung des Sachverhalts, insbesondere durch eigene Beweisanträge; (iii) persönliche Teilnahme am Verfahren einschliesslich der Möglichkeit zur Verbeiständigung; (iv) Akteneinsicht; (v) Möglichkeit zur Abgabe einer vorgängigen Stellungnahme einschliesslich deren Berücksichtigung durch die verfahrensleitende Instanz; (vi) Eröffnung und Begründung des Entscheids (vgl. statt vieler BGE 135 II 286, S.X. u.a. gg. Stadt Chur u.a., E. 5.1; Urteile des BVGer B-807/2012 vom 25. Juni 2018, *Erne*, E. 5.1, B-7633/2009 vom 14. September 2015, *ADSL II*, E. 199, m.w.H. auf Lehre und Rechtsprechung sowie B-2050/2007 vom 24. Februar 2010, *Terminierung Mobilfunk*, E. 6.1; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 3. A., 2013, S. 173 ff.). Um den Betroffenen eine Stellungnahme vor Erlass der Verfügung zu ermöglichen, muss ihnen die Verwaltungsbehörde den voraussichtlichen Inhalt der Verfügung, zumindest ihre wesentlichen Elemente, bekanntgeben (vgl. ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. A., 2020, N. 1011).

Im Kartellverwaltungsverfahren wird der Anspruch auf rechtliches Gehör durch Art. 30 Abs. 2 KG insofern erweitert, als die Verfahrensbeteiligten schriftlich zum Verfügungsantrag des Sekretariats Stellung nehmen können, bevor die Wettbewerbskommission ihren Entscheid trifft (vgl. Urteil des BGer 2A.492/2002 vom 17. Juni 2003, Elektra Baselland Liestal gg. Watt Suisse u.a., *EBL*, E. 3.4; BGE 129 II 497, Entreprises Electriques Fribourgeoises gg. Watt Suisse u.a., *EEF*, E. 2.2; Urteile des BVGer B-3938/2013 vom 30. Oktober 2019, Dargaud (Suisse) SA gg. Weko, *Dargaud*, E. 4 und B-807/2012 vom 25. Juni 2018, *Erne*, E. 5.1; Entscheid der Reko Wef FB/2006-8 vom 9. November 2006, veröffentlicht in: RPW 2006/4 S. 722 ff.; Botschaft KG 1995, 605; STEFAN BILGER, Das Verwaltungsverfahren zur Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen, 2002, S. 275, 277).

Der Anspruch auf rechtliches Gehör ist formeller Natur. Daher führt seine Verletzung grundsätzlich ungeachtet der Erfolgsaussichten der Beschwerde in der Sache selbst zur Aufhebung der angefochtenen Verfügung. Eine Verletzung des Gehörsanspruchs kann jedoch dann geheilt werden, wenn sie nicht besonders schwer wiegt und die Gehörsgewährung in einem Rechtsmittelverfahren nachgeholt wird, in welchem die Beschwerdeinstanz mit der gleichen Prüfungsbefugnis entscheidet wie die untere Instanz. Von der Rückweisung der Sache an die Verwaltung zur Gewährung des rechtlichen Gehörs ist - ebenfalls im Sinn einer ausnahmsweisen Heilung des Mangels - selbst bei einer schwerwiegenden Gehörsverletzung abzusehen, sofern die Rückweisung zu einem formalistischen Leerlauf und damit zu unnötigen Verzögerungen führen würde, die mit dem (der Anhörung gleichgestellten) Interesse der betroffenen Partei an einer beförderlichen Beurteilung der Sache nicht zu vereinbaren wären (BGE 132 V 387 E. 5.1, 127 V 431 E. 3d/aa und 126 V 130 E. 2b je m.H.; vgl. Urteile des BVGer B-312/2014 vom 14. August 2014, X. gg. Staatssekretariat für Bildung, Forschung und Innovation SBFI, E. 2.3 f. m.H.). Dies ist vor allem dann der Fall, wenn die Vorinstanz mit erheblicher Wahrscheinlichkeit eine gleichlautende Verfügung erlassen würde (vgl. BGE 133 I 201, X. u.a. gg. Amt für AHV und IV TG u.a., E. 2.2 und 132 V 387 E. 5.1 m.H.; Urteil des BGer 9C_419/2007 vom 11. März 2008, A. gg. Winterthur-Columna Sammelstiftung 2. Säule, E. 2.2; Urteile des BVGer B-807/2012 vom 25. Juni 2018, *Erne*, E. 5.1, B-7633/2009 vom 14. September 2015, *ADSL II*, E. 201, m.H., B-463/2010 vom 19. Dezember 2013, Gebro Pharma GmbH gg. Weko, *Gebro*, E. 4.3, B-506/2010 vom 19. Dezember 2013, *Gaba*, E. 4.2 und B-2050/2007 vom 24. Februar 2010, *Terminierung Mobilfunk*, E. 6.1).

5.4.2 Zunächst ist auf die Rüge der Anhörung eines nicht (allein) Vertretungsberechtigten einzugehen.

5.4.2.1 Zur Begründung legte die Beschwerdeführerin dar, am 24. August und am 7. September 2015 habe die Vorinstanz mit den Verfügungsadressatinnen je ein Hearing durchgeführt, sich aber trotz entsprechenden Antrags geweigert, eine tatsächlich vertretungsbefugte Person der Beschwerdeführerin anzuhören. Der von der Vorinstanz geladene Geschäftsleiter sei nicht allein vertretungsbefugt gewesen und habe somit nicht für die Beschwerdeführerin aussagen können.

5.4.2.2 In ihrer Vernehmlassung entgegnete die WEKO, als Geschäftsführer der Z._____ AG sei [...] die einzige Person dieses Unternehmens gewesen, welche in der betroffenen E-Mail-Korrespondenz erschienen sei; er habe den Stammtisch für die Regionen [...] und [...] am 26. März 2013 allein geleitet. Die Beschwerdeführerin habe im Rahmen ihrer Stellungnahme zum Antrag des

Sekretariats auch keine anderen Personen erwähnt, welche an dem ihr vorgeworfenen Verhalten beteiligt gewesen wären. Zudem sei ihr Geschäftsleiter bereits im Rahmen der Parteieinvernahme durch das Sekretariat als Vertreter der Beschwerdeführerin vernommen worden. Diese habe weder damals noch in ihrer Beschwerde entsprechende Einwände geltend gemacht. Schliesslich habe sie während der gesamten Untersuchung nie andere Personen bestimmt, welche in ihrem Namen hätten aussagen können. Das erst in der Beschwerde geltend gemachte Vorbringen, der Geschäftsleiter sei nicht allein vertretungsberechtigt und habe somit nicht für die Beschwerdeführerin aussagen können, sei daher widersprüchlich und verletze den Grundsatz von Treu und Glauben. Im Übrigen sei das System der Kollektivunterschrift ein Mittel, um Missbrauch von Vertretungsbefugnis zu verhindern. Dies gelte aber nicht für die Bestimmung des Unternehmensvertreters, welcher durch die Wettbewerbsbehörde einvernommen oder angehört werde.

5.4.2.3 Hinsichtlich der Rüge, die WEKO habe sich trotz Antrags geweigert, am 24. August und am 7. September 2015 eine tatsächlich vertretungsbefugte Person anzuhören, muss zunächst auf das Schreiben des Rechtsvertreters der Beschwerdeführerin an die Vorinstanz vom 7. August 2015 verwiesen werden. Darin informierte dieser die WEKO, an der Anhörung vom 24. August 2015 würden voraussichtlich er selbst sowie zwei oder drei weitere Rechtsvertreter teilnehmen, an derjenigen vom 7. September 2015 wiederum er selbst sowie der Geschäftsleiter der Beschwerdeführerin und ein oder zwei weitere Rechtsvertreter. Bezugnehmend auf dieses Schreiben liess die Vorinstanz den beschwerdeführerischen Anwalt mit E-Mail vom 12. August 2015 wissen, zur Teilnahme an der Anhörung der Beschwerdeführerin seien nur deren Geschäftsleiter und gegebenenfalls bevollmächtigte Rechtsvertreter zugelassen ["nur" im Original unterstrichen, "bevollmächtigte Rechtsvertreter" in Fettschrift]. In einem E-Mail vom 17. August 2015 an die Vorinstanz erwiderte der Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin, mit Befremden habe er das Schreiben der WEKO sowie die Festlegung der anzuhörenden Personen zur Kenntnis genommen; er mache darauf aufmerksam, dass die von ihm eingereichte Anwaltsvollmacht, wie üblich im Schweizer Recht, die Möglichkeit beinhalte, sich substituieren zu lassen, weshalb es keiner weiteren Vollmachten bedürfe. Einen Antrag, statt oder neben dem Geschäftsleiter der Beschwerdeführerin sei eine andere Person anzuhören, stellte er dabei jedoch nicht. Ebensowenig thematisierte er die Frage der (kollektiven) Vertretungsbefugnis mit Blick auf die Organe seiner Klientin. Erst bei der Anhörung des Geschäftsleiters der Beschwerdeführerin durch die WEKO am 7. September 2015 tat er dies. Im Protokoll gleichen Datums findet sich dazu folgende Passage (Zitat):

> Zudem möchte er zu Handen des Protokolls festhalten, dass den Organen der Z._____ AG entgegen seinem Antrag verwehrt worden sei, an diesem Hearing teilzunehmen. Er verweist auf eine E-Mail des Sekretariats, dass man nur Herrn [Geschäftsleiter der Z._____ AG] anhören wolle, obwohl dieser nicht allein vertretungsberechtigt sei.

Einerseits lässt sich den Akten also nicht entnehmen, dass die Beschwerdeführerin schon vor der Anhörung ihres Geschäftsleiters vom 7. September 2015 geltend gemacht hätte, dieser sei nicht "allein vertretungsberechtigt" und / oder dass sie um Anhörung sonstiger Personen, namentlich von Organvertretern, ersucht hätte. Andererseits hat sie die fehlende Alleinvertretungsbefugnis ihres Geschäftsleiters auch nicht erst in ihrer Beschwerde zur Sprache gebracht. Allerdings trifft es zu, dass die Beschwerdeführerin, wie die WEKO bemerkte, nie die Anhörung einer bestimmten anderen Person beantragt hat. Vor diesem Hintergrund kann nicht gesagt werden, die WEKO habe sich geweigert, eine tatsächlich vertretungsbefugte Person anzuhören. Ausserdem hätte die Beschwerdeführerin ein entsprechendes Begehren um Anhörung namentlich bezeichneter Personen in einem früheren Verfahrensstadium, jedenfalls vor der Anhörung vom 7. September 2015, stellen können. Wenn sie sich nun in ihrer Beschwerde auf eine angebliche Weigerung der Vorinstanz, eine tatsächlich vertretungsbefugte Person anzuhören, beruft, so setzt sie sich damit in Widerspruch zum Grundsatz des Handelns nach Treu und Glauben, an den auch Private im Verkehr mit Behörden gebunden sind (Art. 5 Abs. 3 BV; vgl. etwa BGE 143 V 66 E. 4.3).

Abgesehen davon ist festzuhalten, dass die ausschliessliche Anhörung des nicht "allein vertretungsberechtigten" Geschäftsleiters entgegen der Meinung der Beschwerdeführerin als zulässig erscheint. Deren Einwand bezieht sich nämlich auf die kollektive Zeichnungsberechtigung von Mitarbeitern eines Unternehmens im kaufmännischen Verkehr (vgl. Art. 32 ff., 458 ff., insbesondere 460 Abs. 2 , des Obligationenrechts vom 30. März 1911, OR, SR 220). Wäre Einzelvertretungsbefugnis erforderlich, könnte in vielen Fällen kaum jemand oder jedenfalls keine geeignete Person befragt werden. Ausserdem dient die privatrechtliche Regelung der kaufmännischen Vertretung einem Sicherheitsbedürfnis des Unternehmens im Geschäftsverkehr, nicht aber dazu, den Kreis aussagebefugter Unternehmensvertreter im Kartellverwaltungsverfahren zu bestimmen. Ob Kollektiv- oder Einzelzeichnungsberechtigung vorliegt, ist hingegen für eine Befragung, wie sie hier zur Debatte steht, irrelevant.

Im Übrigen haben die Wettbewerbsbehörden gestützt auf Art. 12 VwVG i.V.m. Art. 40 KG eine weite Befugnis, natürliche Personen einzuvernehmen.

5.4.3 Sodann ist die Rüge, seitens der Selbstanzeigerin habe die WEKO einen ungeeigneten Vertreter vorgeladen und ihn als Zeugen statt als Partei befragt, zu prüfen.

5.4.3.1 Die Beschwerdeführerin legt zur Begründung dar, anlässlich des Hearings vom 7. September 2015 sei beantragt worden, auch die Selbstanzeigerin anzuhören. Auf dieses Begehren sei die Vorinstanz nicht wirklich eingetreten, als sie mit [...] den Leiter Dealer Operations von [Q._____ AG] Import vorgeladen habe; wenn schon, hätte sie [...] von [Q._____ AG] Retail vorladen müssen. Als Leiter Dealer Operations sei [...] für Entscheidungen darüber zuständig, welche Händler ins Händlernetz aufgenommen würden oder welchen gekündigt werde. Aus nachvollziehbaren Gründen hätten die (noch) zugelassenen Händler, darunter die Be-

schwerdeführerin, keine kritischen Fragen oder Fragen, welche der Selbstanzeigerin hätten unangenehm sein können, stellen wollen, da ihre Verträge direkt vom "Wohlwollen" derselben abhingen. Diesbezüglichen Schutz hätten sie von der Vorinstanz nicht erwarten können, wie die jüngeren Entwicklungen im Händlernetz der Selbstanzeigerin (und anderer Importeure) zeigten. Die Vorinstanz billige die Kündigung zahlreicher Händler, insbesondere auch wichtiger noch verbleibender Konkurrenten, ohne Weiteres.

Abgesehen davon sei der Leiter Dealer Operations nicht geeignet gewesen, die im Raum stehenden Fragen nach der Preisführerschaft, den Auswirkungen, der Funktion der Konditionenliste und der Power-Point-Präsentation beantworten zu können. Seine Anhörung habe somit von Anfang an nichts zur Untersuchung beitragen können; sie sei eher eine Farce gewesen. Es sei nicht ersichtlich, weshalb es nicht möglich gewesen sei, eine Person vorzuladen, welche zu den relevanten Punkten hätte Auskunft geben können und welche keine "einschüchternde" Wirkung auf die Parteien gehabt hätte. Nach einiger Konfusion in den Reihen der Vorinstanz sei der Leiter Dealer Operations schliesslich als Zeuge, nicht als Partei, befragt worden. Das habe bedeutende Konsequenzen für seine Pflichten bei den Aussagen und zeige zudem (einmal mehr), dass die Vorinstanz die Selbstanzeigerin ihres Erachtens endgültig aus dem Verfahren entlassen gehabt habe. Nach Ansicht der Beschwerdeführerin hätte die Selbstanzeigerin als Partei angehört werden müssen. Aufgrund der Nichtigkeit der Verfügung vom 8. August 2014 sei die Selbstanzeigerin im September 2015 nicht rechtswirksam vorab aus dem Verfahren entlassen worden und daher immer noch Partei gewesen. Daraus ergäben sich die entsprechenden Konsequenzen für die Aussagepflichten auf Seiten der Selbstanzeigerin.

Ferner habe die Vorinstanz die Anhörung der Selbstanzeigerin auf falsche Themen, nämlich auf Fragen zum Anteil des Flottengeschäfts sowie zu den Netto- und Sondermodellen, fokussiert. Stattdessen hätte erfragt werden müssen, ob zwischen den Parteien überhaupt eine Absprache vorgelegen habe. Damit sei das rechtliche Gehör in unzureichender Weise gewährt worden.

5.4.3.2 Die Vorinstanz erwidert, die Beschwerdeführerin und die anderen Parteien hätten in ihrer Stellungnahme oder während ihrer Anhörungen mehrmals geltend gemacht, dass der Anteil des Flottengeschäfts und der Netto- und Sondermodelle erheblich gewesen sei. Da das Flottengeschäft sowie die Netto- und Sondermodelle zur Vertriebspolitik der [Q._____ AG] Import gehörten, habe nur ein Vertreter dieser Abteilung solche Fragen beantworten können. Deshalb habe die Vorinstanz [...], den CEO der Selbstanzeigerin, vorgeladen. Diese habe ihr mitgeteilt, dass er den Anhörungstermin voraussichtlich nicht wahrnehmen könne und sinnvollerweise [...], der Leiter Dealer Operations, vorzuladen wäre.

Da die Selbstanzeigerin keine Verfahrenspartei mehr gewesen sei, sei sie von der Vorinstanz als Zeugin angehört worden. Die Vorinstanz habe darauf verzichtet, die Selbstanzeigerin zur Absprache zu befragen, weil in der Selbstanzeige von Beginn weg eine Abrede über die Festsetzung von Preisnachlässen und Ablieferungspauschalen zugegeben worden sei.

5.4.3.3 Mit Blick auf die für den 21. September 2015 vorgesehene Anhörung der Selbstanzeigerin erklärte der Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin in einer Eingabe an die WEKO vom 17. September 2015, Herrn [...; Leiter Dealer Operations] fehle als Vertreter von [Q._____ AG] Import jegliche Kenntnis namentlich des untersuchten Gegenstandes sowie des Retailmarktes. Als Auskunftsperson sei er ungeeignet, weshalb Sinn und Zweck der Anhörung in Frage gestellt würden. Unverständlich sei auch, warum die WEKO mit dem Leiter Dealer Operations just jene Person vorlade, welche darüber entscheide, wer als Vertriebspartner der Selbstanzeigerin auch weiterhin über Händler- und Werkstattverträge verfüge.

Zur erwähnten Eingabe der Beschwerdeführerin vom 17. September 2015 äusserte sich die Vorinstanz nicht. Implizite wies sie die darin enthaltenen Bemerkungen durch die Einvernahme des Leiters Dealer Operations der Selbstanzeigerin am 21. September 2015 jedoch zurück, ohne besondere Anordnungen im Sinne des zitierten Rechtsbegehrens der Beschwerdeführerin getroffen zu haben. Freilich erscheinen deren schriftliche Ausführungen vom 17. September 2015 vage. Einen Antrag, näher bezeichnete Personen aus dem Unternehmen der Selbstanzeigerin vorzuladen, stellte sie nicht, obwohl sie den Leiter Dealer Operations als ungeeignete Auskunftsperson charakterisiert hatte. Ihr Rechtsbegehren beschränkte sich vielmehr darauf, begleitende Schutzmassnahmen im Kontext der Anhörung der Selbstanzeigerin zu verlangen. Erst anlässlich des Beschwerdeverfahrens erklärte sie, "wenn schon, hätte [die WEKO] [...] von [Q._____ AG] Retail vorladen müssen". Wiederum handelt es sich folglich um eine verspätet vorgebrachte Rüge, auf welche nicht näher einzugehen ist (Art. 5 Abs. 3 BV).

Abgesehen davon war es der Vorinstanz aufgrund ihrer Verfahrensherrschaft anheimgestellt, im Sinne einer antizipierten Beweiswürdigung (vgl. dazu BGE 146 III 203 E. 3.3.2, 144 II 427 E. 3.1.3 und 134 I 140 E. 5.3, je m.H.; Urteil des BVGer B-807/2012 vom 25. Juni 2018 E. 6.5.4.1 m.H.) darüber zu befinden, wen sie anhören wollte. Nach Art. 33 Abs. 1 VwVG nimmt die Behörde die ihr angebotenen Beweise nämlich ab, wenn diese zur Abklärung des Sachverhalts tauglich erscheinen (vgl. auch BGE 144 II 194, *BMW*, E. 4.4.2).

5.4.3.4 Was die Anhörung der Selbstanzeigerin durch die WEKO betrifft, so stehen drei Varianten zur Diskussion. Tatsächlich einvernommen wurde der Leiter Dealer Operations am 21. September 2015 als Zeuge, weil die Selbstanzeigerin, wie die Vorinstanz erklärte, keine Verfahrenspartei mehr gewesen sei. Nach Meinung der Beschwerdeführerin hätte die Selbstanzeigerin hingegen als Partei angehört werden müssen, denn sie war - infolge der Nichtigkeit der Verfügung vom 8. August 2014 über die Genehmigung der einvernehmlichen Regelung - noch nicht auf rechtsgültige Weise aus der Untersuchung entlassen worden. Laut den im Anhörungsprotokoll wiedergegebenen Bemerkungen des Rechtsvertreters der Selbstanzeigerin hätte diese jedoch als be-

troffene Dritte im Sinne von Art. 40 KG befragt werden müssen.

Eine Befragung als Partei (mit Aussageverweigerungsrecht) statt einer Einvernahme als Zeugin (mit Pflicht zur wahrheitsgemässen Aussage) hätte nach Darstellung der Beschwerdeführerin "bedeutende Konsequenzen für [die] Pflichten bei den Aussagen" gehabt. Welche Konsequenzen sie damit genau meinte, hat die Beschwerdeführerin freilich nicht erläutert. Vor allem aber hat sie nicht aufgezeigt, inwiefern ihr durch die Art der Anhörung der Selbstanzeigerin ein Nachteil erwachsen sein könnte (vgl. Urteil des BGer 2C_87/2020 vom 8. März 2021, A. AG gg. Weko betr. Vorladung als Zeugin, E. 3.3, wo die Beschwerde nur dann zulässig gewesen wäre, wenn die Beschwerdeführerin hinreichend substantiiert hätte, dass sie selbst durch die Zeugenbefragung einen nicht wiedergutzumachenden Nachteil, insbesondere in Form einer Verletzung des nemo-tenetur-Grundsatzes, erleiden könnte). Sodann berührt die (uneingeschränkte) Einvernahme ehemaliger Gesellschaftsorgane im Kartellsanktionsverfahren "nemo tenetur" grundsätzlich nicht (BGE 147 II 144 E. 5.2.3; Urteil des BGer 2C_87/2020 vom 8. März 2021 E. 3.3).

Selbstanzeiger müssen gewisse Tatsachen offenlegen und sich damit möglicherweise (auch) selber belasten, um von der Bonusregelung profitieren zu können (vgl. Art. 49a Abs. 2 und 3 KG i.V.m. Art. 8 Abs. 2 Bst. b und c der Verordnung über die Sanktionen bei unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen vom 12. März 2004 [KG-Sanktionsverordnung, SVKG, SR 251.5]). Mit einer Aussageverweigerung etwa hätte die Q._____ AG ihre Rolle als Selbstanzeigerin untergraben. Vor diesem Hintergrund lässt sich nicht erkennen, welches schutzwürdige Interesse die Beschwerdeführerin an einer Parteibefragung der Selbstanzeigerin haben könnte. Deshalb ist - schon mangels Substantiierung - nicht weiter auf die Rüge einzugehen.

Im Übrigen darf die anlässlich einer Zeugenbefragung allenfalls drohende Verletzung des Grundsatzes "nemo tenetur" nur durch Personen geltend gemacht werden, die sich auch selbst auf diese Garantie berufen können (vgl. BGE 147 II 144 E. 5.2.3; Urteile des BGer 2C_87/2020 vom 8. März 2021 E. 3.2.4 und 2C_88/2020 vom 8. März 2021, A. gg. Weko betr. Vorladung als Zeugin, E. 3.2.4). Die Beschwerdeführerin, deren Geschäftsleiter nicht als Zeuge einvernommen wurde, kann sie folglich nicht geltend machen.

5.4.4 Schliesslich bleibt die Rüge der Beschwerdeführerin, die Vorgehensweise der WEKO bei der Festlegung des Termins für die Anhörung der Selbstanzeigerin sei aus rechtsstaatlicher Sicht unhaltbar, zu analysieren.

5.4.4.1 Die Beschwerdeführerin bringt vor, am 7. September 2015 seien die Parteien aufgefordert worden, ihre Verfügbarkeit am angesetzten Termin vom 21. September 2015 bis zum 9. September 2015 bekanntzugeben. Ohne die Reaktionen abzuwarten und trotz der Ersuchen der Parteien, den Termin zu verschieben, habe ihn die WEKO am 8. September 2015 bilateral mit der Selbstanzeigerin bestätigt. Auf die Einwände bezüglich des Termins und der vorgeladenen Person sei sie nicht eingegangen.

5.4.4.2 Dem hält die Vorinstanz entgegen, die Beschwerdeführerin habe die Möglichkeit gehabt, der Anhörung der Selbstanzeigerin beizuwohnen und ihr Fragen zu stellen oder, falls sie oder ihre Rechtsvertreter verhindert gewesen seien, dem Sekretariat Fragen einzureichen, damit sie der Präsident der WEKO bei der Anhörung hätte stellen können. Davon habe die Beschwerdeführerin jedoch keinen Gebrauch gemacht. Zur Organisation des Anhörungstermins werde im Übrigen auf die Ausführungen in der angefochtenen Verfügung verwiesen.

5.4.4.3 Zur Festsetzung des Termins für die Anhörung der Selbstanzeigerin führte die Vorinstanz in ihrer Sanktionsverfügung (Ziff. 183 ff.) Folgendes aus (Zitat):

> Anlässlich ihrer Anhörung am 7. September 2015 beantragte die Z._____ AG die Anhörung der Q._____ AG durch die WEKO. [...] Die WEKO beauftragte das Sekretariat, die Anhörung der Q._____ AG anlässlich der nächsten Plenarsitzung am 21. September 2015 zu organisieren.
>
> Mit E-Mail vom gleichen Tag informierte das Sekretariat die Parteien und Q._____ AG darüber und forderte sie auf, bis am 9. September 2015 mitzuteilen, ob sie an der Anhörung der Q._____ AG teilnehmen werden. Nach Rücksprache mit der Q._____ AG bestätigte das Sekretariat den Anhörungstermin für den 21. September 2015 um 14 Uhr und teilte dies den Parteien am 8. September 2015 per E-Mail mit.
>
> Der Rechtsvertreter der Z._____ AG teilte am 8. September 2015 per E-Mail dem Sekretariat mit, dass es ihm "aufgrund der Kurzfristigkeit der anberaumten Anhörung [...] fast unmöglich [mache] daran teilzunehmen", da er am Montagnachmittag sechs Stunden Vorlesungen an der ZHAW in Winterthur habe und in sieben Arbeitstagen einen Ersatz zu finden ihm kaum möglich sei.
>
> [...]
>
> Mit Schreiben vom 10. September 2015 (am gleichen Tag vorab per E-Mail gesendet) lud das Sekretariat die Parteien zur Anhörung der Q._____ AG am 21. September 2015 um 14:30 Uhr ein. Das Sekretariat wies die Parteien zudem darauf hin, dass sie die Möglichkeit hätten, anlässlich der Anhörung der Q._____ AG Fragen zu stellen und/oder, falls sie oder bevollmächtigte Rechtsvertreter nicht anwesend sein könnten, bis am 18. September ihre Fragen an die Q._____ AG, welche dann vom Präsidenten anlässlich der Anhörung gestellt werden könnten, einzureichen.
>
> [...]

Eine mündliche Anhörung der Selbstanzeigerin hätte die Beschwerdeführerin früher fordern können, nicht erst bei ihrer eigenen Anhörung vom 7. September 2015. Insofern trägt sie zumindest eine gewisse Mitverantwortung für die dargestellte Terminkollision. Deshalb bleibt es ihr unter dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben (Art. 5 Abs. 3 BV) verwehrt, sich erfolgreich auf eine Verletzung ihres rechtlichen Gehörs zu berufen. Abgesehen davon konnte sich der Anwalt der Beschwerdeführerin - wie in

der zitierten Passage der Sanktionsverfügung festgehalten - substituieren lassen. Aufgrund des relativ breiten Teilnehmerkreises der Anhörung erscheinen Terminüberschneidungen jedenfalls nicht gänzlich vermeidbar. Schliesslich kann das Recht auf Mitwirkung bei der Einvernahme im Sinne eines Mindesterfordernisses nach der Praxis auch durch Stellungnahme zum Beweisergebnis ausgeübt werden (WALDMANN/BICKEL, Art. 29 N. 91). Sodann ist daran zu erinnern, dass die WEKO der Beschwerdeführerin die Möglichkeit gab, vorgängig schriftliche Fragen einzureichen, welche der Präsident der WEKO bei der Anhörung hätte stellen können. Eine Verletzung des rechtlichen Gehörs der Beschwerdeführerin lässt sich daher nicht konstatieren.

5.5 Fünftens wirft die Beschwerdeführerin der WEKO vor, die Unschuldsvermutung, die sich aus Art. 32 Abs. 1 BV sowie aus Art. 6 Ziff. 2 EMRK ergibt, verletzt zu haben.

5.5.1 Als Begründung macht die Beschwerdeführerin geltend, durch die Äusserung in der Gratiszeitung "20 Minuten" vom 23. Mai 2013, welche einen Tag nach Untersuchungseröffnung erfolgt sei, habe die Vorinstanz suggeriert, dass "der Fall klar" sei und sich die Parteien eines Kartellrechtsverstosses schuldig gemacht hätten. Zudem zeige die Verfahrensführung, dass die Vorinstanz von Anfang an auf einen bestimmten Verfahrensausgang, nämlich die Sanktionierung der Parteien, abgezielt habe. Dass begünstigende Faktoren ignoriert sowie jegliche Untersuchungshandlungen unterlassen worden seien, zeuge davon, dass die WEKO voreingenommen und nicht ergebnisoffen gewesen sei. Das Verfahren stelle eine Art "Rosinenpicken" zu Ungunsten der Beschwerdeführerin und der anderen Parteien dar. Diese Verletzung der Unschuldsvermutung sei besonders heikel, weil im Kartellrecht aufgrund des strafrechtlichen Charakters der Sanktionen die allgemeinen (Verfahrens-) Grundsätze des Strafrechts gälten.

5.5.2 Die WEKO hält dem entgegen, weder in ihrer Pressemitteilung zur Untersuchungseröffnung noch in den von der Beschwerdeführerin erwähnten Presseartikeln sei eine Vorverurteilung ersichtlich. Ebensowenig bestehe eine Verletzung der Unschuldsvermutung. Im Übrigen beschränke sich die Beschwerdeführerin ohne Begründung auf die pauschale Aussage, die Vorinstanz habe von Anfang an auf einen bestimmten Verfahrensausgang abgezielt, nämlich die Sanktionierung der Parteien. Schliesslich hätte die Beschwerdeführerin jederzeit ein Ausstandsbegehren gegen die Vorinstanz einreichen können, was sie aber nicht getan habe.

5.5.3 Die Unschuldsvermutung ergibt sich aus Art. 32 Abs. 1 BV und Art. 6 Ziff. 2 EMRK. Sie bedeutet, dass jede Person bis zu ihrer rechtskräftigen Verurteilung als unschuldig gilt. Mit anderen Worten muss jedermann als unschuldig behandelt werden, bis das zuständige Gericht seine strafrechtliche Schuld aufgrund eines fairen Verfahrens in rechtskonformer Weise nachgewiesen und festgestellt hat. Ohne solches Verfahren darf niemand einer strafbaren Handlung bezichtigt werden. Die Unschuldsvermutung erstreckt sich grundsätzlich auch auf Verfahren nach Art. 49a KG, denn Sanktionen wegen unzulässiger Wettbewerbsbeschränkungen haben nach bundesgerichtlicher Diktion strafrechtsähnlichen Charakter (BGE 139 I 72, *Publigroupe*, E. 2.2.2; BGE 143 II 297, *Gaba*, E. 9.1). Vor dem förmlichen Abschluss eines gesetzmässig geführten Verfahrens darf die Wettbewerbsbehörde Unternehmen nicht als schuldig behandeln, beispielsweise, indem sie ihren Entscheid vorzeitig der Presse kundtut. Einerseits sollen Angeschuldigte nicht öffentlich vorverurteilt, andererseits die Beweiswürdigung nicht antizipiert werden, sodass die zuständige Instanz den Sachhergang nicht mehr unvoreingenommen prüfen könnte. Die Unschuldsvermutung richtet sich an alle staatlichen Organe oder Behörden, insbesondere an Amtsträger und Gerichtsmitglieder (vgl. BGE 142 II 268, *Nikon*, nicht publizierte E. 8.1 f. m.H., publiziert im Urteil des BGer 2C_1065/2014 vom 26. Mai 2016; Urteile des BVGer B-807/2012 vom 25. Juni 2018, *Erne*, E. 6.3, B-5858/2014 vom 30. Oktober 2017, A. gg. WEKO betr. Publikation Sanktionsverfügung, E. 3.3.2, B-3588/2012 vom 15. Oktober 2014, *Nikon*, E. 6.2 und B-506/2010 vom 19. Dezember 2013, *Gaba*, E. 6, je m.H.).

Allerdings zählt das Kartellsanktionsverfahren primär zum Verwaltungsrecht (Urteil des BGer 2C_1065/2014 vom 26. Mai 2016, *Nikon*, E. 8.2, in BGE 142 II 268 nicht publizierte Erwägung), weshalb die erwähnten Verfahrensgarantien nicht in voller Strenge zur Anwendung gelangen und im Übrigen keine absolute Geltung beanspruchen, sondern in einer einzelfallbezogenen Interessenabwägung mitzuberücksichtigen sind (BGE 140 II 384, A. AG gg. Eidgenössische Spielbankenkommission ESBK, *Spielbanken*, E. 3.3.5 m.H.; Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) Nr. 73053/01 in Sachen Jussila vom 23. November 2006 N. 43; vgl. auch die Urteile des BVGer B-829/2012 vom 25. Juni 2018, *Granella*, E. 6.3, B-581/2012 vom 16. September 2016, *Nikon*, E. 5.1, E. 8.1.1 und B-7633/2009 vom 14. September 2015, *ADSL II*, E. 651). Es ist mithin im Einzelfall ein sachverhaltsbezogener Ausgleich zu finden.

Die Unschuldsvermutung hat Auswirkungen auf die Verteilung der Beweislast sowie auf das Beweismass (vgl. BGE 139 I 72, *Publigroupe*, E. 8.3; Urteile des BVGer B-829/2012 vom 25. Juni 2018, *Granella*, E. 6.3, B-581/2012 vom 16. September 2016, *Nikon*, E. 5.5.1; MARCEL ALEXANDER NIGGLI/CHRISTOF RIEDO, in: Marc Amstutz / Mani Reinert (Hrsg.): Kartellgesetz, Basler Kommentar, 2. A., 2021, Vor Art. 49a N. 248 ff.; BSK-StPO ESTHER TOPHINKE, Art. 10 StPO N. 79). Als Beweislastregel besagt die Unschuldsvermutung, dass es Sache der Behörde ist, die Schuld zu beweisen. Unzulässig wäre eine Beweislastumkehr zulasten des Unternehmens, gegen welches sich die Untersuchung richtet (vgl. Urteile des BVGer B-829/2012 vom 25. Juni 2018, *Granella*, E. 6.3 und B-581/2012 vom 16. September 2016, *Nikon*, E. 5.5.2 f.). Als Beweismassregel folgt aus der Unschuldsvermutung, dass das Gericht eine Tatsache nur dann als gegeben voraussetzen darf, wenn es an deren Vorhandensein keine unüberwindlichen Zweifel hegt; andernfalls hat das Gericht von dem für den Beschuldigten günstigeren Sachverhalt auszugehen (Art. 10 Abs. 3 der Schweizerischen Strafprozessordnung vom 5. Oktober 2007, StPO, SR 312.0).

5.5.4 Die fragliche Äusserung eines hochrangigen Vertreters des Sekretariats gegenüber einer Gratiszeitung bezog sich lediglich auf die Verfahrensdauer. Sie lässt

sich nicht in einem inhaltlichen Sinne dahingehend verstehen, dass die Wettbewerbsbehörde praktisch von Beginn weg ein bestimmtes Untersuchungsergebnis zu Lasten der Beschwerdeführerin angepeilt hätte. Entsprechende Schlüsse erlaubt auch die Verfahrensführung nicht. Immerhin verfügte die Vorinstanz aufgrund der Selbstanzeige bereits im April 2013 über eine beträchtliche Zahl von Akten. So konnte sie sich schon relativ früh ein klareres Bild machen als etwa in Fällen, in denen keine (vergleichbare) Selbstanzeige eingereicht wird. Zudem führte sie eigene Untersuchungshandlungen, insbesondere Einvernahmen und Befragungen, durch. Mithin bestätigt sich nicht, dass begünstigende Faktoren ignoriert sowie jegliche Untersuchungshandlungen unterlassen worden wären, wie die Beschwerdeführerin geltend macht. Ebensowenig entsteht der Eindruck, die WEKO sei voreingenommen und nicht ergebnisoffen gewesen.

5.5.5 Folglich bestehen keine Anhaltspunkte dafür, dass die Vorinstanz die Unschuldsvermutung durch ihre Verfahrensführung oder ihre Verlautbarungen gegenüber der Presse im Verhältnis zur Beschwerdeführerin verletzt hätte.

6.

Die Beschwerdeführerin hält die ihr zur Last gelegten Verstösse gegen das Kartellgesetz für nicht bewiesen. Sie beanstandet Beweisführung und Beweiswürdigung der Vorinstanz in verschiedener Hinsicht. Dementsprechend sind zunächst die Beweisregeln für kartellrechtliche Sanktionsverfahren näher darzustellen.

6.1 Verstösse gegen das KG müssen gemäss dem auch im Kartellverfahren anwendbaren Untersuchungsprinzip grundsätzlich durch die Behörden erforscht werden (Art. 39 KG i.V.m. Art. 12 VwVG). Diese haben den rechtserheblichen Sachverhalt aus eigener Initiative richtig und vollständig abzuklären. Dazu sind alle rechtserheblichen Aspekte zu ermitteln, sämtliche notwendigen Unterlagen zu beschaffen und die erforderlichen Beweise abzunehmen. Aufgrund dieser Pflicht zur richtigen und vollständigen Abklärung des rechtserheblichen Sachverhalts liegt die Beweisführungslast im kartellrechtlichen Sanktionsverfahren bei den Wettbewerbsbehörden. Der Untersuchungsgrundsatz erfährt jedoch eine Einschränkung durch die in Art. 13 VwVG statuierte Mitwirkungspflicht der Parteien (vgl. zum Ganzen BGE 129 II 18, Börsenverein des dt. Buchhandels e.V. sowie Schweizerischer Buchhändler- und Verlegerverband gg. Weko, Buchpreisbindung I, E. 7.1 m.H.; Urteil des BGer 2A.430/2006 vom 6. Februar 2007, *Buchpreisbindung II*, E. 10.2 sowie die Urteile des BVGer B-807/2012 vom 25. Juni 2018, *Erne*, E. 8.4.1, B-5685/2012 vom 17. Dezember 2015, Altimum SA gg. Weko, *Altimum*, E. 4.5.1; B-7633/2009 vom 14. September 2015, *ADSL II*, E. 185 ff., B-8404/2010 vom 23. September 2014, *SFS*, E. 3.2.4 und B-463/2010 vom 19. Dezember 2013, *Gebro*, E. 5).

6.2 Nach dem auch im Kartellverwaltungsverfahren anwendbaren Grundsatz der freien Beweiswürdigung haben die Wettbewerbsbehörden die erhobenen Beweismittel ohne Bindung an förmliche Beweisregeln umfassend und pflichtgemäss zu würdigen (vgl. Art. 39 KG i.V.m. Art. 19 VwVG und Art. 40 des Bundesgesetzes vom 4. Dezember 1947 über den Bundeszivilprozess, BZP, SR 273; BGE 137 II 266, *Riniken*, E. 3.2; Urteil des BGer 2A.430/2006 vom 6. Februar 2007, *Buchpreisbindung II*, E. 10.4; Urteil des BVGer B-5685/2012 vom 17. Dezember 2015, *Altimum*, E. 4.5.2 m.w.H.). Soweit eine Sanktion gemäss Art. 49a KG in Frage kommt, sind wegen des strafrechtsähnlichen Charakters dieser Massnahme grundsätzlich die Garantien von Art. 6 und 7 EMRK sowie Art. 30 bzw. 32 BV zu beachten. Sachverhaltsmässige Unklarheiten sind daher aufgrund der Unschuldsvermutung nach Art. 6 Ziff. 2 EMRK bzw. Art. 32 Abs. 1 BV zu Gunsten der sanktionsbedrohten Parteien zu werten (vgl. BGE 139 I 72, *Publigroupe*, E. 2.2.2 und E. 8.3.1).

6.3 Für die Prüfung der Beweislage entscheidend ist die Frage, welches Beweismass erfüllt sein muss, damit ein rechtserheblicher Sachumstand als bewiesen erachtet werden kann.

6.3.1 Nach dem Regelbeweismass des Überzeugungsbeweises gilt ein Beweis als erbracht, wenn ein Gericht oder eine Behörde nach objektiven Gesichtspunkten von der Richtigkeit einer Sachbehauptung überzeugt ist. Dabei wird allerdings keine absolute Gewissheit vorausgesetzt. Die Verwirklichung der Tatsache braucht nicht mit Sicherheit festzustehen; es genügt, wenn das Gericht oder die Behörde am Vorliegen des rechtserheblichen Sachumstands keine ernsthaften Zweifel mehr hat oder allenfalls verbleibende Zweifel als leicht erscheinen (vgl. BGE 130 III 321, X. gg. Versicherung Y., E. 3.2; Urteil des BGer 2A.500/2002 vom 24. März 2003, A. X. u.a. gg. Steuerverwaltung des Kantons BE, E. 3.5; Urteile des BVGer B-807/2012 vom 25. Juni 2018, *Erne*, E. 8.4.4.1 m.H., B-5685/2012 vom 17. Dezember 2015, *Altimum*, E. 4.5.3.1, B-7633/2009 vom 14. September 2015, *ADSL II*, E. 157).

6.3.2 Als Ausnahme vom Regelbeweis mit dem Beweismass der vollen Überzeugung ist der Wahrscheinlichkeitsbeweis anerkannt, welcher auf das Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit abstellt. Diesem zufolge gilt ein Beweis als erbracht, wenn nach objektiven Gesichtspunkten derart gewichtige Gründe für die Richtigkeit der Sachbehauptung sprechen, dass andere denkbare Möglichkeiten vernünftigerweise nicht massgeblich sind (vgl. BGE 140 III 610 E. 4.1; BGE 132 III 715 E. 3.1). Eine überwiegende Wahrscheinlichkeit wird als ausreichend betrachtet, wo ein strikter Beweis nicht nur im Einzelfall, sondern der Natur der Sache nach nicht möglich oder nicht zumutbar ist und wo insofern "Beweisnot" besteht (vgl. BGE 132 III 715 E. 3.1; BGE 130 III 321 E. 3.2; BGE 128 III 271 E. 2b/aa; Urteil des BVGer B-807/2012 vom 25. Juni 2018, *Erne*, E. 8.4.4.2).

Bei Vorliegen multipler Wirkungszusammenhänge ist das Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit ausreichend, also kein Überzeugungsbeweis erforderlich (vgl. BGE 139 I 72, *Publigroupe*, E. 8.3.2 und 144 II 246, *Altimum*, E. 6.4.4, betreffend Abreden; vgl. Urteile des BVGer B-807/2012 vom 25. Juni 2018, *Erne*, E. 8.4.4.4, B-7633/2009 vom 14. September 2015, *ADSL II*, E. 162).

"Gewöhnliche" Lebenssachverhalte ohne multiple Wirkungszusammenhänge liegen beispielsweise vor, wenn festgestellt werden muss, ob bestimmte Personen Preise oder Bestandteile derselben untereinander abgespro-

chen haben. Demgegenüber gestaltet sich die Beurteilung möglicher Auswirkungen kartellrechtlicher Sachverhalte auf den Wettbewerb naturgemäss als komplexer. Neben der objektiven Datenlage stehen hier wirtschaftliche Analysen und Hypothesen im Zentrum der Betrachtung. Auch das Vorliegen allfälliger Effizienzgründe (Art. 5 Abs. 2 KG) kann nur unter Berücksichtigung wirtschaftlicher Überlegungen beurteilt werden. Ökonomischen Erkenntnissen haftet allerdings immer eine gewisse Unsicherheit an. Deswegen muss es genügen, dass die von Art. 5 Abs. 1 KG geforderten Auswirkungen einer Abrede auf den Wettbewerb, wie auch allfällige Effizienzgründe, nach Art. 5 Abs. 2 KG mit überwiegender Wahrscheinlichkeit gegeben sind (so - betreffend das Vorliegen von Effizienzgründen - ausdrücklich das Urteil des BGer 2A.430/2006 vom 6. Februar 2007, *Buchpreisbindung II*, E. 10.4; Urteil des BVGer B-807/2012 vom 25. Juni 2018, *Erne*, E. 8.4.4.5 m.H.).

6.3.3 Dem erforderlichen Beweismass kann nicht nur direkt, sondern auch indirekt, nämlich gestützt auf Indizien, Genüge getan werden (vgl. BGE 93 II 345, Deutsche Lufthansa AG gg. Basler Transport-Versicherungs-Gesellschaft (AG), E. 2 m.H.; Urteil des BVGer B-807/2012 vom 25. Juni 2018, *Erne*, E. 8.4.4.6 m.H.). Ein Indiz ist eine Tatsache, die auf eine andere, unmittelbar erhebliche Tatsache schliessen lässt. Beim Indizienbeweis wird vermutet, dass eine nicht bewiesene Tatsache effektiv gegeben ist, weil sich diese Schlussfolgerung nach der Lebenserfahrung kraft bewiesener Tatsachen (Indizien) aufdrängt (vgl. Urteil des BGer 6B_332/2009 vom 4. August 2009, X. gg. StA St. Gallen, E. 2.3 m.H.; Urteil des BVGer B-807/2012 vom 25. Juni 2018, *Erne*, E. 8.4.4.6; Entscheid der Reko Wef FB/2002-1 vom 22. Dezember 2004 E. 8.1, veröffentlicht in: RPW 2005/1 S. 183 ff.).

6.3.4 Kann das geforderte Beweismass nicht erreicht werden, stellt sich die Frage, zu wessen Lasten der beweislose Zustand geht. Die Antwort darauf ergibt sich aus dem Rechtsgrundsatz, dass derjenige die (objektive) Beweislast für das Vorliegen einer Tatsache trägt, der aus ihr Rechte ableitet (Art. 8 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 10. Dezember 1907, ZGB, SR 210; vgl. Urteil des BGer 2C_988/2014 vom 1. September 2015, A. gg. Polizei- und Militärdirektion des Kantons BE, E. 3.1; Urteil des BVGer C-563/2011 vom 10. September 2014, A. gg. Bundesamt für Migration BFM, E. 4.2, BVGE 2008/23 E. 4.2 m.w.H.).

Die objektive Beweislastverteilung hinsichtlich der gestützt auf Art. 49a i.V.m. Art. 5 Abs.1 und 3 KG verhängten Sanktion muss auf differenzierende Weise betrachtet werden. Wettbewerbsabreden im Sinne von Art. 4 Abs. 1 i.V.m. Art. 5 Abs. 3 KG bilden die Vermutungsbasis, gestützt auf welche die Wettbewerbsbehörden gegebenenfalls schliessen, der wirksame Wettbewerb sei vermutungsweise beschränkt oder beseitigt worden. Deshalb ist davon auszugehen, dass die Wettbewerbsbehörden neben der Beweisführungslast auch die objektive Beweislast betreffend Wettbewerbsabreden im Sinne von Art. 4 Abs. 1 i.V.m. Art. 5 Abs. 3 KG tragen. Folglich trifft die objektive Beweislast bezüglich einer Beteiligung der Beschwerdeführerin an den fraglichen Preisabsprachen die Vorinstanz (vgl. Urteil des BVGer B-807/2012 vom 25. Juni 2018, Erne, E. 8.4.5 m.H.).

6.4 Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts dürfen die Anforderungen an das Beweismass hinsichtlich belasteter Dritter auch bei einer Selbstanzeige nicht herabgesetzt werden. Dabei ist die Vorinstanz verpflichtet, den Sachverhalt für jede einzelne Verfahrenspartei separat zu erstellen und abzuklären. Entsprechend muss sie den Kartellrechtsverstoss jeder Verfahrenspartei einzeln zur Last legen. Insbesondere hat sie die jeweilige Beteiligung an der Absprache individuell nachzuweisen (zum Ganzen vgl. Urteil des BVGer B-807/2012 vom 25. Juni 2018, *Erne*, E. 8.5 m.H.).

6.5 Die allgemeinen Beweisregeln gelten auch, wenn eine Selbstanzeige vorliegt (Urteil des BVGer B-771/2012 vom 25. Juni 2018, *Cellere*, E. 6.5.4.3) und damit für die nachfolgende Beurteilung der Beweislage. Ob es in einem kartellrechtlichen Verwaltungsverfahren keine, eine oder mehrere Selbstanzeigen gibt, kann keinen Einfluss darauf haben, welches Beweismass für den Nachweis eines rechtserheblichen Sachumstandes erforderlich ist. Ebensowenig wirkt sich das Vorhandensein von Selbstanzeigen auf die Frage aus, wer die objektive Beweislast und damit die Folgen der Beweislosigkeit trägt.

Bei Aussagen sowie Urkunden von Selbstanzeigern und "nicht kooperierenden" Unternehmen handelt es sich um Parteiauskünfte im Sinne des Art. 12 Bst. b VwVG, welche der freien Beweiswürdigung unterliegen (Urteil des BVGer B-771/2012 vom 25. Juni 2018, *Cellere*, E. 6.5.5.4 m.H.).

6.6 Somit haben die Wettbewerbsbehörden insbesondere den Überzeugungsbeweis dafür zu erbringen, dass bestimmte Händler von Fahrzeugen der VW-Konzernmarken untereinander maximale Rabatte sowie minimale Ablieferungspauschalen vereinbarten, um diese anschliessend über sog. Stammtische im Rahmen des VPVW weiterzuverbreiten und letztlich zu Lasten der Kunden höhere Margen aus ihren Automobilverkäufen zu erzielen. Dementsprechend liegt es auch an der Vorinstanz, der Beschwerdeführerin mit dem Regelbeweismass des Überzeugungsbeweises individuell nachzuweisen, dass sich diese in der vorgeworfenen Form an der fraglichen Absprache beteiligte.

7.

Als zusammenfassende Würdigung der Beweismittel sowie der Darlegungen der Verfahrensparteien hielt die Vorinstanz in ihrer Sanktionsverfügung fest, die Verfahrensparteien und die Selbstanzeigerin hätten sich auf eine gemeinsame Rabattpolitik geeinigt. Anschliessend hätten sie eine gemeinsame Konditionenliste für maximale Preisnachlässe und minimale Ablieferungspauschalen zur Abgabe der Erstofferte für Neufahrzeuge der Marken des VW-Konzerns vereinbart. Zur Umsetzung des abgestimmten Rabattverhaltens hätten sie regionale Stammtische des VPVW durchgeführt und die Präsentation "Projekt Repo 2013" gehalten. Dies stelle eine Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG i.V.m. Art.5 Abs. 3 Bst. a KG über die direkte oder indirekte Festsetzung von Preisen dar. Die gesetzlich statuierte Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs könne durch den vorhandenen Aussenwettbewerb widerlegt werden. Die Abrede beeinträchtige den Wettbewerb jedoch auf allen relevanten Märkten erheblich im

Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG. Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gemäss Art. 5 Abs. 2 KG lägen keine vor. Es handle sich somit um eine unzulässige Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 Abs. 3 i.V.m. Abs. 1 KG.

8.

Materiell muss vorerst geprüft werden, ob sich die Beschwerdeführerin an einer Wettbewerbsabrede nach Art. 4 Abs. 1 KG beteiligte.

8.1 Die Beschwerdeführerin verneint, eine Abrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG geschlossen zu haben. Zur Begründung legte sie in der Beschwerdeschrift dar, die Parteien hätten wiederholt vorgebracht, dass der Gegenstand der vermeintlichen Abrede, namentlich die Konditionenliste, nie als eine Vereinbarung im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG über die gemeinsame Festsetzung des Verkaufspreises oder einen Verzicht auf abweichende Konkurrenzangebote zu verstehen gewesen sei.

Die Vorinstanz halte fest (z.B. in Ziff. 151 der Sanktionsverfügung), dass die internen Konditionenlisten nur den in einer Erstofferte zu verwendenden Rabatt beträfen. Weitere Zusatzkonditionen seien separat auszuweisen. Dies zeige klar, dass es um einen Verkaufsvorgang gegangen sei, welcher allenfalls strukturiert zu gestalten gewesen sei, um mehr Transparenz in der Offertdarstellung zu erreichen. Es sei den Händlern mithin freigestellt gewesen, weitere "Zusatzkonditionen" zu gewähren. Die Annahme setze zudem voraus, dass die Konditionenlisten überhaupt eingesetzt worden wären. Dies sei indes nicht der Fall. Die Vorinstanz habe zu keinem Zeitpunkt behauptet, geschweige denn aufgezeigt, dass die Beschwerdeführerin die Konditionenlisten eingesetzt habe. Der relevante Parameter sei folglich eine reine Kalkulationshilfe.

Dies gehe auch aus dem Zusammenhang mit den Händlerumfragen bzw. der Präsentation hervor. Offensichtlich habe unter den Händlern eine gewisse Unzufriedenheit bestanden, gerade auch was die Administration anbelange. Vor diesem Hintergrund habe der VPVW Massnahmen wie die Konditionenliste(n) beschlossen, um den Händlern eine Erleichterung bei der Offertdarstellung zu bieten. Es erfordere keine allzu grossen Kenntnisse des Marktes, um zu wissen, dass Erstofferten gegenüber dem Konsumenten in der Praxis irrelevant seien. Hätte die Vorinstanz auch nur minimste Untersuchungshandlungen vorgenommen, wäre auch ihr erschliessbar geworden, dass es bei der Erstofferte einzig um den Versuch einer Systematisierung im Sinne einer Kalkulationshilfe gegangen sei.

Der Austausch unter den Parteien habe folglich nicht zu einer Sanktionierung führen können, denn er habe keinen Wettbewerbsparameter zum Gegenstand gehabt. Dass es die Vorinstanz versäumt habe, nebst den Informationen des Kronzeugen eine Kalkulationshilfe der Beschwerdeführerin zu finden und zu den Akten zu geben, dürfe nicht den Parteien angelastet werden. Die Wahrheit sei zudem viel einfacher: Mögliche Kalkulationshilfen habe die Beschwerdeführerin zu keinem Zeitpunkt eingesetzt.

Von einem Zusammenwirken könne nicht gesprochen werden. Ein solches würde eine abgestimmte Verhaltensweise beinhalten. Diese sei von der Preisführerschaft abzugrenzen. Unverständlich sei, warum die Vorinstanz die Problematik der Preisführerschaft nicht einmal ansatzweise abzuklären versucht habe, zumal neben den Parteien auch die Selbstanzeigerin auf ihre Preisführerschaft aufmerksam gemacht habe. Erklärbar sei dieses Untätigbleiben der Vorinstanz nur mit dem vorgefassten Ergebnis der Untersuchung.

Als zentrales Indiz bezeichne die Vorinstanz neben der Konditionenliste die Präsentation, welche am 11. Februar 2013 erstellt und versandt worden sein solle (Ziff. 34 der Sanktionsverfügung). Die Beschwerdeführerin habe dargelegt, dass sie die von der Vorinstanz erwähnte Präsentation nie selbst verwendet habe. Insbesondere habe sie weder die entsprechende Präsentation noch die Konditionenliste an Stammtischen abgegeben. Dass die Beschwerdeführerin die besagte Konditionenliste und die Präsentation nie verwendet habe, übersehe die Vorinstanz. Die Beschwerdeführerin habe an den Stammtischen eine eigene Präsentation gezeigt. Diese weiche von der Präsentation (gemäss Vorinstanz) vom 11. Februar 2013 ab und habe keine Konditionenvereinbarung zum Gegenstand.

Eine angebliche Vereinheitlichung der Preisnachlässe und Ablieferungspauschalen sei von den Parteien stets bestritten und von der Vorinstanz nicht ansatzweise belegt worden (Ziff. 234-238 der Sanktionsverfügung). Die Beschwerdeführerin habe sich zu keinem Zeitpunkt an einer Abrede über einen Wettbewerbsparameter beteiligt. Aufgrund der Preisführerschaft der Selbstanzeigerin sei zudem eine Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG von vornherein ausgeschlossen. Der Gegenstand der angeblichen Wettbewerbsabrede sei schliesslich auch gar nicht geeignet gewesen, eine solche zu bezwecken oder zu bewirken. Eine Kalkulationshilfe und die Darstellung einer Erstofferte könnten diesen Zweck gar nicht erfüllen.

Ergänzend erklärte die Beschwerdeführerin in ihrer Replik, die Konditionenliste habe die Händler in Bezug auf die Gewährung von Rabatten nicht eingeschränkt. Die Händler hätten immer die Möglichkeit, Rabatte zu gewähren. In der Konditionenliste seien entsprechende Rabatte explizit aufgeführt worden: Kundenrabatte, Mengenrabatte, Ausstellungsrabatte, Rabatte für Lagerfahrzeuge sowie weitere Zusatzkonditionen. Sie seien jederzeit frei gewesen, die Konditionenliste anzuwenden. Für Ausscherer habe es zu keinem Zeitpunkt Sanktionsmassnahmen seitens der Kronzeugin gegeben. Das habe auch die Vorinstanz nicht bestritten und sich diesbezüglich im Rahmen ihrer Ausführungen lediglich auf sehr allgemein gehaltene Passagen in E-Mails gestützt. Es lägen denn auch keine E-Mails vor, die etwaige Sanktionsmassnahmen gegen Ausscherer erwähnen würden.

Auf Preisführerschaft der Selbstanzeigerin gebe es objektive Hinweise, so z.B. ihren hohen Marktanteil, die Strukturen und Abhängigkeiten im Markt für den Verkauf der von ihr importierten Fahrzeugmarken, die Vorteile aus der vertikalen Integration der Selbstanzeigerin sowie die wesentliche Übereinstimmung der Konditionenliste mit der von der Selbstanzeigerin unilateral erstellten Liste. Dementsprechend sei es wenig überraschend, dass die Konditionenliste erstmals von Herrn [...] von

[Q._____ AG] Retail, dem Preisführer, mit E-Mail vom 22. Januar 2013 an die Parteien versandt worden sei.

Die Konditionenliste sei allein das Ergebnis der führenden Stellung der Selbstanzeigerin im Markt. Diese Stellung spiegle sich auch in der Vorabklärung 22-0449, in der sich die WEKO mit den willkürlichen und diskriminierenden Massnahmen der Selbstanzeigerin gegen ihre Handelspartner auseinandersetze, wobei diese versuche, die eigenen Retailbetriebe besserzustellen und deren Position auf dem Retailmarkt zu stärken.

8.2 Auf ihre Sanktionsverfügung und ihre Bekanntmachung vom 1. Januar 2006 betreffend die Voraussetzungen für die kartellgesetzliche Zulässigkeit von Abreden über die Verwendung von Kalkulationshilfen verweisend, erwiderte die WEKO, es gehe um eine vereinbarte Konditionenliste über maximale Preisnachlässe und minimale Ablieferungspauschalen, also um Beträge und Prozentsätze für die Offertstellung, die im Rahmen der Verkaufsverhandlungen mit den Endkunden hätten verwendet werden müssen. Somit handle es sich nicht um Angaben und Formeln zur Kalkulation der Kosten oder um eine Bestimmung der Preise oder einen Austausch über die Kostenrechnung. Die vereinbarte Konditionenliste könne also nicht als Kalkulationshilfe qualifiziert werden. Es liege daher eine Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG vor. Aus der E-Mail-Korrespondenz und der Präsentation gehe zudem eindeutig hervor, dass Gegenstand des Projekts "Repo 2013" nicht die Offertdarstellung, sondern die Vereinbarung und die Umsetzung eines einheitlichen Rabattverhaltens (die Reduzierung der Preisnachlässe um 2 %) gewesen sei.

Zum Vorbringen der Beschwerdeführerin betreffend Preisführerschaft der Selbstanzeigerin gelte es, wie bereits in der angefochtenen Verfügung dargelegt, Folgendes klarzustellen: Zwischen einer kollektiven, bewussten und gewollten Aktion verschiedener Unternehmen für das Bezwecken oder das Bewirken einer Wettbewerbsbeschränkung (Wettbewerbsabrede) und einer reinen Orientierung der kleinen Konkurrenten an den Vorgaben des Preisführers bestehe ein entscheidender Unterschied. Preisführerschaft liege vor, wenn andere Unternehmen dem Preisführer bezüglich der Preise ohne Abstimmung folgten. Vorliegend hätten die Beschwerdeführerin und die anderen beteiligten Unternehmen nicht einfach entschieden, die Preise einer Konkurrentin zu befolgen, sondern eine Konditionenliste für maximale Preisnachlässe und minimale Ablieferungspauschalen vereinbart und Stammtische zur Verbreitung der abgestimmten Rabattpolitik abgehalten. Die Tatsache, dass die Selbstanzeigerin möglicherweise über Preisführerschaft verfüge, könne jedoch nicht mit dem Ausschluss einer Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG beim vorgeworfenen Verhalten gleichgesetzt werden.

Aus dem Beweismaterial gehe klar hervor, dass die Parteien und die Q._____ AG die einzelnen Konditionen, d.h. Preisnachlässe und Ablieferungspauschalen, gemeinsam abgestimmt hätten und sich nicht einfach an den Konditionen oder Angeboten von [Q._____ AG] Retail orientiert hätten. Die Tatsache, dass die Q._____ AG gleichzeitig in den Bereichen Import und Retail tätig sei, schliesse ein koordiniertes Verhalten, wie im vorliegenden Fall zwischen den zugelassenen Händlern der Q._____ AG, nicht aus. Die Beschwerdeführerin und die anderen beteiligten Unternehmen, einschliesslich [Q._____] Retail, hätten ein gemeinsames Interesse gehabt, die vorliegende Wettbewerbsabrede abzuschliessen, da ihnen durch das koordinierte Wettbewerbsverhalten ein Vorteil (Gewinn) habe zukommen können. Mit der Senkung der Preisnachlässe um 2 % seien "Mehreinnahmen von ca. 75'000.- pro 100 Einheiten" vorgesehen gewesen. Herr [R._____ AG] habe sogar von "einer Chance von ca. 24 Mio." gesprochen.

Duplizierend hielt die WEKO fest, entgegen der Behauptung der Beschwerdeführerin seien ihre Händler- und Serviceverträge mit der Q._____ AG gemäss ihren eigenen Aussagen bereits Ende Juni 2014 gekündigt worden. Das Verfahren gegenüber der Q._____ AG sei jedoch erst mit der Verfügung vom 8. August 2014 abgeschlossen worden, also mehr als einen Monat nach den oben erwähnten Kündigungen. Zudem erkläre die Beschwerdeführerin den Zusammenhang zwischen diesen Vertragskündigungen und dem untersuchten Sachverhalt, welcher Gegenstand der angefochtenen Verfügung sei, nicht. Die Tatsache, dass die Q._____ AG ihr Vertragsverhältnis mit der Beschwerdeführerin mehr als ein Jahr nach dem Abbruch des Projekts "Repo 2013" beendet habe, vermöge deren Teilnahme an der in der angefochtenen Verfügung festgestellten unzulässigen Wettbewerbsabrede nicht in Frage zu stellen oder zu rechtfertigen. Aus den Beweismitteln gehe klar hervor, dass sich die Beschwerdeführerin und die anderen beteiligten Unternehmen auf eine gemeinsame Rabattpolitik geeinigt, anschliessend eine gemeinsame Konditionenliste für maximale Preisnachlässe sowie minimale Ablieferungspauschalen zur Abgabe der Erstofferte für Neufahrzeuge der Marken des VW-Konzerns vereinbart, zur Umsetzung des abgestimmten Rabattverhaltens die regionalen Stammtische des VPVW durchgeführt und die Präsentation "Projekt Repo 2013" gehalten hätten.

Die Vorabklärung "22-0449: [Q._____ AG] Vertriebsnetz" und die Untersuchung "22-0439: VPVW Stammtische / Projekt Repo 2013" seien voneinander unabhängig. Eine Beurteilung des in der Untersuchung "22-0439 VPVW Stammtische / Projekt Repo 2013" sanktionierten Verhaltens der Beschwerdeführerin und der anderen beteiligten Unternehmen sei auch nicht Gegenstand der Vorabklärung "22-0449: [Q._____ AG] Vertriebsnetz". Im Rahmen dieser Vorabklärung untersuche das Sekretariat der WEKO das Vertriebsnetz und das Verhalten von [Q._____ AG] Import gegenüber deren Handels- und Servicepartnern. Thema der Untersuchung "22-0439. VPVW Stammtische / Projekt Repo 2013" sei hingegen die Vereinbarung einer Konditionenliste über maximale Preisnachlässe und minimale Ablieferungspauschalen zwischen zugelassenen Händlern der Q._____ AG, an welcher sich die Beschwerdeführerin beteiligt habe.

8.3 Art. 4 Abs. 1 KG definiert Wettbewerbsabreden als "rechtlich erzwingbare oder nicht erzwingbare Vereinbarungen sowie aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen von Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufen, die eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken".

8.3.1 Eine Vereinbarung manifestiert sich in einem bewussten und gewollten Zusammenwirken der beteiligten Unternehmen. Ob solches vorliegt, beurteilt sich nach den allgemeinen Regeln über den Vertragsschluss (Art. 1 ff. des Obligationenrechts vom 30. März 1911, OR, SR 220), welche eine - ausdrückliche oder stillschweigende - übereinstimmende gegenseitige Willensäusserung verlangen. Dabei entscheidet der wirkliche Wille der Parteien, nicht aber eine unrichtige Bezeichnung oder Ausdrucksweise (Art. 18 Abs. 1 OR). Rein unilaterale (beabsichtigte) Wettbewerbsbeschränkungen gelten nicht als Abreden. Allerdings kann eine einseitige Erklärung, verbunden mit entsprechender Durchsetzungsmacht, in eine Abrede nach Art. 4 Abs. 1 KG münden, wenn der Adressat den Willen des Erklärenden zu erkennen vermag und sich ihm explizite oder konkludenterweise unterzieht. Vereinbarungen nach Art. 4 Abs. 1 KG gehen über den obligationenrechtlichen, auf Austausch oder Gesellschaft beruhenden Vertrag hinaus, da sie sich auch auf rechtlich nicht erzwingbare Verhältnisse erstrecken (vgl. zum Ganzen: BGE 147 II 72, *Pfizer*, E. 3 und 144 II 246, *Altimum*, E. 6.4.1 sowie Urteil des BVGer B-552/2015 vom 14. November 2017, X. AG gg. WEKO, *Türbeschläge*, E. 4.1, je m.H.; SIMON BANGERTER/BEAT ZIRLICK, in: Roger Zäch et al. (Hrsg.): KG-Kommentar, Zürich / St. Gallen 2018, Art. 4 Abs. 1 N. 19 ff.; MARC AMSTUTZ/BLAISE CARRON/MANI REINERT, in: Vincent Martenet / Pierre Tercier / Christian Bovet (Hrsg.), Droit de la concurrence, Commentaire, 2. A., 2013, Art. 4 Abs. 1 KG N. 1 ff., 21 ff. m.H.).

8.3.2 Für die zweite Tatbestandsvariante des Art. 4 Abs. 1 KG bedarf es einer Abstimmung, eines darauf gestützten Verhaltens sowie eines Kausalzusammenhangs zwischen diesen beiden Elementen. Aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen umfassen zwar keinen auf Konsens gerichteten Austausch von Willensbekundungen, doch erfordern sie eine minimale Kommunikation, eine gegenseitige Fühlungnahme. Dazu fällt nicht nur ein bi- oder multilateraler Informationsaustausch, sondern auch ein einseitiges Informationsverhalten eines Unternehmens in Betracht, wenn davon ausgegangen werden kann, dass Wettbewerber ihr Marktverhalten entsprechend anpassen. Sodann muss die Abstimmung umgesetzt worden sein. Dieser Abstimmungserfolg zeigt sich in der Regel in einem mehr oder weniger sichtbaren, tatsächlichen Marktverhalten. Auch innerbetriebliche Massnahmen können eine Umsetzung belegen. Zwischen Abstimmung und Abstimmungserfolg muss eine Kausalbeziehung vorliegen; ob allenfalls weitere Ursachen bestehen, ist unbeachtlich.

Mit der Aufnahme abgestimmter Verhaltensweisen in den Begriff der Abrede verdeutlichte der Gesetzgeber, dass sich die beteiligten Unternehmen nicht ausdrücklich ins Einvernehmen über ihr Marktverhalten gesetzt haben müssen. Der Begriff der Abrede soll lückenlos alle denkbaren Mittel der Verhaltenskoordination erfassen, welche die praktische Zusammenarbeit an die Stelle des mit Risiken behafteten Wettbewerbs treten lassen.

Aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG beruhen, wie erwähnt, kausal auf einem Mindestmass an Koordination. Letzteres unterscheidet sie vom erlaubten Parallelverhalten, einer legitimen Anpassung an das Handeln anderer Marktteilnehmer (vgl. zum Ganzen BGE 147 II 72, *Pfizer*, E. 3.4 und 129 II 18, *Buchpreisbindung I*, E. 6.3; Urteile des BVGer B-552/2015 vom 14. November 2017, *Türbeschläge*, E. 4.1 und B-8404/2010 vom 23. September 2014, *SFS*, E. 5.3.7, je m.H.; BANGERTER/ZIRLICK, Art. 4 Abs. 1 N. 22 und 53 ff.; AMSTUTZ/CARRON/REINERT, Art. 4 Abs. 1 KG N. 35).

Der Tatbestand der abgestimmten Verhaltensweise ist von der Preisführerschaft sowie von einseitigen Verhaltensweisen, die allenfalls von Art. 7 KG erfasst werden, abzugrenzen; diese Fälle stellen keine Wettbewerbsabreden dar, da das Element der Abstimmung fehlt (ROGER ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, 2. A., 2005, N. 368 f.; vgl. PATRICK L. KRAUSKOPF/OLIVIER SCHALLER, in: Marc Amstutz / Mani Reinert (Hrsg.), Kartellgesetz, Basler Kommentar, 2. A., 2021, Art. 5 N. 65, wonach der Tatbestand einer Abrede gemäss Art. 4 Abs. 1 KG bei Preisführerschaft nicht erfüllt ist; ROLF H. WEBER/STEPHANIE VOLZ, Wettbewerbsrecht - Fachhandbuch Expertenwissen für die Praxis, 2013, N. 2.117). Preisführerschaft, wie sie die Beschwerdeführerin behauptet, kann sich ergeben, wenn ein Unternehmen seinen Preis aufgrund von Effizienzvorteilen so festzulegen vermag, dass die anderen gerade noch kostendeckend verkaufen können. Erhöht das führende Unternehmen den Preis, werden die schwächeren Konkurrenten nachziehen. Sie werden es nicht wagen, ihm mittels tieferer Preise Marktanteile abzunehmen, denn er könnte seine Preise jederzeit wieder senken und den Preiskampf letztlich gewinnen (vgl. ZÄCH, N. 369; BANGERTER/ZIRLICK, Art. 4 Abs. 1 KG N. 67 m.H.; AMSTUTZ/CARRON/REINERT, Art. 4 Abs. 1 KG N. 119; KRAUSKOPF/SCHALLER, Art. 5 KG N. 65).

8.3.3 Beim Bezwecken oder Bewirken einer Wettbewerbsbeschränkung handelt es sich schon dem Wortlaut von Art. 4 Abs. 1 KG nach um alternative Voraussetzungen. Von Bezwecken geht die Rechtsprechung aus, wenn bereits der Gegenstand der Verhaltenskoordination auf Begrenzung oder Ausschaltung eines oder mehrerer relevanter Wettbewerbsparameter abzielt (Urteile des BVGer B-807/2012 vom 25. Juni 2018, *Erne*, E. 9.3.1 m.H.) oder den Wettbewerb potentiell beeinträchtigen kann (vgl. BGE 143 II 297, *Gaba*, E. 5.4.2 und 5.6; Urteil des BVGer B-807/2012 vom 25. Juni 2018, *Erne*, E. 9.3.1 m.H.).

Mit der Variante des Bewirkens bestimmt Art. 4 Abs. 1 KG, dass es für Abreden oder aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen keine besondere subjektive Absicht der Beteiligten braucht. Ebensowenig muss aus dem Inhalt einer Abrede auf einen objektiven Zweck derselben geschlossen werden können. Entscheidend ist vielmehr, in welchem Ausmass der wirksame Wettbewerb durch eine Abrede oder aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen eingeschränkt wird. Es genügt, wenn eine Wirkung am Markt, die auf ein koordiniertes Verhalten der Beteiligten zurückzuführen ist, nachgewiesen werden kann. Die Verhaltenskoordination muss also kausal für die Wettbewerbsbeschränkung sein; diese darf nicht durch äussere Umstände hervorgerufen worden sein (vgl. zum Ganzen BGE 147 II 72, *Pfizer*, E. 3.6).

8.4 Nach Ansicht der Beschwerdeführerin hatte die Selbstanzeigerin nicht nur Preisführerschaft, sondern

auch weitergehend eine führende oder anstiftende Rolle inne. Da jedenfalls Preisführerschaft einer Abrede möglicherweise entgegenstehen könnte, ist die Frage nach einer führenden Stellung der Selbstanzeigerin in diesem Sinne zuerst zu behandeln.

8.4.1 Die Beschwerdeführerin argumentiert, damit ein Unternehmen den Status einer Selbstanzeigerin erlangen könne, dürfe es keine anstiftende oder führende Rolle innehaben. Als Managing Director von [Q._____ AG] Retail habe [...] aber eine solche Rolle eingenommen. Aus mehreren E-Mails werde ersichtlich, dass er die treibende Kraft gewesen sei. Er habe koordiniert und zudem die Empfänger seiner E-Mails wiederholt angestiftet, indem er Schreiben aufgesetzt, Listen verschickt und über seine internen Kommunikationsvorkehrungen informiert habe, was die Empfänger gewissermassen motiviert und unter Druck gesetzt habe, dasselbe zu tun. Von ihm sei der Erstversand einer Konditionenliste per E-Mail ausgegangen, d.h. das tatsächliche Konkretisieren und Ansetzen zum Startschuss. Die Relevanz der Rolle der Q._____ AG zeige sich auch daran, dass die endgültige Konditionenliste überwiegend ihrer unilateral erstellten Liste entsprochen habe.

Weiter sei zu berücksichtigen, dass sich die "unabhängigen" Händler notwendigerweise an den Preisen von [Q._____ AG] Retail orientieren müssten, da sie von der [Q._____ AG] Import, welche bekanntlich zu ein- und demselben Konzern angehöre, abhängig seien, dass die Q._____ AG mithin Preisführerin sei. Dieser Umstand habe die Wirkung der Bemühungen von [Managing Director] auf die anderen Verfahrensbeteiligten verstärkt.

Es entspreche nicht dem Willen des Gesetzgebers, dass der "Grosse" kleine Unternehmen aufgrund seiner Marktmacht zu möglicherweise kartellrechtswidrigen Verhaltensweisen veranlasse und anschliessend über das Bonusprogramm straflos ausgehe. Die ratio legis sei es bestimmt nicht gewesen, dass der Konzern [...], zum dem die Kronzeugin gehöre, in der Folge die Vertragsbeziehungen zu den anderen noch unabhängigen Unternehmen - wie der Beschwerdeführerin - kündige und damit seine eigene Marktmacht stärke.

8.4.2 Nach Auffassung der Vorinstanz lässt sich aus der E-Mail-Korrespondenz zwischen den Parteien nicht schliessen, dass [Managing Director] bzw. die Selbstanzeigerin eine anstiftende oder führende Rolle beim inkriminierten Wettbewerbsverstoss gespielt hätte. Im Gegenteil sei, wie bereits in der angefochtenen Verfügung ausgeführt, ein grosser Teil des Projekts "Repo 2013" von [...] (Geschäftsführer der R._____ AG) vorbereitet und organisiert worden. Die Behauptung der Beschwerdeführerin, dass die Voraussetzungen für einen vollständigen Sanktionserlass nicht erfüllt seien, treffe daher nicht zu.

Die Tatsache, dass die Selbstanzeigerin gleichzeitig in den Bereichen Import und Retail tätig sei, schliesse ein koordiniertes Verhalten zwischen ihren zugelassenen Händlern nicht aus. Die Beschwerdeführerin und die anderen beteiligten Unternehmen, einschliesslich [Q._____ AG] Retail, hätten ein gemeinsames Interesse gehabt, die ihnen vorgeworfene Wettbewerbsabrede zu vereinbaren, da ihnen dadurch ein Vorteil habe zukommen können. Mit der Senkung der Preisnachlässe um 2 % seien Mehreinnahmen von ca. Fr. 75'000.- pro 100 Einheiten vorgesehen gewesen. Herr [R._____ AG] habe sogar von "einer Chance von ca. 24 Mio." gesprochen.

Es sei davon auszugehen, dass die Beschwerdeführerin nicht die Einzige sei, der die Q._____ AG den Händler- bzw. den Servicevertrag gekündigt habe. Die ersten Resultate der entsprechenden Vorabklärung zeigten, dass die in den letzten Jahren von der Q._____ AG ausgesprochenen Kündigungen zu einer geplanten Umstrukturierung ihres Netzes von Handelspartnern gehörten und von dem in der Untersuchung "22-0439: VPVW Stammtische / Projekt Repo 2013" beanstandeten Verhalten unabhängig seien. Die kartellrechtliche Konformität dieser Kündigungen werde im Rahmen der Vorabklärung "22-0449: [Q._____ AG] Vertriebsnetz" geprüft.

8.4.3 Vorab ist das Argument der Beschwerdeführerin, die Selbstanzeigerin habe eine anstiftende oder führende Rolle innegehabt, zu betrachten.

8.4.3.1 Wenn ein an einer unzulässigen Abrede nach Art. 5 Abs. 3 KG beteiligtes Unternehmen an deren Aufdeckung und Beseitigung mitwirkt, kann auf eine Sanktion ganz oder teilweise verzichtet werden (Art. 49a Abs.2 KG). Gemäss Art. 8 Abs. 2 Bst. a SVKG erlässt die WEKO die Sanktion aber (neben weiteren Voraussetzungen) nur, wenn das Unternehmen kein anderes zur Teilnahme am Wettbewerbsverstoss gezwungen und nicht die anstiftende oder führende Rolle bei diesem Verstoss eingenommen hat.

Was als anstiftende Rolle im Sinne von Art. 8 Abs. 2 Bst. a SVKG zu verstehen ist, wird in dieser Verordnung nicht definiert. Art. 24 des Schweizerischen Strafgesetzbuches vom 21. Dezember 1937 (StGB, SR 311.0) lässt sich entnehmen, dass Anstiftung darin besteht, jemanden zu einer Tat zu bestimmen. Kartellrechtlich bedeutet Anstiftung im Wesentlichen, dass ein (oder mehrere) Unternehmen - im Bewusstsein der Kartellrechtswidrigkeit eines bestimmten Verhaltens - allein oder gemeinsam den Entschluss eines (oder mehrerer) anderer Unternehmen weckt / wecken, eine Wettbewerbsbeschränkung zu begehen bzw. sich daran zu beteiligen. Analog zum Strafrecht kommt als Mittel grundsätzlich jedes motivierende Verhalten in Frage (CHRISTOPH TAGMANN/BEAT ZIRLICK, in: Marc Amstutz / Mani Reinert (Hrsg.): Kartellgesetz, Basler Kommentar, 2. A., 2021, Art. 49a N. 76).

8.4.3.2 Art. 8 Abs. 2 Bst. a SVKG setzt voraus, dass die Selbstanzeigerin an einer unzulässigen Wettbewerbsabrede beteiligt war. Sollte sie zu Unrecht als Selbstanzeigerin anerkannt worden sein, wie die Beschwerdeführerin meint, wäre eine Abrede also nicht ausgeschlossen. Fraglich mag nach den Vorbringen der Beschwerdeführerin allenfalls scheinen, ob die Selbstanzeigerin auf eine Weise dominierend wirkte, dass eine Wettbewerbsabrede jedenfalls zwischen ihr und der Beschwerdeführerin gar nicht entstehen konnte.

8.4.3.3 Indizien dafür, dass die Selbstanzeigerin die Beschwerdeführerin zur Teilnahme am angezeigten Wettbewerbsverstoss gezwungen hätte, sind nicht ersichtlich. Auch die Beschwerdeführerin beruft sich nicht

auf eigentlichen Zwang. Ebensowenig lässt sich aber feststellen, dass die Selbstanzeigerin die Beschwerdeführerin zum vorgeworfenen Verhalten speziell motiviert hätte. Die Beschwerdeführerin hätte sich auch ohne Weiteres davon distanzieren können, was sie jedoch nicht tat. Wie die nachfolgenden Erwägungen deutlich machen, vereinbarte sie vielmehr eine Wettbewerbsabrede mit der Selbstanzeigerin und anderen Unternehmen. Von einer anstiftenden oder führenden Rolle der Selbstanzeigerin gegenüber der Beschwerdeführerin in dem Sinne, dass zwischen ihnen keine Abrede hätte zustandekommen können, ist daher nicht auszugehen.

8.4.4 Sodann ist die Frage der Preisführerschaft der Selbstanzeigerin näher zu beleuchten. Wie erwähnt, könnte eine solche Konstellation einer Abrede möglicherweise entgegenstehen.

8.4.4.1 Bei ihrer Protokollaussage vom 4. April 2013 gegenüber den Wettbewerbsbehörden legte die Selbstanzeigerin unter anderem Folgendes dar (Zitat):

> Die Q._____ AG ist autorisierter Importeur für Neufahrzeuge der Volkswagen-Konzernmarken VW PW, VW Nutzfahrzeuge, Audi, SEAT und Skoda in der Schweiz und im Fürstentum Liechtenstein (Geschäftsbereich Q._____ IMPORT). Zudem ist sie auf der Einzelhandelsebene mit eigenen autorisierten Händler- und Werkstatt-Betrieben für die erwähnten Fahrzeugmarken sowie die Volkswagen-Konzernmarke Porsche tätig (Geschäftsbereich Q._____ AG RETAIL).
>
> [...]
>
> Aufgrund der Preisführerschaft der Q._____ AG deckt sich die vereinbarte Konditionenliste weitgehend mit der internen Konditionenliste der Q._____ AG für ihre [...] RETAIL-Betriebe. Die aktuelle Fassung dieser [...]-internen Konditionenliste hat die Q._____ AG am 15. März 2013 an alle [ihre] RETAIL-Betriebe verteilt [...]. Die Verteilung dieser Konditionenliste erfolgt zwar jeweils nur [...] intern. Naturgemäss gelangt die Liste aber bisweilen in die Hände anderer autorisierter Händler, die nicht zu Q._____ AG RETAIL gehören. Dies führt in der Praxis dazu, dass sich das Preisniveau aufgrund des normalen Marktverhaltens der Marktteilnehmer jeweils in einem gewissen Masse angleicht.

In ihrem Begleitschreiben vom 15. März 2013 zur Verteilung der vorstehend erwähnten Konditionenliste an ihre Retailbetriebe hielt die Selbstanzeigerin fest (Zitat):

> Im Januar haben Sie von uns die neue Konditionenliste 2013 erhalten und bereits gibt es eine neue Version davon.
>
> Warum?
>
> Wie Sie alle wissen, haben nun die Marken VW-PW, VW-NF und Skoda ihre Preise ebenfalls repositioniert und dies ist für Q._____ AG RETAIL und den Handel generell die einmalige Gelegenheit (wie wir das bei Audi letztes Jahr nach der Repositionierung erfolgreich gemacht haben), durch ein leicht reduziertes Rabattverhalten unsere Profitabilität nachhaltig zu steigern, denn wir haben es trotz massiven Ergebnisverbesserungen in 2012 (von [...] CHF in 2011 auf [...] CHF in 2012) noch immer dringend nötig, um das erstrebte Ziel, schwarze Zahlen zu erreichen.
>
> Um nicht weiter an Ertragskraft zu verlieren, bitten wir Sie alle dringend, diese neue Liste per sofort anzuwenden und umzusetzen.
>
> Sollten Sie in Ihrer Tätigkeit Offerten von Mitbewerbern sehen oder zugespielt erhalten, welche ggü. unserer Liste erhöhte Rabatte enthalten, bitten wir Sie, diese über ihre Geschäftsführer an die Leiter der Region weiterzuleiten.
>
> [...]
>
> Es gilt nach wie vor der Grundsatz, dass die Geschäftsführer vor Ort in eigener Kompetenz die Konditionen für Service- und Vertriebspartner in ihrem eigenen Verkaufsgebiet festlegen.
>
> [...].

Hierzu bleibt festzuhalten, dass kartellrechtlich nicht relevant ist, was die Selbstanzeigerin gegenüber ihren Retailbetrieben anordnete. Konzerninterne Absprachen fallen nicht in den Anwendungsbereich des KG (vgl. Urteile des BVGer B-3962/2013 vom 30 Oktober 2019, *Diffulivre*, E. 6.1, B-831/2011 vom 18. Dezember 2018, *SIX*, E. 51 und B-581/2012 vom 16. September 2016, *Nikon*, E. 4.1.5, zu Art. 2 Abs. 1bis KG). Das Konzernprivileg erlaubt Massnahmen im Innenverhältnis, jedoch keine Disziplinierung unabhängiger Händler (vgl. zum Konzernprivileg die Urteile des BGer 2C_43/2020 vom 21. Dezember 2021, *Dargaud*, E. 7.2 f. m.H., sowie des BVGer B-581/2012 vom 16. September 2016, *Nikon*, E. 7.2.3).

8.4.4.2 Laut Anhörungsprotokoll der Vorinstanz vom 7. September 2015 erklärte der Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin, KMU-Garagen hätten von Anfang an keine Chance, im Grossflottenbereich tätig zu sein. Diesen lukrativen Markt habe sich [Q._____ AG] selbst vorbehalten. Für Unternehmen wie die Beschwerdeführerin bleibe das sog. Kleinflottengeschäft übrig. Zur Erstellung entsprechender Offerten habe die Beschwerdeführerin Preislisten von [Q._____ AG]. Entweder orientiere sie sich daran und erhalte eine Rückvergütung für den Vertragsschluss oder sie offeriere tiefer und verliere die Rückvergütung des Importeurs, der einen Anteil von [...] % am Retailmarkt habe.

Weiter argumentiert die Beschwerdeführerin, aufgrund des hohen Marktanteils verfüge die Selbstanzeigerin nicht nur über eine grosse Macht und ein flächendeckendes Vertriebsnetz, sondern auch über Grössen- und Verbundvorteile, welche die von ihr unabhängigen zugelassenen Händler der VW-Marken nicht nutzen könnten. Die Struktur und die Abhängigkeiten im Markt für den Verkauf der von der Selbstanzeigerin importierten Fahrzeugmarken deuteten ebenfalls auf Preisführerschaft hin. Die Selbstanzeigerin sei vertikal integriert. Die Beschwerdeführerin und die übrigen Verfügungsadressatinnen seien Konkurrentinnen von [Q._____ AG] Retail. Diese gehöre zur Selbstanzeigerin, ebenso wie die [Q._____ AG] Import, welche alle zugelassenen Händler (sowohl unabhängige, wie die Verfügungsadressatinnen, als auch [Q._____ AG]-Retail-Betriebe) beliefere. Folglich sei die Selbstanzeigerin zugleich Kon-

kurrentin und Lieferantin, was eine Abhängigkeit der zugelassenen Händler von ihrer grössten Konkurrentin bedeute. Durch die vertikale Integration der Selbstanzeigerin verfügten deren eigene Retailbetriebe hinsichtlich der Entwicklung der Modellpalette, der Einführung von Sondermodellen etc. über privilegierte Bezugskonditionen und einen grossen Informationsvorsprung gegenüber den unabhängigen zugelassenen Händlern. Dies erlaube es der Selbstanzeigerin, im Intrabrand-Wettbewerb eine führende Rolle zu übernehmen.

8.4.4.3 Unter der Überschrift "Vorbringen der Verfahrensparteien" stellte die WEKO in Ziff. 71 der Sanktionsverfügung vom 19. Oktober 2015 zum Thema "Preisführerschaft" fest, die Untersuchungsadressatinnen machten geltend, die Selbstanzeigerin habe eine führende Rolle bei der allfälligen Absprache gespielt, da sie hohe Marktanteile besitze und ihr ausserdem die Preisführerschaft zukomme. Insbesondere machten diese Parteien geltend, dass die Selbstanzeigerin [...] % des Verkaufs von Neuwagen der Marken des VW-Konzerns kontrolliere und ihre interne Konditionenliste mit der angeblich vereinbarten übereinstimme.

Die WEKO würdigte dieses Vorbringen in Ziff. 86 der angefochtenen Verfügung mit den Worten, die Tatsache, dass die Selbstanzeigerin möglicherweise über hohe Marktanteile und die Preisführerschaft verfüge, könne nicht ohne Weiteres mit einer führenden Rolle beim vorgeworfenen Verhalten gleichgesetzt werden. In Bezug auf den untersuchten Sachverhalt bestünden keine Hinweise auf eine anstiftende oder eine führende Rolle der Selbstanzeigerin. Es gelte im Gegenteil darauf hinzuweisen, dass ein grosser Teil des Projekts "Repo 2013" von der [R._____ AG] vorbereitet und organisiert worden sei. So habe Herr [R._____ AG] die Diskussion während der VW PW MVR-Tagung und die Idee des Projekts "Repo 2013" für die anderen Teilnehmer zusammengefasst, diese angehalten, sich zu engagieren und mitzuziehen und ihnen die Terminvorschläge für die gemeinsame Besprechung (unter anderem auch den 6. Februar 2013) unterbreitet. Herr [R._____ AG] habe ausserdem vorgeschlagen, weitere wichtige Händler zur Teilnahme am Projekt "Repo 2013" einzuladen. Er habe auch dafür gesorgt, Herrn [...] (Direktor der X._____ AG), der am Treffen vom 6. Februar 2013 abwesend gewesen sei, zu informieren. Herr [R._____ AG] sei ausserdem der Autor der Präsentation, was ihn als wichtigen Urheber des Projekts "Repo 2013" auszeichne.

Sodann erwog die WEKO in Ziff. 230 f. ihrer Sanktionsverfügung, zwischen einer kollektiven, bewussten und gewollten Aktion von verschiedenen Unternehmen für das Bezwecken oder Bewirken einer Wettbewerbsbeschränkung (Wettbewerbsabrede) und einer reinen Orientierung der kleinen Konkurrenten an den Vorgaben des Preisführers bestehe ein entscheidender Unterschied. Bei ihrer Anhörung sei die Selbstanzeigerin mit dem Vorwurf der Preisführerschaft konfrontiert worden. Gemäss ihrer Aussage orientierten sich ihre zugelassenen Händler, die sog. freien Vertragspartner, aufgrund der starken Präsenz der Retailbetriebe der Selbstanzeigerin in gewissen Regionen der Schweiz an deren Konditionen oder Angeboten. Wörtlich lautet die entsprechende Aussage des Leiters "Dealer Operations" der Selbstanzeigerin zur Preisführerschaft (Zitat):

> In diesem Zusammenhang gemeint ist, dass die [Q._____ AG] Retail als Organisation in gewissen Regionen der Schweiz sehr stark vertreten ist und somit andere freie Vertragspartner sich an den Konditionen oder Angeboten der [Q._____ AG] Retail orientieren. Wenn ein grosser Betrieb wie die [Q._____ AG] Retail am Markt agiert, ist es früher oder später offensichtlich, wo das Rabattverhalten ist, was auch einem kleineren Partner ermöglicht, sich am Verhalten der [Q._____ AG] Retail zu orientieren.

Zusammenfassend erwog die WEKO in Ziff. 233 ihrer Sanktionsverfügung, die Tatsache, dass die Selbstanzeigerin möglicherweise über Preisführerschaft verfüge, könne nicht mit dem Ausschluss einer Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG beim vorgeworfenen Verhalten gleichgesetzt werden. Aus dem Beweismaterial gehe klar hervor, dass die Parteien und die Selbstanzeigerin die einzelnen Konditionen, d.h. Preisnachlässe und Ablieferungspauschalen, gemeinsam abgestimmt und sich nicht einfach an den Konditionen oder Angeboten von [Q._____ AG] Retail orientiert hätten.

8.4.4.4 Die Formulierung, bei ihrer Anhörung sei die Selbstanzeigerin mit dem Vorwurf der Preisführerschaft konfrontiert worden, erscheint unglücklich, denn sie vermag die tatsächlichen Ereignisse in ein falsches Licht zu rücken. Unerwähnt blieb in den vorinstanzlichen Erwägungen nämlich, dass sich die Selbstanzeigerin schon in ihrer Protokollaussage vom 4. April 2013 ausdrücklich als Preisführerin charakterisiert hatte. Auch die oben (E. 8.4.4.1 a.E.) aus dem Begleitschreiben vom 15. März 2013 zitierte Passage, grundsätzlich würden die Geschäftsführer vor Ort in eigener Kompetenz die Konditionen für Service- und Vertriebspartner in ihrem Verkaufsgebiet festlegen, könnte auf Preisführerschaft der Selbstanzeigerin hindeuten. Solche schloss die WEKO in ihrer Sanktionsverfügung (vgl. Ziff. 233) denn auch nicht aus, beleuchtete die Problematik allerdings nicht näher, weil jedenfalls eine Abrede vorliege.

8.4.4.5 Mit E-Mail vom 5. März 2013 an [R._____ AG], [...] (Geschäftsleiter der Y._____ AG), [X._____ AG] und [...] (Geschäftsführer der Z._____ AG) äusserte sich [Q._____ AG] betreffend "Konditionenliste nach unserem Meeting vom 6. Februar in [...]" folgendermassen (auszugsweise zitiert):

> Wenn ich mir nun die Konditionen anschaue, dann haben wir bei den Detail-Kunden beim Polo von [...] % auf [...] % korrigiert und beim Golf von [...] % auf [...] %. Ich habe dabei ganz ehrlich Bedenken, dass wir das umgesetzt kriegen (insbesondere bei mir) da der Rabattunterschied - und die Polos, Golfs Einstiegsmodelle eben nicht günstiger werden - evtl. zu gross ist und wir ggü. Kunde Argumentationsnotstand haben werden.

Ich habe mich deshalb gefragt, ob wir die Konditionen Detail nicht auf [...] % anheben, so dass es leichter umsetzbar wird.

Hätte die Selbstanzeigerin im betreffenden Zeitraum tatsächlich als Preisführerin agiert, so hätte sie keine

Veranlassung gehabt, sich bei (kleineren) Konkurrenzunternehmen zu erkundigen, ob sie mit bestimmten (Mindest-) Rabatten einverstanden wären. Vor allen Dingen hätte sie sich der von ihrer eigenen Präferenz abweichenden Meinung dieser Unternehmen kaum angeschlossen, wenn sie allfällige Preisführerschaft effektiv hätte ausspielen können. Vielmehr hätte sie sich dann einfach auf ihre Preissetzungsmacht verlassen, ohne sich mit der Konkurrenz abzusprechen. Umgekehrt wären die übrigen Beteiligten, darunter die Beschwerdeführerin, nicht in der Position gewesen, mit der Selbstanzeigerin über Verkaufskonditionen zu verhandeln, wenn sie sich im Rahmen des inkriminierten Sachverhalts mit Preisführerschaft konfrontiert gesehen hätten. Gerade die oben zitierte Äusserung zeichnet daher das Bild gleichgestellter Verhandlungspartner. Unter diesen Umständen bedarf es im vorliegenden Zusammenhang keiner näheren Abklärungen zur Frage eventueller Preisführerschaft der Selbstanzeigerin.

8.4.4.6 Mit Blick auf vertikale Verhältnisse bleibt zu beachten, dass Vereinbarungen oder abgestimmte Verhaltensweisen nicht durch ein "Preisdiktat" der Hersteller ausgeschlossen werden; massgebend ist allein, ob die Beteiligten auf der gleichen Marktstufe eine Abrede getroffen haben, die Preise in bestimmter Höhe festzusetzen (Urteil des BGer 2C_1016/2014 vom 9. Oktober 2017, Eidgenössisches Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung gg. Siegenia-Aubi AG, WEKO, E. 3.2).

8.4.4.7 Mitte Juni 2014, kurz nach ihrer Entlassung aus der Untersuchung, kündigte die Selbstanzeigerin Händler- und Serviceverträge, namentlich gegenüber der Beschwerdeführerin. Laut eigener Darstellung war die Beschwerdeführerin bis dahin als zugelassene Markengarage von der Selbstanzeigerin abhängig gewesen und hatte ihre Geschäftsbeziehungen sowie Investitionspläne auf eine Zukunft mit [Q._____ AG] Import als Geschäftspartnerin ausgerichtet.

Die Vorinstanz ging davon aus, dass die Selbstanzeigerin Händler- bzw. Serviceverträge auch gegenüber anderen Partnern kündigte, und sie liess die kartellrechtliche Konformität dieser Kündigungen in der Vorabklärung "22-0449: [Q._____ AG] Vertriebsnetz" prüfen. Diesbezüglich wurde in [...] Folgendes ausgeführt (Zitat):

> In einer Vorabklärung untersuchte das Sekretariat, ob Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung durch die Q._____ AG bestehen. Verschiedene Händler und Werkstätten der Marken des Volkswagen-Konzerns hatten Anzeige erstattet, weil die Q._____ AG versuche, durch willkürliche und diskriminierende Massnahmen gegenüber ihren Handelspartnern ihre [...] Retail-Betriebe besserzustellen und deren Position auf dem Detailhandelsmarkt zu stärken.

Mit Schlussbericht vom 1. Mai 2018 folgerte das Sekretariat, es bestünden Anhaltspunkte für unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen im Sinne von Art. 5 Abs. 1 und Art. 7 KG, die zur Eröffnung einer Untersuchung gemäss Art. 27 KG führen könnten. Bezüglich der Märkte für den Vertrieb neuer Kraftfahrzeuge sei davon auszugehen, dass die [Q._____ AG] nicht über eine marktbeherrschende Stellung verfüge.

Zwecks Beseitigung der fraglichen Umstände regte das Sekretariat gestützt auf Art. 26 Abs. 2 KG verschiedene Massnahmen hinsichtlich Preisgestaltung und Geschäftsbedingungen betreffend den Vertrieb neuer Kraftfahrzeuge sowie bezüglich Kundendaten, Berichterstattung und Informationssystem an und hielt fest, die Wettbewerbsbehörden verzichteten aus Gründen der Verhältnismässigkeit vorläufig auf die Eröffnung einer Untersuchung nach Art. 27 KG, sofern die [Q._____ AG] die Massnahmen umsetze (vgl. Schlussbericht des Sekretariats der WEKO vom 1. Mai 2018 in Sachen Vorabklärung gemäss Art. 26 KG betreffend 22-0449, [Q._____ AG] Vertriebsnetz, wegen allenfalls unzulässiger Wettbewerbsbeschränkungen gemäss Art. 5 und 7 KG).

Für das vorliegende Beschwerdeverfahren B-7834/2015 sind die Erkenntnisse dieser Vorabklärung nicht entscheidend, zumal das inkriminierte Verhalten früher stattfand und im Lichte auch der nachfolgenden Erwägungen als eigenständige Aktion bestimmter Händler unter Beteiligung von [Q._____ AG] Retail hinsichtlich des Verkaufs neuer Fahrzeuge erscheint.

8.5 In Ziff. 228 der angefochtenen Verfügung wurde eine Abrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG konstatiert (Zitat):

> Durch die Erstellung einer einheitlichen Konditionenliste für maximale Preisnachlässe und minimale Ablieferungspauschalen für Neufahrzeuge der Marken des VW-Konzerns (A. 3.3) haben die Parteien und die [Selbstanzeigerin] eine gemeinsame Rabattpolitik vereinbart. Um die Umsetzung des abgestimmten Rabattverhaltens durch eine möglichst grosse Zahl autorisierter Händler der Marken des VW-Konzerns in der Schweiz sicherzustellen, haben die Parteien und die [Selbstanzeigerin] zudem gemeinsam die Durchführung regionaler Stammtische im Rahmen des VPVW geplant und durchgeführt. Während dieser Anlässe wurde die vereinbarte Rabattpolitik den Teilnehmern mittels einer Präsentation mitgeteilt (A. 3.4). Aufgrund der vorliegenden Korrespondenz betreffend das "Projekt Repo 2013", des Inhalts der vereinbarten Konditionenliste sowie der von ihnen gehaltenen Präsentation ist festzuhalten, dass die betroffenen Unternehmen eine Vereinbarung i.S.v. Art. 4 Abs. 1 KG über die gemeinsame indirekte Festsetzung des Verkaufspreises respektive einen Verzicht auf abweichende Konkurrenzangebote getroffen haben.

8.6 Hintergrund der strittigen Wettbewerbsabrede ist, dass die [Q._____ AG] Import per 1. März 2013 die Listenpreise für VW-Personenwagen, VW-Nutzfahrzeuge und Skoda um durchschnittlich 13 %, per 1. April 2013 diejenigen für Seat um durchschnittlich 14,5 % reduzierte. Mit dieser sog. Preisrepositionierung ("Repo") sollten namentlich die zuvor eingeräumten Währungsrabatte ersetzt werden. Im Hinblick darauf unterhielten sich [Q._____ AG], [R._____ AG] und [Y._____ AG] an einer Tagung der Markenverantwortlichen für VW-Personenwagen vom 10. und 11. Januar 2013 über die Preisnachlässe der Fahrzeughändler.

8.6.1 Am 22. Januar 2013 informierte [R._____ AG] die Vorstandsmitglieder des VPVW, darunter [X._____ AG], wie folgt (E-Mail auszugsweise zitiert):

> Wir haben ja anlässlich der letzten MVR Tagung in [...] das Thema besprochen, in welcher Form wir uns auf die Repo von VW PW bzw. auch von Seat und Skoda vorbereiten möchten. Es steht in der Diskussion, dass wir unsere Nachlässe um -2 % reduzieren möchten.
>
> [...]
>
> Zudem sprechen wir von einer "Chance" von ca. 24 Mio.

Am 23. Januar 2013 schrieb [Q._____ AG] per E-Mail an [Y._____ AG] (mit Kopie an [R._____ AG]), was folgt (Zitat):

> [...]
>
> Wir haben ja unsere Liste vorerst genauso belassen wie 2012. Was wir aber unbedingt tun müssen, ist dass wir zusammensitzen und eine gemeinsame Liste erstellen, die wir dann wiederum in den regionalen Meetings besprechen können.
>
> Wie [R._____ AG] schon gesagt hat, ist die Herausforderung die konsequente Umsetzung des Rabattverhaltens und vor allem die KONTROLLE dazu und hier müssen wir uns was überlegen (und auch darüber nachdenken, was wir tun, wenn wir "Verfehlungen" feststellen).
>
> Deshalb unterstütze ich eine Meeting mit den von [R._____ AG] vorgeschlagenen Teilnehmern, wo wir dies alles klären und die Kommunikation in die Händlerregionen organisieren, denn wir müssen alle dasselbe sagen und sicherstellen.

In einem E-Mail vom 24. Januar 2013 an [Y._____ AG] (mit Kopie an Q._____ AG) führte [R._____ AG] unter anderem Folgendes aus (Zitat):

> Hoi [...] und [...]
>
> [...] Ich denke, dass es nicht so wichtig ist was bei den einzelnen Beträgen geschrieben wird sondern das erste Ziel wäre, dass wirklich alle Offerten bei allen Händlern separiert dargestellt werden und selbstverständlich auch ohne grosse Vermischung mit dem Eintauschpreis.
>
> [...] Aber mit diesem Restrisiko der Überzahlung des Eintausches müssen wir leben können.
>
> [...]
>
> Was wir bei dieser Gelegenheit auch ansprechen müssen ist die Ablieferungspauschale. [...] Also eine um Fr. 100.- höhere Abl.p. ergibt pro 100NW bekanntlich + Fr. 10'000.- in der Kasse !!
>
> Ich habe noch kurz mit [X._____ AG] und [Z._____ AG] sprechen können. Wie auch in den Antwortmails bestätigt, sind auch diese beiden Parteien einverstanden mitzuziehen und sich auch zu engagieren.
>
> [...]

Am 6. Februar 2013 übermittelte [Q._____ AG] [R._____ AG], [Z._____ AG] und [Y._____ AG] in einem E-Mail unter der Überschrift "Konditionenlisten Audi und restliche Marken nach Repo" zwei vom 6. Februar 2013 datierende Tabellen mit dem Logo von [Q._____ AG] Retail, welche Ablieferungspauschalen sowie prozentuale Rabatte für die verschiedenen Modelle ausweisen und die Titel "Verkaufskonditionen Endkunden Neufahrzeuge 2013 (verbindliche Weisung) - generell zu überprüfen je nach Umfang / Höhe der Repo, ersetzt die Liste vom 18. Februar 2012, gültig ab Juni 2013, Anpassung Repo VW, Skoda, Seat" bzw. "Verkaufskonditionen Endkunden Neufahrzeuge 2013 (verbindliche Weisung), ersetzt die Liste vom 19. Januar 2012, gültig ab 18. Februar 2013 (Anpassung Audi)" tragen.

Ebenfalls am 6. Februar 2013 trafen sich [Q._____ AG], [R._____ AG], [Y._____ AG] und [Z._____ AG] zu einer Besprechung in [...].

Am 4. März 2013 sandte [Q._____ AG] zwei Tabellen per E-Mail an [R._____ AG], [Y._____ AG], [X._____ AG] und [Z._____ AG]. Begleitend hielt er fest (Zitat):

> Beiliegend wie heute morgen vereinbart die am 6. Feb. vereinbarte Konditionenliste für die Stammtische bzg. Rabattverhalten nach Repo.
>
> [eingefügtes Dokument mit den Verkaufskonditionen für VW, Skoda und Seat per 1. März 2013]
>
> Zum Vergleich noch die Tabelle von [...], die er auf der Basis der obigen Liste dann für sich selbst erstellt hat.
>
> [Tabelle]
>
> Eine Frage gibt es allerdings noch, denn in der neuen Konditionenliste sind wir auch bei Seat von einer Repo ausgegangen, die es jetzt ja (noch) nicht gibt: Frage: Sollten wir trotzdem die reduzierten Nachlässe bei Seat verwenden oder möchtet ihr die alten Sätze, die zwischen [...] % höher waren in der Liste? Bitte mir Bescheid geben - ich würde dann die Liste nochmals für Seat anpassen.

In einem E-Mail vom 5. März 2013 (10.35 h; Betreff: "Konditionentabelle nach unserem Meeting vom 6. Februar in [...]") an [R._____ AG], [Y._____ AG], [X._____ AG] und [Z._____ AG] schrieb [Q._____ AG] unter anderem Folgendes (auszugsweise zitiert):

> [...]
>
> Wenn ich mir nun die Konditionen anschaue, dann haben wir bei den Detail-Kunden beim Polo von [...] % auf [...] % korrigiert und beim Golf von [...] % auf [...] %. Ich habe dabei ganz ehrlich Bedenken, dass wir das umgesetzt kriegen (insbesondere bei mir), da der Rabattunterschied - und die Polos, Golf Einstiegsmodelle eben nicht günstiger werden - evtl. zu gross ist und wir ggü. Kunde Argumentationsnotstand haben werden.
>
> Ich habe mich deshalb gefragt, ob wir die Konditionen Detail nicht auf [...] % anheben, so dass es leichter umsetzbar wird.

Gleichentags (18.14 h) erklärte [R._____ AG] gegenüber [Q._____ AG] (mit Kopie an [Z._____ AG],

[X._____ AG] und Y._____ AG) per E-Mail, was folgt (Zitat):

> Guten Abend miteinander
>
> Auch ich würde es begrüssen, wenn wir an diesen [...] % festhalten könnten. Denn auch andere Modelle bei anderen Marken sind betroffen und somit kämen dann auch diese Verkäufer auf die Idee, die Konditionen zu heben. Es ist uns sicher allen bewusst, dass die Ausgangslage der Einpreisung nicht bei allen Modellen optimal ist, aber auch bei Audi hatte es Modelle, welche teurer wurden. Der Vorteil ist sicher, dass der Import mächtig Werbung macht mit dem Wort "Volkspreisen" und zudem werden wir gegenüber der Audi Repo alle Händler informieren können.
>
> Wichtig ist sicher, dass wir uns engmaschig über die Erfahrungen an der Front und deren Volumenentwicklung updaten. Ich denke, schon nach 3 Monaten müssen wir darüber sprechen. Korrigieren können wir immer noch.
>
> [...]

Um 19.11 Uhr desselben Tages antwortete [Q._____ AG] [R._____ AG] (mit Kopie an [Z._____ AG], [X._____ AG] und [Y._____ AG]) per E-Mail wie folgt (Zitat):

> Ok. Wollte Euch halt nochmals fragen. Wir werden es auch so umsetzen. Danke für Euren Feedback.

Drei Minuten später hielt [Z._____ AG] in einem E-Mail an [Q._____ AG] (mit Kopie an [R._____ AG], [X._____ AG] und [Y._____ AG] fest (Zitat):

> Guten Abend zusammen
>
> Nun gut, wir werden dies auch so umsetzen.
>
> Wichtig wird sein, dass auch die kleineren Betriebe die Spielregeln einhalten.

Nach ergänzender Korrespondenz betreffend den Umsetzungszeitpunkt erklärte [Z._____ AG] in einem E-Mail vom 6. März 2013 an [R._____ AG] (mit Kopie an [Y._____ AG], [Q._____ AG] und [X._____ AG]) Folgendes (Zitat):

> Geschätzte Kollegen. Für mich war seit gestern klar, dass nachdem der letzte Stammtisch (bei uns wird es wahrscheinlich auch die letzte Woche März sein, da wir für die Gebietsgrösse zwei Stammtische durchführen müssen) durch ist, die Liste aktiv wird. [...]

Am 26. März 2013 sandte [Z._____ AG] [R._____ AG] ein E-Mail (mit Kopie an [Q._____ AG], [...] und [X._____ AG]), worin er unter anderem Folgendes festhielt (Zitat):

> Geschätzte Händlerkollegen
>
> Auch wir in [...] haben die beiden Stammtische ([...] heute Morgen und heute Nachmittag in [...]) durchgeführt.
>
> Analog wie bei Euch positive Einstellung mit einem Schuss "Bedenken", aber wir wollen es alle versuchen.
>
> Hinzu kommt, wenn der Verkäufer 2 % weniger Marge geben muss, bleibt auch bei ihm was mehr "hängen".
>
> [...]

8.6.2 Im Rahmen der Anhörung durch Vorinstanz vom 7. September 2015 sagte [Z._____ AG] unter Bezugnahme auf die von ihm erwähnten "Spielregeln" sowie die in den oben zitierten E-Mails genannten Prozentzahlen aus, seinem Verständnis nach hätten sie über Kalkulationshilfen und über nichts anderes gesprochen. Gleichzeitig gab er zu bedenken, es sei um Erstofferten gegangen, gestützt auf welche über den Preis verhandelt werde, wobei auch die Bewertung eines Eintauschfahrzeugs zu berücksichtigen sei. Jeder Betrieb entscheide selbst, wieviel er bezahlen wolle. Er hätte auch 1 oder 5 % schreiben können; die Kalkulationshilfe mache jeder selber. Im Flottengeschäft, das [...] % ausmache, sei die diskutierte Offertdarstellung erforderlich, um eine Rückvergütung von [Q._____ AG] zu erhalten. Gegenüber Privatkunden diene sie der Transparenz.

Zu seiner Äusserung "Nun gut, wir werden dies auch so umsetzen", erklärte [Z._____ AG], er verstehe sie nicht im Sinne von Maximalrabatten. Sie hätten die IT-Systeme von [Q._____ AG]. Sie müssten das hinterlegen, und es ändere sich immer wieder. Bei [...] Garagen und [...] Fahrzeugen, welche in der Schweiz verkauft würden, sei es unmöglich, Maximalrabatte zu vereinbaren, sonst könne man angesichts der Konkurrenz keine Fahrzeuge mehr verkaufen.

Ergänzend hielt der Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin fest, das Grossflottengeschäft habe sich die [Q._____ AG] selbst vorbehalten. Was für Unternehmen wie die Beschwerdeführerin übrig bleibe, sei das Kleinflottengeschäft. Für dieses habe die Beschwerdeführerin Preislisten von [Q._____ AG]. Er spreche dabei von einem Marktanteil zwischen [...] und [...] %. Der Verkäufer habe zwei Möglichkeiten: Entweder halte er sich an die [Q._____ AG]-Preislisten und bekomme eine Rückvergütung für den Vertragsschluss oder er biete einen tieferen Preis und verliere die Rückvergütung seines Importeurs, der gleichzeitig einen Anteil von [...] % am Retailmarkt habe.

Bei seiner Einvernahme durch das Sekretariat vom 2. Juli 2013 hatte [Z._____ AG] erklärt, der VPVW spreche mit dem Importeur [Q._____ AG] über Administratives und das Händlernetz, nicht aber über die Rabattpolitik. Diese müsse jeder individuell für sich festlegen, weil man anders im Markt gar nicht bestehen könne.

8.7 Die Äusserung von [Z._____ AG] vom 5. März 2013, "sie" würden "dies auch so umsetzen", erstreckt sich auf das in der vorangegangenen E-Mail-Korrespondenz Besprochene. Einerseits bezieht sie sich auf eine Herabsetzung der Rabatte um 2 %, was sich auch in seiner Bemerkung vom 26. März 2013, "wenn der Verkäufer 2 % weniger Marge geben muss", widerspiegelt. Andererseits zielt sie auf die Ablieferungspauschalen, bilden diese doch ebenfalls Bestandteil der Diskussion und der der Beschwerdeführerin übermittelten Konditionenliste, welche gemäss E-Mail von [Q._____ AG] vom 4. März 2013 am 6. Februar 2013

vereinbart worden war. In einem E-Mail vom 6. März 2013 hielt [Z._____ AG] denn auch fest, die Liste werde nach dem letzten Stammtisch "aktiv". Vor diesem Hintergrund erscheint die Aussage, er hätte auch 1 oder 5 % schreiben können, wenig glaubwürdig, denn dann wären in der Konditionenliste nicht spezifische Zahlen, sondern Bandbreiten festgelegt worden. Ohne maximale Rabatte und minimale Ablieferungspauschalen hätte allerdings kaum gewährleistet werden können, dass "der Verkäufer 2 % weniger Marge geben muss".

Wenn jeder die Rabattpolitik für sich selber festlegen muss, wie [Z._____ AG] anlässlich seiner Einvernahme erklärte: Weshalb sollten sich dann auch die kleineren Betriebe an "die Spielregeln" halten und Verkäufer 2 % weniger Marge geben müssen, wie er in seinen E-Mails darlegte? Unter Berücksichtigung des Verlaufs der zitierten E-Mail-Korrespondenz bezieht sich das Wort "Spielregeln" auf Rabatte sowie Ablieferungspauschalen und damit letztlich auf die Preisgestaltung.

Im Kontext der dargestellten Korrespondenz lassen sich die Ausführungen von [Z._____ AG] nur dahingehend verstehen, dass sich die Beschwerdeführerin mit den übrigen Beteiligten auf zahlenmässig bestimmte maximale Rabatte und minimale Ablieferungspauschalen, wie sie in der betreffenden Liste festgesetzt worden waren, einigte. Wäre es um eine blosse Vereinheitlichung der Offertdarstellung gegangen, hätten keine ziffernmässig (für jeden einzelnen Fahrzeugtyp) genau bestimmten maximalen Rabatte und minimalen Ablieferungspauschalen festgesetzt werden müssen.

Die oben wiedergegebene Diskussion erweckt nicht den Eindruck, dass die Beschwerdeführerin der Konditionenliste nicht aus freien Stücken zugestimmt hätte. Jedenfalls versuchte sie nicht, die Anderen von einer Harmonisierung der Rabatte und Ablieferungspauschalen abzubringen oder sich von diesem Vorhaben zu distanzieren. Vielmehr betonte [Z._____ AG] selber die Bedeutung der Einhaltung der "Spielregeln" auch durch die kleineren Betriebe. Obwohl die Beschwerdeführerin an der Diskussion über Rabattsenkungen und minimale Ablieferungspauschalen nicht ganz von Beginn weg beteiligt war, gab sie in der Folge doch deutlich zu verstehen, dass sie mit den Konditionen gemäss Liste einverstanden war und diese umzusetzen beabsichtigte.

Wenn es ferner, wie [Z._____ AG] aussagte, "bei [...] Garagen und [...] Fahrzeugen, welche in der Schweiz verkauft" wurden, unmöglich erschienen wäre, Maximalrabatte zu vereinbaren, hätte er kaum erklärt, die Liste werde aktiv, nachdem der letzte Stammtisch durch sei, und es werde wichtig sein, dass auch die kleineren Betriebe die Spielregeln einhielten.

Folglich traf [...] seitens der Beschwerdeführerin mit den an der oben wiedergegebenen Korrespondenz Beteiligten eine Vereinbarung, sich an bestimmte, pro Fahrzeugtyp festgelegte maximale Rabatte und minimale Ablieferungspauschalen halten zu wollen. Diese Rabatte und Ablieferungspauschalen sollten die Margen der Händler durch Erhöhung der tatsächlichen Verkaufspreise für Neufahrzeuge vergrössern. Sie dienten also der Beeinflussung eines Wettbewerbsparameters, denn sie waren dazu bestimmt, die Gestaltung der Neuwagenpreise durch eine Vielzahl von Händlern zu vereinheitlichen. Mithin wurde eine Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG bezweckt.

Dass die Rabatte und Ablieferungspauschalen "nur" für Erstofferten vereinbart waren und bisweilen noch ein individuell zu bewertendes Eintauschfahrzeug an Zahlung genommen worden sein dürfte, vermag am Zweck der (horizontalen) Abrede nichts zu ändern. Auch unter Berücksichtigung dieser Umstände bleibt das Bestreben der Beteiligten festzustellen, gemeinsam die Preise anzuheben und so den Wettbewerb zu beschränken. Erklärtes Ziel der Vereinbarung war schliesslich die Steigerung der Margen der Händler, und diese sollte durch harmonisierte tiefere Rabatte sowie höhere Ablieferungspauschalen, also auf Kosten der Kunden, herbeigeführt werden. Erinnert sei in diesem Zusammenhang an die folgenden Äusserungen von [Z._____ AG] (E-Mail vom 26. März 2013, auszugsweise zitiert):

> Geschätzte Händlerkollegen
>
> Auch wir in [...] haben die beiden Stammtische ([...] heute Morgen und heute Nachmittag in [...]) durchgeführt.
>
> Analog wie bei Euch positive Einstellung mit einem Schuss "Bedenken", aber wir wollen es alle versuchen.
>
> Hinzu kommt, wenn der Verkäufer 2 % weniger Marge geben muss, bleibt auch bei ihm was mehr "hängen".
>
> Ich muss nachträglich bei 3 Betrieben separat ein Gespräch führen, da diese nicht anwesend waren.
>
> [...]
>
> PS. Präsentation: Schade, dass es Betriebe gibt, die es nicht [verstehen] um was es wirklich geht. Es geht um unsere eigene Zukunft und nicht die des Importeurs!

8.8 Eine (reine) Kalkulationshilfe liegt sodann nicht vor. Gemäss Art. 2 der Bekanntmachung der WEKO betreffend die Voraussetzungen für die kartellgesetzliche Zulässigkeit von Abreden über die Verwendung von Kalkulationshilfen (Beschluss der WEKO vom 4. Mai 1998; Fassung vom 30. März 2021) sind Kalkulationshilfen standardisierte, in allgemeiner Form abgefasste Hinweise und rechnerische Grundlagen, welche den Anwendern erlauben, die Kosten von Produkten oder der Erbringung von Dienstleistungen im Hinblick auf die Preisbestimmung zu berechnen oder zu schätzen (vgl. dazu auch BEAT ZIRLICK/SIMON BANGERTER, in: Roger Zäch et al. (Hrsg.): KG Kommentar, 2018, Art. 5 N. 403; ANDREA GRABER CARDINAUX/ANDREAS MASCHEMER, in: Roger Zäch et al. (Hrsg.): KG Kommentar, 2018, Art. 6 N. 117 ff.; JEAN-MARC REYMOND, in: Vincent Martenet / Pierre Tercier / Christian Bovet (Hrsg.), Droit de la concurrence, Commentaire, 2. A., 2013, Art. 6 KG N. 96 ff.; AMSTUTZ/CARRON/REINERT, Art. 5 KG N. 442).

Die Vereinbarung maximaler Rabatte und minimaler Ablieferungspauschalen bezweckte eine Steigerung des Ertrags der Händler zu Lasten der Fahrzeugkäufer, hatte der Lieferant Ersteren doch keine Margenerhöhung zugestanden. Erklärtes Ziel war eine möglichst flächendeckende Umsetzung der harmonisierten Rabatte und

Pauschalen. Dies zeigt nicht zuletzt die Äusserung des Geschäftsleiters der Beschwerdeführerin, es werde wichtig sein, dass auch die kleineren Betriebe die Spielregeln einhielten. Es ging also nicht darum, den Händlern Hilfe bei der Kalkulation zu bieten, sondern vielmehr darum, höhere Erträge zu Lasten der Kunden zu generieren, ohne dabei in wesentlichem Masse von ausscherenden Händlern beeinträchtigt zu werden. Schliesslich spricht auch die Bezeichnung "Konditionenliste" dagegen, dass eine blosse Kalkulationshilfe intendiert gewesen wäre. Im Übrigen handelt es sich bei der "Konditionenliste" um eine Tabelle, welche Rabatte und Ablieferungspauschalen für die einzelnen Fahrzeugtypen ausweist, jedoch insbesondere keine (blosse) Vorlage für die uniforme Gestaltung von Offerten darstellt.

8.9 Da Höchstrabatte und Mindestablieferungspauschalen unter Beteiligung der Beschwerdeführerin sowohl für das Einzel- als auch für das Flottengeschäft mit der Selbstanzeigerin vereinbart wurden, entfällt, wie erwähnt, auch das Argument der Preisführerschaft, denn ein Charakteristikum derselben bildet der eigenständige Nachvollzug von Preiserhöhungen (vgl. oben E. 8.4). Zwar mag [Q._____ AG] Retail als grösster Marktteilnehmer im fraglichen Zeitraum einen gewissen Einfluss auf den durchschnittlichen Marktpreis für Neuwagen des VW-Konzerns in der Schweiz gehabt haben. Dies bedeutet aber noch nicht, dass das Unternehmen einen Preiskampf mit anderen Autohändlern unbeschadet überstanden hätte.

Im Übrigen kann sich ein Unternehmen, wie die obigen Darlegungen (E. 8.3.1) zeigen, auch einer einseitigen Erklärung unterziehen und auf diese Weise eine Abrede herbeiführen.

8.10 Näherer Betrachtung bedarf noch die Präsentation, welche der Geschäftsleiter der Beschwerdeführerin als Vorstandsmitglied des VPVW an den beiden sog. Stammtischen vom 26. März 2013 vor Händlern von Fahrzeugen des VW-Konzerns der Region [...] hielt. Inhalt und Bedeutung dieser Präsentation werden von der Beschwerdeführerin und der Vorinstanz unterschiedlich dargestellt.

8.10.1 Die angefochtene Verfügung enthält insbesondere folgende Passagen zur fraglichen Präsentation (Zitate):

> Ziff. 46:
>
> Am 26. März 2013 leitete Herr [...] ([Z._____ AG]) den Stammtisch für die Regionen [...] und [...]. Für diesen Stammtisch plante Herr [...], die vereinbarte Konditionenliste an die Teilnehmer des Stammtisches zu versenden oder abzugeben.
>
> Ziff. 68:
>
> Herr [...] ([Z._____ AG]) sagte aus, dass ihm eine Präsentation verschickt wurde, er aber die vorgehaltene Präsentation nicht kenne. Er habe eine Präsentation beim Stammtisch gehalten, aber er habe dafür seine eigene Präsentation angefertigt. Er habe die Folie 24 und die Folien 30, 32 und 33 nicht gezeigt. Zudem habe er die Anmerkungen zu den "Offert-Beispielen", insbesondere diejenige in Folie 29, "generell nicht gezeigt".
>
> Ziff. 80:
>
> Die letzte Version der Präsentation versendete Herr [R._____ AG] am 13. März 2013, als Basis für die Stammtische, an die Herren [Q._____ AG], [Z._____ AG], [X._____ AG] und [Y._____ AG].
>
> Ziff. 84:
>
> Gemäss eigener Aussage präsentierte Herr [Z._____ AG] nur die Gründe des Projekts, die Konditionen und "Offert Beispiele", ohne die Grundsätze für die Umsetzung und die Auswirkungen (Folien 10 und 16-18 der Präsentation) zu erklären. In diesem Fall wäre seine Präsentation unvollständig und für die Teilnehmer des Stammtisches schwer verständlich gewesen. Erstaunlicherweise schien es für Herrn [Z._____ AG] jedoch wichtig zu sein, dass auch die kleineren Betriebe die Spielregeln (diejenigen auf Folie 17 der Präsentation) einhalten würden. Es ist somit kein Grund ersichtlich, weshalb Herr [Z._____ AG] vom Inhalt der Präsentation hätte abweichen sollen. Ohne Folien 10 und 16-18 der Präsentation wären Bedeutung und Ziele des "Projekt Repo 2013" nur schwer fassbar gewesen. Aus diesen Gründen ist die Aussage von Herrn [Z._____ AG], nach welcher er die Folien 10 und 16-18 nicht in seiner Präsentation gehabt bzw. nicht gezeigt hat, nicht glaubwürdig. Darüber hinaus bleibt, selbst wenn diese Aussage der Wahrheit entspräche, die Tatsache, dass Herr [Z._____ AG] plante, die vereinbarte Konditionenliste an die Teilnehmer des Stammtisches zu versenden oder abzugeben.

Den zuletzt zitierten Satz stützt die Vorinstanz auf folgende Äusserung des Geschäftsleiters der Beschwerdeführerin (Zitat aus E-Mail vom 6. März 2013, 08.21 Uhr):

> Geschätzte Kollegen. Für mich war seit gestern klar, dass nachdem der letzte Stammtisch (bei uns wird es wahrscheinlich auch die letzte Woche März sein, da wir für die Gebietsgrösse zwei Stammtische durchführen müssen) durch ist, die Liste aktiv wird. [...] gibt den Termin des letzten Stammtisches bzw. den nächsten Starttag durch. Wir können nicht jetzt einfach beginnen, sonst müsste ich Listen versenden, erklären etc.

Dieses E-Mail war an [R._____ AG] adressiert und ging in Kopie an weitere Händler. Es bezieht sich auf ein E-Mail, welches Ersterer gleichentags um 07.54 versandt hatte; darin ist von der "neuen" [Anführungs- und Schlusszeichen wie im Original] Konditionenliste die Rede.

8.10.2 Darauf entgegnet die Beschwerdeführerin, sie habe weder die besagte Konditionenliste noch die Präsentation verwendet. An den Stammtischen habe sie eine eigene Präsentation gezeigt, welche von derjenigen vom 11. Februar 2013, auf die sich die Vorinstanz stütze, abweiche. Ihre Präsentation habe keine Konditionenvereinbarung zum Gegenstand gehabt. Schon bei der Parteieinvernahme vom 20. Juni 2013 habe sie zu Protokoll gegeben, dass sie die ihr vorgelegte Präsentation nicht kenne, weil sie selber eine erstellt und überdies zahlreiche eigene Folien gar nicht erst gezeigt habe. Die Vorinstanz habe ihre Behauptungen mit keinem

einzigen Beweis belegt, mithin den Sachverhalt nicht richtig erstellt.

Bei der Anhörung durch die WEKO vom 7. September 2015 erklärte der Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin, ein Kartellrechtsverstoss beruhe auf Mutmassungen und Spekulationen der untersuchenden Behörde. In Ziff. 78 des Verfügungsentwurfs heisse es, es sei nicht ersichtlich, warum Herr [Z._____ AG] vom Inhalt der Präsentation hätte abweichen sollen. Dies sei eine reine Mutmassung. Eine simple Befragung der Personen, die damals teilgenommen hätten, hätte einer solchen Mutmassung den Boden entzogen.

Anlässlich der Parteieinvernahme vom 20. Juni 2013 hatte [Z._____ AG] den Zweck der Stammtische wie folgt beschrieben (Protokollzitat):

> Die Idee der Stammtische ist der Informationsaustausch mit den Mitgliedern, um Informationen vom Importeur bezüglich Modellen und technischen Sachen als auch Prämien an die Mitglieder zu kommunizieren.

Als Ziel der Präsentation hatte er dabei angegeben (Zitat):

> Ziel war ein Informationsaustausch darüber, was der Händlerverband mit dem Importeur bespricht und die visuelle Darstellung [der Offerten].

8.10.3 Die Bemerkung in Ziff. 84 der Sanktionsverfügung, es sei kein Grund ersichtlich, warum Herr [Z._____ AG] vom Inhalt der ihm vorgehaltenen Präsentation hätte abweichen sollen, hat in der Tat den Charakter einer Vermutung. Sie stützt sich nicht auf Befragungen von Teilnehmern der betreffenden Stammtische und steht der Aussage des Geschäftsleiters der Beschwerdeführerin entgegen. Letztlich bleibt damit offen, wie sich dessen Präsentation genau darbot. Eine Befragung von Händlern, welche am Stammtisch teilnahmen, dürfte angesichts der seither verstrichenen Zeit auch kaum verlässliche Erkenntnisse mehr bringen.

Wenn die Händler an diesen Stammtischen aber Bedenken äusserten, wie [Z._____ AG] in seinem oben zitierten E-Mail vom 26. März 2013 festhielt, drängt sich doch die Frage auf, ob es bei der Präsentation lediglich um die visuelle Darstellung der Offerten ging, zumal er gleichzeitig erklärte, wenn der Verkäufer 2 % weniger Marge geben müsse, bleibe auch bei ihm etwas mehr "hängen". Diese Frage kann freilich offengelassen werden. Angesichts des oben wiedergegebenen E-Mail-Verkehrs ändert sich an der Qualifizierung des inkriminierten Verhaltens als Wettbewerbsabrede nämlich nichts, wenn die Präsentation keine Konditionenvereinbarung zum Gegenstand hatte.

9.

Zu eruieren bleibt, ob die Wettbewerbsabrede, welche die Beschwerdeführerin mit den anderen Beteiligten traf, unzulässig war.

9.1 Unzulässig sind nach Art. 5 Abs. 1 KG Abreden, die den Wettbewerb auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen erheblich beeinträchtigen und sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lassen, sowie Abreden, die zur Beseitigung wirksamen Wettbewerbs führen. 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 (Zitat):

a. Abreden über die direkte oder indirekte Festsetzung von Preisen;

b. Abreden über die Einschränkung von Produktions-, Bezugs- oder Liefermengen;

c. Abreden über die Aufteilung von Märkten nach Gebieten oder Geschäftspartnern.

Bezüglich der "Vermutungen für die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs" wurde in der Botschaft KG 1995 zu den Tatbeständen des Art. 5 Abs. 3 KG ausgeführt (S. 566), die angesprochenen Wettbewerbsabreden höben Grundparameter des Wettbewerbs auf, beseitigten mit anderen Worten den wirksamen Wettbewerb im Innenverhältnis der beteiligten Unternehmen. Wirksamer Wettbewerb könne folglich nur noch von aussen kommen. Die wettbewerbliche Beurteilung von Sachverhalten, die einem der Vermutungstatbestände entsprechen, laufe demnach hauptsächlich auf die Beantwortung der Frage hinaus, ob noch wirksamer Aussenwettbewerb vorhanden sei.

9.2 Bei der Erheblichkeit im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG handelt es sich gemäss neuerer Rechtsprechung des Bundesgerichts um eine Bagatellklausel, welche als Aufgreifkriterium dient, um die Verwaltung zu entlasten (BGE 144 II 194, *BMW*, E. 4.3.1 und 143 II 297, *Gaba*, E. 5.1 f; Urteil des BGer 2C_113/2017 vom 12. Februar 2020, Aktiengesellschaft Hallenstadion / Ticketcorner AG gg. Starticket AG / ticketportal AG / Weko, E. 7.3.1). Die Erheblichkeit lässt sich sowohl durch qualitative als auch durch quantitative Merkmale bestimmen. Erweist sich das qualitative als sehr gewichtig, bedarf es kaum eines quantitativen. Gibt es hingegen keine qualitativen Merkmale oder nur solche von geringem Gewicht, müssen (vor allem) quantitative herangezogen werden (BGE 143 II 297, *Gaba*, E. 5.2.2). Abreden nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG sind grundsätzlich erheblich, wobei es genügt, dass sie den Wettbewerb beeinträchtigen können (BGE 143 II 297, *Gaba*, E. 5.6).

9.3 Vermutet wird die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs unter anderem bei Abreden über die direkte oder indirekte Festsetzung von Preisen zwischen Unternehmen, welche tatsächlich oder der Möglichkeit nach miteinander im Wettbewerb stehen (Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG).

9.3.1 In der Botschaft KG 1995 (S. 567) wurden Preisabreden nach Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG folgendermassen umschrieben (Zitat):

> Für die Unterstellung unter diesen Vermutungstatbestand ist die Wirkung der Preisfestsetzung entscheidend. Mit welchen Mitteln diese erreicht wird, ist ohne Belang. Der Vermutungstatbestand bezieht sich auf jede Art des Festsetzens von Preiselementen oder Preiskomponenten. Er erfasst ferner direkte oder indirekte Preisfixierungen. Er gilt beispielsweise nicht nur für Abreden über Rabatte, sondern auch für Vereinbarungen über Kriterien zur Anwendung von Rabat-

ten, soweit diese zu einer Preisfestsetzung führen. Die gleichen Grundsätze gelten auch für Abreden über Kalkulationsvorschriften, soweit damit letztlich die Wirkung der Preisfestsetzung bezüglich einzelner Preiselemente erreicht wird.

Unter Hinweis darauf urteilte das Bundesgericht am 14. August 2002 (BGE 129 II 18, Buchpreisbindung I, E. 6.5.5), zwar legten die Buchhändler die Buchpreise nicht selber in horizontalen Abreden fest; vielmehr hielten sie bloss die von den Verlagen vorgegebenen Preise ein. Eine Preisabrede liege indessen nicht nur vor, wenn ein konkreter Preis, sondern auch, wenn bloss einzelne Komponenten oder Elemente der Preisbildung fixiert würden. Als Preisabrede habe auch die abgestimmte Verhaltensweise zu gelten, wonach ein einheitlicher Endabnehmerpreis angewendet werde; das sei selbst dann der Fall, wenn dieser nicht durch die Buchhändler, sondern je durch die einzelnen Verleger bestimmt sei. Die Buchhändler wüssten, dass infolge des Sammelrevers alle anderen angeschlossenen Buchhändler jedes Buch zum gleichen Preis verkauften wie sie. Diese Ausschaltung des Preiswettbewerbs auf Stufe Endabnehmer sei das offensichtliche Ziel des Sammelrevers.

Im Urteil 2C_1017/2014 vom 9. Oktober 2017 betreffend Preiserhöhungen erwog das Bundesgericht, eine Vereinbarung werde nicht durch ein "Preisdiktat" der Hersteller ausgeschlossen. Massgebend sei alleine, ob die Beteiligten auf der gleichen Marktstufe eine Abrede getroffen hätten, die Preise in bestimmter Höhe festzusetzen bzw. weiterzugeben (Eidgenössisches Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung SBFI gg. Koch Group AG Wallisellen / Weko, *Koch*, E. 3.2).

9.3.2 Vor diesem Hintergrund fragt sich, ob die Verkaufspreise durch die konstatierte Vereinbarung von Höchstrabatten und minimalen Ablieferungspauschalen im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG festgesetzt wurden. Wie die Beschwerdeführerin betont, betrafen die Rabatte und Ablieferungspauschalen "nur" Erstofferten, wovon auch die Vorinstanz ausging. Zu bedenken sei ferner, dass bei Autoverkäufen oftmals Eintauschfahrzeuge, welche einer individuellen Bewertung bedürften, an Zahlung genommen würden.

9.3.3 Vereinbart wurden die Rabatte und Ablieferungspauschalen im Kontext der Reduktion der Listenpreise, welche die [Q._____ AG] Import per 1. März bzw. 1. April 2013 vorgenommen hatte (vgl. oben E. 8.6). Wie sich aus der Umschreibung des Begriffs "Konditionenliste" in Ziff. 9 der Sanktionsverfügung schliessen lässt, stützte sich die Vorinstanz auf die Prämisse, dass die Rabatte der Händler jeweils als Prozentsatz des Listenpreises (des Herstellers) festgesetzt wurden. Ein (ausdrücklicher) Vorwurf an die involvierten Händler, etwa im Sinne einer Bruttopreisabsprache oder einer abgestimmten Verhaltensweise stets den Listenpreis des Herstellers bzw. des Importeurs als sog. Fahrzeuggrundpreis in den Offerten verwendet zu haben, findet sich in der Sanktionsverfügung jedoch nicht.

Gleichwohl muss davon ausgegangen werden, dass dieser Listenpreis als Basis für die vereinbarten Höchstrabatte diente, denn ohne entsprechenden Referenzwert ergäbe die Festlegung prozentualer Preisnachlässe wenig Sinn. Ausserdem wurden die Rabatte gerade im Zuge der Senkung der Listenpreise abgesprochen, um die Rentabilität zu sichern. Auch die Bemerkung der Beschwerdeführerin, die Händler hätten individuelle Rabatte und andere Vergünstigungen gewähren können, deutet darauf hin, dass die Listenpreise des Herstellers bzw. des Importeurs den Ausgangspunkt der Offertstellung bildeten. Bekräftigt wird dies durch die Aussage der Beschwerdeführerin, für das Flottengeschäft, welches [...] % ausmache, gebe es Preislisten der [Q._____ AG]; wenn man sich daran halte, gewähre der Importeur eine Rückvergütung auf den Vertragsschluss. In diesem Zusammenhang bleibt ferner darauf hinzuweisen, dass die Händlermargen laut den Aussagen Beteiligter durch den Hersteller bzw. den Importeur vorgegeben waren (vgl. zum Einfluss der Handelsmargen KOSTKA N. 1381).

Die Beschwerdeführerin selber beruft sich auf Spielräume der Händler bei anderen Elementen ihrer Gegenleistung als bei den (von der Vorinstanz als abgesprochen gewerteten) Rabatten und Ablieferungspauschalen, nicht aber darauf, dass schon die in den Offerten ausgewiesenen Fahrzeuggrundpreise je nach Händler individuell festgesetzt worden wären.

9.3.4 Folgt man der bundesrätlichen Botschaft und der oben zitierten Rechtsprechung des Bundesgerichts, liegt eine Subsumtion der festgestellten Vereinbarung maximaler Rabatte und minimaler Ablieferungspauschalen unter Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG nahe. Auch in der wohl überwiegenden Lehre wird der Begriff der Preisabrede nach Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG weit ausgelegt, so dass er neben dem Preis als solchem sämtliche Komponenten desselben umfasst (vgl. BANGERTER/ZIRLICK, Art. 5 KG N. 380 m.H. und 418; JÜRG BORER, Wettbewerbsrecht I, Kommentar, 3. A., 2011, Art. 5 KG N. 34 f.; ANDREAS HEINEMANN: Bruttopreisabsprachen, in: Inge Hochreutener / Walter A. Stoffel / Marc Amstutz (Hrsg.), 8. IDé-Tagung zum Wettbewerbsrecht, Grundlegende Fragen, Bern 2017, S. 121 ff., 133; JUHANI KOSTKA, Harte Kartelle, 2010, N. 1317 ff. m.H., 1371 ff.; PETER REINERT, in: Baker & McKenzie (Hrsg.), SHK-Kartellgesetz, 2007, Art. 5 KG N. 25; FELIX TUCHSCHMID, Die horizontale Preisabrede, Eine Auslegung des kartellrechtlichen Vermutungstatbestands von Art. 5 Abs. 3 lit. a KG, AJP 2018 S. 848 ff., 848 f.; ROLF H. WEBER/STEPHANIE VOLZ, Wettbewerbsrecht, 2013, N. 2.182, 2.191; relativierend hingegen AMSTUTZ/CARRON/REINERT, Art. 5 KG N. 398 f.; zum Ganzen vgl. auch Urteil des BVGer B-807/2012 vom 25. Juni 2018, *Erne*, E. 10.2.3 m.H.).

REINERT (Art. 5 KG N. 25) legt dar, selbst Abreden über die Rabattgewährung wirkten sich letztlich auf die Preisfestsetzung aus und fielen damit grundsätzlich unter Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG. Eine Ausnahme, bei der eine Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung von vorneherein nicht vorliege, bestehe immerhin dort, wo sich die Vereinbarung auf einen nur sehr kleinen Preisbestandteil beziehe und damit keine spürbare Auswirkung auf den Endpreis habe. Namentlich bei Abreden über Rabatte dürfte dies seiner Meinung nach regelmässig der Fall sein, wenn die Ausgangspreise weiterhin frei festgesetzt werden könnten.

Für eine etwas restriktivere Auslegung plädieren ENCH und GOTTRET (DANIEL EMCH/ANNA GOTTRET: Grundsätzliche Erheblichkeit - kritische Würdigung und mögliche

Korrektive, in: sui-generis 2018, S. 374 ff., 379 N. 17). Sie vertreten die Auffassung, es solle nicht mehr alles, was einen entfernten Bezug zum Wettbewerbsparameter Preis habe, als horizontale Preisfestsetzung qualifiziert werden. Nur Abreden über Preiskomponenten, die tatsächlich zu einer einheitlichen Preisfestsetzung führten, gehörten unter den betreffenden Vermutungstatbestand subsumiert.

TUCHSCHMID vertritt den Standpunkt, wenn lediglich ein einzelnes Preiselement abgesprochen werde, bestehe weiterhin Wettbewerb bei allen nicht festgesetzten Preiselementen, und die Unternehmen blieben bezüglich der Festsetzung des Endpreises grundsätzlich frei. Das Potential solcher Abreden, den wirksamen Wettbewerb zu beseitigen, sei äusserst gering (S. 850 ff.). Im Unterschied zu Bruttopreisen bildeten andere Preiselemente keineswegs die Berechnungsgrundlage für den Endpreis. Der Ausgangspreis könne weiterhin frei festgesetzt werden. So könnten Rabattabreden nur, wenn andere Faktoren hinzukämen, beispielsweise in Kombination mit Bruttopreisabreden oder weil der Preiswettbewerb auf einem Markt mit Publikumshöchstpreis und festgesetzter Marge nur über die Rabatte spiele, zu einer Festsetzung des Endpreises führen. Abreden über Preiselemente erschienen daher für sich allein nicht als besonders schädliche Abreden, vor denen der wirksame Wettbewerb und der einzelne Marktteilnehmer durch direkte Sanktionen geschützt werden müssten (S. 862). Alle Abreden, die lediglich harmonisierende Wirkung auf die Endpreise hätten oder eine solche Wirkung bezweckten, fielen nicht unter den Tatbestand der horizontalen Preisabrede nach Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG. Sie seien jedoch in der Regel erheblich und vorbehaltlich einer Effizienzrechtfertigung unzulässig. Die WEKO könne deren Unzulässigkeit mittels Verfügung feststellen und für den Fall einer Zuwiderhandlung gegen die Verfügung indirekte Sanktionen gemäss Art. 50 KG androhen (S. 863).

KOSTKA erklärt (N. 1378), bei mehreren wettbewerbsbeschränkenden Abreden spiele es keine Rolle, ob die einzelne Rabattabrede eine erhebliche Einschränkung des Preiswettbewerbs bewirke (z.B. mittels Festlegung eines vergleichsweise geringen zulässigen Rabatts) oder nur eine vergleichsweise geringe Beeinflussung des Preiswettbewerbs zeitige (z.B. mittels Festlegung eines maximal zulässigen Rabatts von 80 %), da aus der Gesamtheit der Abreden ohnehin ihr wettbewerbsbeschränkender Zweck hervorgehe und sich aus der kumulativen Wirkung der Gesamtheit der Abreden die preisharmonisierende Wirkung ergebe. In einem solchen Fall sei die Rabattabrede gemeinsam mit den übrigen Abreden in ihrer Gesamtheit als Preisabrede zu qualifizieren.

Harmonisierung bedeutet im vorliegenden Kontext nicht, dass die fraglichen Preise (nahezu) identisch sein müssten. Harmonisierend können beispielsweise auch eine gleichförmige Erhöhung des Preisniveaus oder andere koordinierte Preisstrategien zur Erzielung einer Kartellrente wirken, selbst wenn die Preisniveaus der einzelnen Produkte oder Dienstleistungen unterschiedlich bleiben sollten (vgl. BANGERTER/ZIRLICK, Art. 5 KG N. 390).

9.3.5 Bei Fahrzeugpreisen von mehreren zehntausend Franken war die Absprache geeignet, die effektiven Verkaufspreise zum Nachteil der Kunden um einige hundert bis einige tausend Franken pro Fahrzeug anzuheben. Beträge dieser Grössenordnung können im vorliegenden Kontext nicht als geringfügig oder gar vernachlässigbar taxiert werden. Vielmehr handelt es sich bei den abgesprochenen Rabatten und Ablieferungspauschalen um wesentliche Elemente des Kaufpreises. Auch die Äusserungen eines involvierten Händlers, man spreche von einer "Chance von ca. 24 Mio.", und eine um Fr. 100.- höhere Ablieferungspauschale ergebe pro 100 Neuwagen bekanntlich Fr. 10'000.- mehr in der Kasse (vgl. oben E. 8.6.1), lassen darauf schliessen, dass nicht über unbedeutende Preiselemente diskutiert wurde. Hervorzuheben bleibt hier auch nochmals, dass die Preissetzung auf einheitlichen Listenpreisen basierte.

9.3.6 Abgesehen davon würde für eine Verhaltenskoordination bezüglich des Preises nach der Gesetzeskonzeption schon eine Verständigung über einzelne Preiselemente ausreichen (Botschaft KG 1995, 567). Einer Verständigung über sämtliche einzelnen Bestandteile zur Ausgestaltung des Preises oder aller Komponenten zur Ermittlung des Preises durch die Abredebeteiligten bedarf es hingegen nicht. Dementsprechend genügt eine Verständigung über Rabatte oder Berechnungsmethoden eines für ein Produkt anzuwendenden Preises für die Qualifizierung als Preisabrede (Botschaft KG 1995, 567).

Überdies hat der Gesetzgeber die Behandlung von Preis- und anderen harten Kartellabreden aus Gründen der Rechtssicherheit und der Praktikabilität an das EU-Wettbewerbsrecht angekoppelt. Harte Kartellabreden sollen demzufolge zwar nicht strenger, aber auch nicht milder als im EU-Wettbewerbsrecht behandelt werden (AB 2003 330, Votum Fritz Schiesser für die Mehrheit der Ständeratskommission). Dies stellte das Bundesgericht im Sinne einer Parallelität der Rechtslage bereits ausdrücklich fest (BGE 143 II 297, *Gaba*, E. 6.2.3; BGE 147 II 72, *Pfizer*, E. 3.1, für das Tatbestandsmerkmal der Verhaltenskoordination). Für die Bestimmung des Inhalts einer Preisabrede und deren wettbewerbliche Einstufung ist daher die entsprechende Qualifizierung von Preisabreden durch die EU-Wettbewerbspraxis zu berücksichtigen (vgl. hierzu HENGST DANIELA, in: Langen/Bunte (Hrsg.), Kartellrecht, Bd. 2, Europäisches Kartellrecht, 13. A., 2018; Art. 101 Abs. 1 N. 269 ff.; SCHRÖTER HELMUTH/VOET VAN VORMIZEELE PHILIPP, in: Schröter/Jakob/Klotz/Mederer (Hrsg.), Europäisches Wettbewerbsrecht, 2. A., 2014, Art. 101 Abs. 1 N. 134 ff.; WOLLMANN HANNO/HERZOG ANDREA, in: Bornkamm/Montag/Säker (Hrsg.), Münchener Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, Bd. 1, Europäisches Wettbewerbsrecht, 2. A., 2015, Art. 101 Abs. 1 N. 178 f., 253 f.; ZIMMER DANIEL, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, Bd. I, Europäisches Kartellrecht, 6. A., 2019, Art. 101 Abs. 1 N. 213 ff.).

Das EU-Wettbewerbsrecht sieht bei Preisabreden weder im Hinblick auf die Eingehung oder die inhaltliche Ausgestaltung noch die nachteilige Einwirkung der Preiskoordination eine qualitative Differenzierung vor. Als Preisabrede wird sowohl jeder Austausch von Informationen

über Preiselemente als auch deren Festlegung zwischen Unternehmen aller Marktstufen erfasst. Dabei werden Preisabreden selbst bei einer unerheblichen Wettbewerbsbeschränkung generell nicht zugelassen. Dies gilt auch für die Verständigung über Preisempfehlungen. Als Ausnahme von der generellen Unzulässigkeit sind Höchstpreisabreden bei vertikalen Wettbewerbsverhältnissen vorgesehen, soweit sich diese nicht faktisch wie übliche Preisabreden auswirken. Die Zulässigkeit einer Preisabrede im Einzelfall ergibt sich darüber hinaus nur bei Vorliegen eines ausreichenden Rechtfertigungsgrunds.

Nach der Konzeption der einschlägigen Verbotsnormen des KG bildet der Aspekt der Wesentlichkeit kein Kriterium für die Abgrenzung oder Differenzierung von Preisabreden. Einerseits würde dies der vom Gesetzgeber vorgesehenen einheitlichen Beurteilung von Preisabreden widersprechen. Andererseits sehen weder Art. 4 Abs. 1 KG noch Art. 5 Abs. 3 und 4 KG ein entsprechendes Kriterium vor. Ferner statuiert Art. 5 KG mit dem Tatbestandsmerkmal der Erheblichkeit von Wettbewerbsbeeinträchtigungen bereits ein Kriterium, mit dem unerhebliche Sachverhalte von einer Qualifizierung als unzulässige Wettbewerbsabreden ausgeschlossen werden. Deshalb besteht kein notwendiger Anwendungsbereich für eine zusätzliche Abgrenzung von unwesentlichen Preisabreden. Darüber hinaus sieht das EU-Wettbewerbsrecht weder ein Wesentlichkeitskriterium für die Feststellung einer Preisabrede noch ein Erheblichkeitskriterium für die Beurteilung von Preisabreden vor. Vielmehr ist eine Koordination von Preiselementen ungeachtet ihrer jeweiligen Bedeutung für den Preis eines Produkts verboten.

Angesichts dessen sind als Preisabreden alle Verhaltenskoordinationen zu qualifizieren, die in die eigenständige Preisbildung eines Unternehmens eingreifen und damit dessen Preissetzungsfreiheit einschränken, weil dadurch das Selbständigkeitspostulat verletzt wird (BGE 147 II 72, *Pfizer*, E. 3.5, 144 II 246, *Altimum*, E. 6.4.2 und 129 II 18, *Buchpreisbindung I*, E. 5.1). Ein formaler Eingriff in die Preisgestaltung durch die Festlegung bestimmter Preiselemente ist bereits nach seinem Inhalt auf eine nachteilige Einwirkung auf den Wettbewerb ausgerichtet. Daher bezweckt er eine Wettbewerbsbeschränkung (BGE 147 II 72, *Pfizer*, E. 3.6, 129 II 18, Buchpreisbindung I, E. 5.1). Dies entspricht im Ergebnis der Rechtslage im EU-Wettbewerbsrecht.

9.3.7 Die Beschwerdeführerin erklärt, im Verkauf spielten nebst Rabatten und Konditionen weitere Wettbewerbsparameter wie z.B. Service, Standort, Reputation und Auswahl eine Rolle. Immer hätten die Händler die Möglichkeit gehabt, diverse Rabatte zu gewähren. In der Konditionenliste seien dementsprechend Kunden-, Mengen-, Ausstellungsrabatte, Rabatte für Lagerfahrzeuge sowie weitere Zusatzkonditionen explizit aufgeführt. Mit Bezug auf den Endpreis hätten bereits minimale empirische Untersuchungen durch die Vorinstanz zeigen können, dass sich individuelle Rabatte, Eintauschfahrzeuge und andere preisrelevante Punkte massgeblich auf den Markt auswirkten.

Standort, Reputation und Auswahl stellen keine Aspekte des Preises dar, weshalb sie bei der Frage, ob Preise gemäss Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG festgesetzt wurden, unberücksichtigt bleiben. Serviceleistungen können unter Umständen als preisrelevant aufgefasst werden, soweit sie gleichsam als Teil des Kaufgegenstandes angeboten wurden. Die in den Akten befindlichen Offertbeispiele für Neuwagen sehen neben dem jeweiligen Preisnachlass Ablieferungspauschalen, Treue- und Ausstellungsrabatte sowie Lagerabverkaufsprämien als mögliche Preiselemente vor. Zusammen mit dem Fahrzeuggrundpreis und den Kosten der Mehrausstattung ergeben diese den Gesamtpreis des Neuwagens. Davon wird der Preis eines allfälligen Eintauschfahrzeugs abgezogen, woraus der Restkaufpreis resultiert. Eintauschfahrzeuge wurden folglich an Zahlung genommen, bestimmten den Gesamtpreis des Neuwagens aber nicht mit und waren unterhalb desselben separat aufgeführt. Wohlbemerkt bezieht sich der Vorwurf der Absprache auf die Preise der Neuwagen.

9.3.8 Ausgehend von den Listenpreisen konnte die individuelle Preissetzung beim Neuwagenverkauf nur über die verschiedenen Rabatte, die Ablieferungspauschale und über Prämien, z.B. für Verkäufe ab Lager, stattfinden. Prämien und Rabatte beruhen bisweilen auf koordinierten Aktionen seitens des Herstellers bzw. des Importeurs, an denen zahlreiche Händler mitwirken, sodass diesbezüglich nicht von individuellen oder mit den einzelnen Käufern ausgehandelten Preisreduktionen gesprochen werden kann.

Von den wenigen tatsächlich einem individuellen Verhandlungsprozess zugänglichen Preiselementen wurden zwei, nämlich der allgemeine Preisnachlass (Rabatt) und die Ablieferungspauschale, abgesprochen. Dies muss unter den gegebenen Umständen als Preisfestsetzung im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst a KG qualifiziert werden, zumal es sich um eine kombinierte Abrede handelt, bei welcher niedrige Höchstrabatte vereinbart wurden (vgl. KOSTKA, N. 1378 und 1380, wonach Abreden, die einen geringen maximalen Rabatt festlegen, eine erhebliche Beeinflussung des Preises bzw. eine faktische Beseitigung des Preiswettbewerbs erzielen).

9.4 Angesichts dessen stellt sich die Frage, ob im betreffenden Zeitraum entgegen der gesetzlichen Vermutung wirksamer Wettbewerb herrschte (vgl. BGE 143 II 297, *Gaba*, E. 4.1 und Urteil des BGer 2C_1017/2014 vom 9. Oktober 2017 E. 3.3). Als solcher fällt aktueller oder potentieller Aussen- oder Innenwettbewerb in Betracht (vgl. BGE 143 II 297, *Gaba*, E. 4.1 a.E. m.H., Urteil des BGer 2C_63/2016 vom 24. Oktober 2017, *BMW*, E. 4.3.2).

Wie die WEKO in Ziff. 289 der angefochtenen Sanktionsverfügung zutreffend schloss, kann "die in Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG verankerte Vermutung der Beseitigung des Wettbewerbs [...] in casu aufgrund des vorhandenen Aussenwettbewerbs umgestossen werden." Die Analyse desselben habe gezeigt, dass in allen untersuchten Segmenten trotz der sehr hohen gemeinsamen Marktanteile der Abredeteilnehmer von einer Vielzahl aktueller und potentieller Wettbewerber auszugehen sei.

9.5 Wird wirksamer Wettbewerb nachgewiesen, so liegt freilich eine erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs vor, weil eine Preisabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG gemäss bundesgerichtlicher Recht-

sprechung grundsätzlich bereits erheblich ist (BGE 147 II 72, *Pfizer*, E. 6.5, 143 II 297, *Gaba*, E. 5.6 und Urteil des BGer 2C_1017/2014 vom 9. Oktober 2017, *Koch*, E. 3.3). Dabei genügt es, wenn die Abrede den Wettbewerb potentiell beeinträchtigen kann, denn schon mit ihrer Vereinbarung und nicht erst mit ihrer praktischen Umsetzung wird laut Bundesgericht ein Klima der Wettbewerbsfeindlichkeit geschaffen, welches im Sinne von Art. 96 BV und Art. 1 KG hinsichtlich des Funktionierens des normalen Wettbewerbs volkswirtschaftlich oder sozial schädlich ist (BGE 144 II 194, *BMW*, E. 4.3.1 f. und 143 II 297, *Gaba*, E. 5.4).

Tatsächlicher Auswirkungen oder einer praktischen Anwendung der Abrede bedarf es demnach nicht (BGE 143 II 297, *Gaba*, E. 5.4; Urteil des BVGer B-771/2012 vom 25. Juni 2018, *Cellere*, E. 8.3.1 f.). Insofern erübrigen sich auch ergänzende Untersuchungsmassnahmen, wie sie die Beschwerdeführerin verlangt. Entsprechend lässt sich diesbezüglich keine Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes konstatieren.

9.6 Die Beschwerdeführerin rügt, die Abrede sei nicht umgesetzt worden. Hinsichtlich der Anwendung der streitigen Konditionenliste wird unter Ziff. 55 der Sanktionsverfügung Folgendes ausgeführt (Zitat):

Aufgrund der vorliegenden Informationen musste die vereinbarte Konditionenliste allerdings erst am Tag nach dem letzten Stammtisch, dem 27. März 2013, aktiv werden [...]. Am 2. und 3. April 2013 zeigten sich die ersten Reaktionen seitens der [Q._____ AG] und des VPVW-Präsidenten, um die Umsetzung des "Projekt Repo 2013" durch alle autorisierten Händler der Marken des VW-Konzerns und die Teilnehmer der VPVW-Stammtische zu unterbrechen. Am 3. April 2013 hat die [Q._____ AG] ihre Selbstanzeige eingereicht und am 22. Mai 2013 hat das Sekretariat die Untersuchung gegen die [Q._____ AG] und die Verfahrensparteien eröffnet. Das heisst, dass die vereinbarte Konditionenliste nur zwischen dem 28. März und dem 3. April 2013 hat angewendet werden können, wovon die vier Tage zwischen 29. März und 1. April 2013 auf die Ostertage entfielen (also insgesamt drei Tage). Die betreffende Wettbewerbsabrede wurde somit nur kurze Zeit umgesetzt.

Für eine tatsächliche praktische Umsetzung einer Abrede durch die Beschwerdeführerin finden sich zwar keine Beweise in den Akten. Insbesondere fehlen entsprechende Offerten oder Kaufverträge. Allerdings bildet bei Vereinbarungen im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG ein konkretes Verhalten den Gegenstand der erklärten Willensübereinstimmung, während eine Umsetzung derselben nicht erforderlich ist (BGE 147 II 72, *Pfizer*, E. 3.4.5; vgl. auch Urteil des BVGer B-552/2015 vom 14. November 2017, *Türbeschläge*, E. 4.1). Insofern sind die Einwände der Beschwerdeführerin betreffend fehlende praktische Umsetzung der strittigen Abrede irrelevant.

10.

Zu prüfen bleibt, ob sich die Abrede durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lässt (Art. 5 Abs. 1 KG).

10.1 Art. 5 Abs. 2 KG bestimmt dazu Folgendes (Zitat):

Wettbewerbsabreden sind durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt, wenn sie:

a. notwendig sind, um die Herstellungs- oder Vertriebskosten zu senken, Produkte oder Produktionsverfahren zu verbessern, die Forschung oder die Verbreitung von technischem oder beruflichem Wissen zu fördern oder um Ressourcen rationeller zu nutzen; und

b. den beteiligten Unternehmen in keinem Fall Möglichkeiten eröffnen, wirksamen Wettbewerb zu beseitigen.

10.2 Gestützt auf Art. 6 KG können in Verordnungen oder allgemeinen Bekanntmachungen die Voraussetzungen umschrieben werden, unter denen einzelne Arten von Wettbewerbsabreden aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz in der Regel als gerechtfertigt gelten. Dabei werden gemäss Art. 6 Abs. 1 KG insbesondere die folgenden Abreden in Betracht gezogen (auszugsweise zitiert):

b. Abreden über die Spezialisierung und Rationalisierung, einschliesslich diesbezügliche Abreden über den Gebrauch von Kalkulationshilfen;

[...]

e. Abreden mit dem Zweck, die Wettbewerbsfähigkeit kleiner oder mittlerer Unternehmen zu verbessern, sofern sie nur eine beschränkte Marktwirkung aufweisen.

10.3 Durch die Effizienzanalyse sollen Abreden, die auch im Dienste eines gesamtwirtschaftlich positiven Zwecks stehen, von jenen unterschieden werden, welche hauptsächlich dem Erzielen einer Kartellrente dienen. Zur Rechtfertigung einer Abrede müssen die in Art. 5 Abs. 2 KG statuierten Voraussetzungen kumulativ erfüllt sein, wobei es genügt, wenn ein einzelner der in Art. 5 Abs. 2 Bst. a KG genannten Effizienzgründe vorliegt. Das in dieser Bestimmung erwähnte Erfordernis der Notwendigkeit wird vom Bundesgericht im Sinne der Verhältnismässigkeit ausgelegt (zum Ganzen BGE 147 II 72, *Pfizer*, E. 7.2, 143 II 297, *Gaba*, E. 7.1 und 129 II 18, *Buchpreisbindung I*, E. 10.3, je m.H.; Urteil des BVGer B-829/2012 vom 25. Juni 2018, *Granella*, E. 9.3.5).

Im Lichte des gesamtwirtschaftlichen Effizienzbegriffs reichen rein individuelle, subjektive, betriebswirtschaftliche Zugewinne an Leistungsfähigkeit (z.B. betriebsinterne Kostenumlagerungen) oder rein pekuniäre Vorteile (z.B. blosse Kartellrenten, eine sog. Marktberuhigung oder die Verhinderung ruinösen Wettbewerbs) der Abredeteilnehmer für eine Rechtfertigung nicht aus (ZIRLICK/BANGERTER, Art. 5 KG N. 258; zum Ganzen auch AMSTUTZ/CARRON/REINERT, Art. 5 KG N. 246 ff.).

10.4 Die Notwendigkeit der Absprache muss in zeitlicher, örtlicher, persönlicher und wirtschaftlicher Hinsicht gegeben sein (BGE 144 II 246, *Altimum*, E. 13.5.1 m.H.). Preisabreden erfüllen das Kriterium der Notwendigkeit in der Regel nicht (BGE 144 II 246, *Altimum*, E. 13.5.1 und 129 II 18, *Buchpreisbindung I*, E. 10.4, je m.H.).

10.5 Unter dem Gesichtspunkt einer Rechtfertigung infolge (gesamt-) wirtschaftlicher Effizienz bleibt die Abre-

de mit Blick auf das Argument der Beschwerdeführerin, es sei um Transparenz in der Offertdarstellung, besonders gegenüber Privatkunden, gegangen, zu beurteilen. Andere mögliche Rechtfertigungsgründe sind nicht erkennbar. Wie oben festgestellt (E. 8.8), liegt namentlich keine (reine) Kalkulationshilfe vor.

10.5.1 In den Ziff. 348 ff. der Sanktionsverfügung legte die Vorinstanz dar, zur Beurteilung von Rechtfertigungsgründen im Fall einer Preisabrede könne die Bekanntmachung der WEKO betreffend die Voraussetzungen für die kartellrechtliche Zulässigkeit von Abreden über die Verwendung von Kalkulationshilfen als Orientierungshilfe dienen. Insbesondere liessen sich gemäss dieser Bekanntmachung Abreden über den Gebrauch von Kalkulationshilfen aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz in der Regel dann nicht rechtfertigen, wenn sie den Beteiligten Margen, Rabatte, andere Preisbestandteile oder Endpreise vorgäben oder vorschlügen. A fortiori könne eine Abrede wie die vorliegende, welche die Verwendung einer gemeinsamen Konditionenliste für Preisnachlässe und Ablieferungspauschalen zum Gegenstand habe, nur schwerlich gerechtfertigt sein.

Die Erstellung und die Verbreitung einer derartigen Konditionenliste zwischen den Händlern dienten lediglich der Abstimmung eines gemeinsamen Rabattverhaltens und der Ausrichtung der Preispolitik an den Konkurrenten. Es sei deshalb in keiner Weise ersichtlich, dass eine solche Abrede einen Zusammenhang mit einer Senkung von Vertriebskosten, mit Forschung oder Verbreitung von technischem oder beruflichem Wissen oder einer rationellen Nutzung von Ressourcen aufweise. Für die vorliegende Abrede seien daher keine Rechtfertigungsgründe ersichtlich, und die Parteien machten auch keine solchen geltend.

10.5.2 Gewiss können sich transparente, aufgrund ihrer Darstellung leicht vergleichbare Angebote aus Kundensicht als vorteilhaft erweisen. Allerdings lässt sich nicht nachvollziehen, weshalb es maximaler Rabatte und minimaler Ablieferungspauschalen bedürfte, um die Offerten entsprechend zu strukturieren. Hierfür würde eine rein formale Angleichung genügen. Mithin fehlt es für eine Rechtfertigung bereits am Erfordernis der Notwendigkeit der festgestellten Abrede.

10.5.3 Durch die harmonisierten Rabatte und Ablieferungspauschalen sollte den Händlern auf Kosten der Kunden eine höhere Marge verschafft werden. Die Festlegung maximaler Rabatte und minimaler Ablieferungspauschalen dient zwar den Verkäufern. Sie belastet aber die Käufer, weil zwei Elemente der Preisbildung betragsmässig nach oben gedrückt werden. Ein gesamtwirtschaftlicher Effizienzgewinn ergab sich unter diesen Umständen nicht; er wurde auch nicht (auf substantiierte, nachvollziehbare Weise) geltend gemacht. Mit anderen Worten verfolgte die Abrede aus objektiver Sicht keinen positiven wirtschaftlichen Zweck, welcher letztlich via wirksamen Wettbewerb auch der Marktgegenseite zugutegekommen wäre.

10.6 Ein Rechtfertigungsgrund im Sinne von Art. 5 Abs. 2 und Art. 6 Abs. 1 KG liegt demzufolge nicht vor, weshalb die festgestellte Wettbewerbsabrede als unzulässig qualifiziert werden muss.

11.

Gemäss Art. 49a Abs. 1 KG wird ein Unternehmen, das an einer unzulässigen Abrede nach Art. 5 Abs. 3 KG beteiligt ist, mit einem Betrag von bis zu 10 % des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes belastet. Dieser Betrag bemisst sich nach Dauer und Schwere des unzulässigen Verhaltens, wobei der mutmassliche Gewinn, den das Unternehmen durch die Abrede erzielte, in angemessener Weise berücksichtigt werden muss.

11.1 Eine Sanktionierung nach Art. 49a Abs. 1 KG setzt ein Verschulden im Sinne der Vorwerfbarkeit voraus (BGE 147 II 72, *Pfizer*, E. 8.4.2, 146 II 217, *ADSL II*, E. 8.5.2 und 143 II 297, *Gaba*, E. 9.6.2). Die subjektive Zurechenbarkeit des unter den Tatbestand subsumierten Verhaltens beruht dabei entweder auf einem objektiven Sorgfaltsmangel im Sinne eines Organisationsverschuldens seitens des Unternehmens oder auf zumindest fahrlässigem Handeln der Unternehmensverantwortlichen. Darunter fällt neben pflichtwidrigem Verhalten von Organen auch solches von Mitarbeitern, welche mit der betroffenen Geschäftstätigkeit ordnungsgemäss betraut waren (vgl. Urteile des BVGer B-771/2012 vom 25. Juni 2018, *Cellere*, E. 9.3.1 und B-581/2012 vom 16. September 2016, *Nikon*, E. 8.2, je m.H.; vgl. ROBERT ROTH, in: Vincent Martenet / Christian Bovet / Pierre Tercier (Hrsg.), Droit de la concurrence, Commentaire, 2. A., 2013, Art. 49a -53 KG N. 37 ff.).

Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist bei nachweisbarem wettbewerbswidrigem Verhalten in aller Regel auch die objektive Sorgfaltspflicht verletzt, weil Unternehmen die Normen des KG sowie die entsprechende Praxis kennen müssen (BGE 147 II 72, *Pfizer*, E. 8.4.2, 146 II 217, *ADSL II*, E. 8.5.2 und 143 II 297, *Gaba*, E. 9.6.2).

11.1.1 Unter dem Titel der Vorwerfbarkeit wurde in der Sanktionsverfügung Folgendes ausgeführt (Zitat):

> Vorliegend handeln die Herren [...] ([Z._____ AG]), [...] ([X._____ AG]), [...] ([R._____ AG]) und [...] ([Y._____ AG]) für die betroffenen Unternehmen in einer wichtigen Funktion der Geschäftsleitung (Präsident, Direktor oder Geschäftsführer) und waren für die jeweiligen Unternehmen zeichnungsberechtigt. Sodann ist festzuhalten, dass die handelnden natürlichen Personen (formell und materiell) als Organe der jeweiligen Unternehmen zu bestimmen sind. Die oben erwähnten Personen haben als Mitglieder der Geschäftsleitung ihrer Unternehmen wissentlich und willentlich Preisnachlässe und Ablieferungspauschalen zur Abgabe der "Erst-Offerte" für Neufahrzeuge der Marken des VW-Konzerns gemeinsam vereinbart und die Verbreitung der abgestimmten Rabattpolitik durch die regionalen Stammtische des VPVW organisiert und umgesetzt. Der Vorsatz der handelnden natürlichen Personen bezüglich der von ihnen vorgenommenen Handlungen ist daher ohne Weiteres den betroffenen Unternehmen zuzurechnen.

11.1.2 Die Beschwerdeführerin hat sich zur Frage der Vorwerfbarkeit nicht geäussert.

11.1.3 Als Geschäftsleiter der Beschwerdeführerin hatte [...] im fraglichen Zeitraum (faktische) Organstellung.

Wie die oben in E. 8.6 ff. zitierte und gewürdigte E-Mail-Korrespondenz zeigt, beteiligte er sich in dieser Funktion wissentlich und willentlich an einer Preisabrede betreffend seinerzeit von der Beschwerdeführerin gehandelte Neufahrzeuge. Sein inkriminiertes Verhalten ist daher entsprechend der oben (E. 11.1) wiedergegebenen Gerichtspraxis der Beschwerdeführerin zuzurechnen.

11.2 Gestützt auf Art. 49a Abs. 1 KG ist die Sanktion anhand des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes nach Dauer und Schwere des unzulässigen Verhaltens, unter Berücksichtigung des durch die Abrede erlangten mutmasslichen Gewinns, zu bemessen. Ausführungsbestimmungen dazu finden sich in der KG-Sanktionsverordnung. Gemäss Art. 2 Abs. 2 SVKG gilt bei der Festsetzung der Sanktion das Verhältnismässigkeitsprinzip. Art. 3 SVKG definiert den sog. Basisbetrag der Sanktion als einen Wert von bis zu 10 % des Umsatzes, den das betreffende Unternehmen in den letzten drei Geschäftsjahren auf den relevanten Märkten in der Schweiz erzielte. Dauerte der Wettbewerbsverstoss zwischen einem und fünf Jahren, so wird der Basisbetrag um bis zu 50 % erhöht (Art. 4 Satz 1 SVKG). Art. 5 SVKG statuiert erschwerende, Art. 6 SVKG mildernde Umstände, die zu einer Erhöhung bzw. Verminderung des nach den Art. 3 und 4 SVKG festgesetzten Betrages führen. Art. 7 SVKG bestimmt unter Hinweis auf Art. 49a Abs. 1 KG, die Sanktion betrage in keinem Fall mehr als 10 % des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes des Unternehmens.

11.2.1 Zur konkreten Sanktionsberechnung wurde in der angefochtenen Verfügung dargelegt, was folgt (Zitat):

> In casu drängt es sich aus Gründen der Verhältnismässigkeit auf, Pauschalsanktionen festzulegen. Eine solche Sanktionierung mittels einer Pauschalsanktion kann zum einen dann zur Anwendung kommen, wenn ein eher symbolischer Betrag angezeigt ist, weil nur ein sehr unbedeutender Verstoss festgestellt werden konnte, zum anderen in Fällen, in denen ausserordentliche Umstände vorliegen, die eine solche Pauschalsanktion rechtfertigen. Solche ausserordentlichen Umstände können z.B. dann gegeben sein, wenn eine Verfahrenspartei trotz ihres Wettbewerbsverstosses in tatsächlicher Hinsicht keinen Umsatz auf dem relevanten Markt erzielte.
>
> Mit einem solchen Sachverhalt ist die hier vorliegende Konstellation vergleichbar, in der die betreffende Wettbewerbsabrede, trotz ihrer erheblichen Beeinträchtigung des Wettbewerbs, nur kurze Zeit angewendet wurde. Nämlich wurde die vorliegende Wettbewerbsabrede anfangs Februar 2013 getroffen und mit der Durchführung der Stammtische im März 2013 umgesetzt. Das "Projekt Repo 2013" wurde aufgrund der Interventionen der [Q._____ AG] und des Präsidenten des VPVW vom 2. bzw. 3. April 2013 [Dienstag bzw. Mittwoch], also ungefähr eine Woche nach dem letzten Stammtisch, abgebrochen. Die Anwendung der vereinbarten Konditionen hat somit mindestens vom Tag nach dem letzten Stammtisch, am 27. März 2013 [Mittwoch], bis am 3. April 2013 [Mittwoch] gedauert (drei Tage). Der Verkauf eines Neufahrzeugs erfolgt normalerweise nicht an einem einzigen Tag, da die entsprechenden Verhandlungen länger dauern können. Es ist daher im vorliegenden Fall davon auszugehen, dass während drei Tagen nur eine geringe Anzahl von Neufahrzeugen der Marken des VW-Konzerns in Anwendung der vereinbarten Konditionenliste für die Erst-Offerten verkauft wurden.

In Ziff. 55 der Sanktionsverfügung wurde diesbezüglich noch Folgendes ausgeführt (Zitat):

> Das heisst, dass die vereinbarte Konditionenliste nur zwischen dem 28. März und dem 3. April 2013 hat angewendet werden können, wovon die vier Tage zwischen 29. März und 1. April 2013 auf die Ostertage entfielen (also insgesamt drei Tage). Die betreffende Wettbewerbsabrede wurde somit nur kurze Zeit umgesetzt.

Hinsichtlich der Berücksichtigung von Art und Schwere des Verstosses findet sich in der Sanktionsverfügung folgende Passage (Zitat):

> Vorliegend muss bei der Bemessung der Pauschalsanktion berücksichtigt werden, dass es sich hier um eine horizontale Preisabsprache handelt. Zudem muss auch in Betracht gezogen werden, dass die Parteien nicht aus ihrer eigenen Initiative entschieden haben, das unzulässige Verhalten abzubrechen, sondern die Intervention des Präsidenten des VPVW und der [Q._____ AG] IMPORT sowie die Selbstanzeige der [Q._____ AG] sie dazu veranlasst hat. Jedoch gilt es festzuhalten, dass die Abrede nur für kurze Zeit umgesetzt wurde.

Mit Blick auf erschwerende Umstände hielt die WEKO in ihrer Sanktionsverfügung fest, es lägen keine Anhaltspunkte vor, wonach eines oder mehrere Unternehmen Vergeltungsmassnahmen angeordnet oder durchgeführt hätten. Daher rechtfertige sich eine Erhöhung des Sanktionsbetrags aufgrund von Art. 5 Abs. 2 Bst. b SVKG nicht. Ebensowenig erkannte die Vorinstanz auf eine Herabsetzung desselben infolge mildernder Umstände. Einerseits hätten alle Parteien eine aktive Rolle im Projekt "Repo 2013" gespielt. Dies ergebe sich aus der Tatsache, dass sie alle die regionalen Stammtische durchgeführt, die Präsentation gehalten und die vereinbarte Konditionenliste an die Teilnehmer abgegeben hätten. Andererseits habe nur die kurze Dauer des Projekts "Repo 2013" die Umsetzung allfälliger Vergeltungsmassnahmen verunmöglicht.

11.2.2 Hierzu legt die Beschwerdeführerin dar, für den "Abbruch des Projektes" stelle die Vorinstanz ohne Gründe auf den Brief der Selbstanzeigerin [vom 2. April 2013] an das gesamte Vertriebsnetz ab. Warum sie nicht "in dubio" auf die E-Mail des Verbandspräsidenten [...] vom 26. März 2013 (Dienstag) abstelle, bleibe ihr Geheimnis. Diese E-Mail sei auch an die Beschwerdeführerin gerichtet und bezüglich Inhalt (Nichtbefolgung bzw. Nicht-Treffen von Wettbewerbsabreden) so verfasst gewesen wie das spätere Schreiben. Die Vorinstanz mache schliesslich auch gar nicht geltend, dass sich der VPVW-Vorstand nicht an die E-Mail seines Präsidenten gehalten hätte. Die angebliche "Umsetzung" durch die Verfahrensbetroffenen in den Tagen vom 28. März

(Donnerstag) bis zum 3. April 2013 (Mittwoch) sei nur schon deshalb fraglich.

Selbst wenn für den "Abbruch des Projektes" das Schreiben der Selbstanzeigerin massgebend sein sollte, so wäre zu berücksichtigen, dass dieses Schreiben am 3. April 2013 bereits um 07.58 Uhr, also vor Betriebsbeginn, per E-Mail auch an die Verfügungsadressatinnen versandt worden sei. Der 3. April 2013 falle somit für eine mögliche Umsetzung weg. Die Vorinstanz hätte somit nach der eigenen Logik zwei Tage für die Dauer der Umsetzung einrechnen sollen, nämlich den 28. März (Donnerstag) und den 2. April 2013 (Dienstag). Dass an diesen beiden Tagen, namentlich am 28. März 2013, einem Gründonnerstag, überhaupt gearbeitet worden sei bzw. kommerzielle Aktivitäten im Sinne der Vorhaltungen des Sekretariats getätigt worden seien, sei nicht ersichtlich und von den Verfügungsadressatinnen bestritten worden. Beweise, wie z.B. Rechnungen, Offerten oder dergleichen von diesen Tagen, fehlten gänzlich.

Unter Hinweis auf den Grundsatz "nulla poena sine lege" erklärt die Beschwerdeführerin überdies, versuchte Wettbewerbsbeschränkungen ohne Marktwirkungen seien mangels gesetzlicher Grundlage im Schweizer Kartellrecht nicht strafbar.

11.2.3 Bei der Sanktionsbemessung handelt es sich um eine Ermessenssache (BGE 147 II 72, *Pfizer*, E. 8.5.2). Den Wettbewerbsbehörden kommt in Bezug auf die konkrete Festlegung der einzelnen Sanktionskomponenten des Basisbetrags, der Dauer sowie der Erhöhungs- und Milderungsgründe ein erheblicher Ermessensspielraum zu (Urteil des BVGer B-831/2011 vom 18. Dezember 2018, *SIX*, E. 1556 m.H.; vgl. TAGMANN/ZIRLICK, Art. 49a N. 41). Wie die nachfolgenden Erwägungen zeigen, wahrt die von der WEKO gegenüber der Beschwerdeführerin verhängte Pauschalsanktion diesen Spielraum, wenngleich sich die Sanktionsberechnung nicht in allen Einzelheiten nachvollziehen lässt (vgl. dazu unten E. 11.2.4 und 11.2.8).

11.2.4 Mit Blick auf die Argumentation der Beschwerdeführerin ist vorab darzulegen, dass sich am Ergebnis, wonach die Sanktionshöhe den Ermessensspielraum der Vorinstanz respektiert, selbst bei einer detaillierteren Berechnung der Sanktion unter Berücksichtigung der einzelnen Tage, an welchen die Abrede umgesetzt werden konnte, nichts ändern würde.

11.2.4.1 Das E-Mail des Verbandspräsidenten vom Dienstag, 26. März 2013, auf welches sich die Beschwerdeführerin beruft, ging an deren Geschäftsleiter sowie weitere Vorstandsmitglieder des VPVW. Es wurde um 10.31 Uhr versandt und trägt den Betreff "Stammtische". Wörtlich heisst es darin insbesondere:

> [...]
>
> Ich bitte in meiner Funktion als Verbandspräsident folglich alle Vorstandsmitglieder, im Rahmen der Stammtische hinsichtlich der Rabatte keine Absprachen zu tätigen und keinen diesbezüglichen Druck aufzubauen.

Am Abend des gleichen Tages schrieb der Geschäftsleiter der Beschwerdeführerin ein E-Mail (verschickt um 18.48 Uhr) an Vorstandsmitglieder des VPVW und hielt darin Folgendes fest (Zitat):

> Auch wir in [...] haben die beiden Stammtische ([...] heute Morgen und heute Nachmittag in [...]) durchgeführt.
>
> Analog wie bei Euch positive Einstellung mit einem Schuss "Bedenken", aber wir wollen es alle versuchen.
>
> Hinzu kommt, wenn der Verkäufer 2 % weniger Marge geben muss, bleibt auch bei ihm was mehr "hängen".
>
> [...]

Diese mehr als acht Stunden nach dem Aufruf des Verbandspräsidenten seitens der Beschwerdeführerin abgegebenen Äusserungen erwecken nicht den Eindruck, sie hätte sich schon vor dem 3. April 2013 vom verpönten Verhalten distanziert. Auch sonst fehlen entsprechende Hinweise.

11.2.4.2 Zu Gunsten der Beschwerdeführerin kann hingegen berücksichtigt werden, dass das erwähnte Abmahnungsschreiben der Selbstanzeigerin vom Dienstag, 2. April 2013, als Anhang zu einem E-Mail mit dem Betreff "VPVW Stammtische - Dringende Mitteilung" bereits an diesem Tag um 19.39 Uhr durch [...] (Leiter Dealer Operations und Vizedirektor der Selbstanzeigerin) an den Geschäftsleiter der Beschwerdeführerin geschickt wurde. Deshalb ist von einem Verzicht der Beschwerdeführerin auf eine Umsetzung der Abrede ab dem 3. April 2013, d.h. einschliesslich desselben, auszugehen.

11.2.4.3 Andererseits lässt sich nicht nachvollziehen, weshalb die Vorinstanz den Samstag, 30. März 2013, hinsichtlich einer Umsetzung der Abrede ausser Acht liess. Die Sanktionsverfügung enthält dazu keine Erwägungen. Weil es sich bei diesem Samstag aber nicht um einen Feiertag handelte, ist er ebenfalls einzurechnen.

11.2.4.4 Folglich konnte die Wettbewerbsabrede von Donnerstag, 28. März 2013, bis und mit Dienstag, 2. April 2013, praktiziert werden. Beim 29. März 2013 handelte es sich allerdings um einen Karfreitag, beim 1. April 2013 um einen Ostermontag; mithin waren beides Feiertage. Für eine tatsächliche Umsetzung der Abrede kommen daher drei Tage, nämlich der 28. und der 30. März sowie der 2. April 2013, in Frage. Auch die Sanktionsverfügung geht, wie oben (E. 11.2.1) dargelegt, von drei Tagen aus.

11.2.5 Hinsichtlich des Standpunktes der Beschwerdeführerin, versuchte Wettbewerbsbeschränkungen ohne Marktwirkungen seien nicht strafbar, ist zunächst auf die gesetzliche Definition der Abrede zurückzukommen. Bezweckt wird eine Wettbewerbsbeschränkung gemäss Art. 4 Abs. 1 KG nach der Rechtsprechung, wenn bereits der Gegenstand der Verhaltenskoordination auf Begrenzung oder Ausschaltung eines oder mehrerer relevanter Wettbewerbsparameter abzielt (Urteile des BVGer B-807/2012 vom 25. Juni 2018, *Erne*, E. 9.3.1 m.H.) oder den Wettbewerb beeinträchtigen kann (vgl. BGE 143 II 297, *Gaba*, E. 5.4.2 und 5.6; Urteil des BVGer B-807/2012 vom 25. Juni 2018, *Erne*, E. 9.3.1 m.H.). Bei Vereinbarungen im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG bildet ein konkretes Verhalten den Gegenstand der erklärten Wil-

lensübereinstimmung, während eine Umsetzung derselben nicht erforderlich ist (BGE 147 II 72, *Pfizer*, E. 3.4.5; vgl. auch Urteil des BVGer B-552/2015 vom 14. November 2017, *Türbeschläge*, E. 4.1). Auch eine Abrede, die (noch) ohne Auswirkungen auf den Wettbewerb geblieben ist, gefährdet nämlich das Funktionieren desselben (BGE 147 II 72, *Pfizer*, E. 3.6).

Wettbewerbsabreden im Sinne von Art. 4 Abs. 1 i.V.m. Art. 5 Abs. 3 KG bilden demnach die Vermutungsbasis, gestützt auf welche die Wettbewerbsbehörden gegebenenfalls schliessen, der wirksame Wettbewerb sei beschränkt oder beseitigt worden (vgl. oben E. 6.3.4). Da die Beschwerdeführerin an einer unzulässigen Abrede partizipierte, gefährdete sie das Funktionieren des wirksamen Wettbewerbs. Im Übrigen hat sie keinerlei Beweise dafür vorgelegt, dass die Abrede nicht angewendet worden wäre.

Demzufolge erübrigen sich Erwägungen zur Frage, ob ein Nichtpraktizieren der Abrede eine Sanktionierung verhindern würde.

11.2.6 In der angefochtenen Verfügung legte die Vorinstanz dar, die Sanktionierung müsse mittels einer im pflichtgemässen Ermessen gebildeten, verhältnismässigen Pauschalsanktion erfolgen, welche sich nicht an einem am Umsatz auf den relevanten Märkten orientierten Basisbetrag ausrichte. Die jeweiligen Pauschalsanktionen müssten jedoch immerhin die ungefähren Grössenverhältnisse zwischen den betroffenen Unternehmen hinsichtlich der jährlichen Umsätze auf den relevanten Märkten widerspiegeln. Vorliegend kämen weder erschwerende noch mildernde Umstände in Betracht. Die Obergrenze des Basisbetrags liege für die [X._____ AG] gemäss Art. 3 SVKG bei 10 % des Umsatzes, den das Unternehmen in den drei Geschäftsjahren vor Aufgabe des wettbewerbswidrigen Verhaltens erzielt habe. Um der Tatsache Rechnung zu tragen, dass der Wettbewerbsverstoss nur drei Tage gedauert habe, sei dieser Betrag durch 365 geteilt und mit dem Faktor 3 multipliziert worden, woraus die Sanktion resultiere (Sanktionsverfügung, Ziff. 391). Unklar bleibt, wie die Vorinstanz die der Beschwerdeführerin auferlegte Sanktion von Fr. [...] genau berechnete. Zur konkreten Sanktionsbemessung hat sich die Beschwerdeführerin nicht geäussert.

11.2.7 Sollte die Vorinstanz einerseits den Basisbetrag durch 365 geteilt, also mit Wochentagen gerechnet, andererseits aber beim Bestimmen des Multiplikators 3 für den Zeitraum der Umsetzung der Abrede von effektiven Arbeitstagen ausgegangen sein, wäre dies inkonsistent. Da das Ergebnis freilich im Rahmen des der WEKO zustehenden Ermessens liegt, braucht nicht weiter auf diesen Punkt eingegangen zu werden. Erschwerende oder mildernde Umstände im Sinne der Art. 5 und 6 SVKG erkannte die Vorinstanz zu Recht keine. Die Beschwerdeführerin machte schliesslich auch nicht geltend, eine Busse in der Höhe von Fr. [...] wäre für sie untragbar.

12.

Weiter vertritt die Beschwerdeführerin den Standpunkt, die im Dispositiv der Sanktionsverfügung angeordneten Massnahmen seien unzulässig bzw. unverhältnismässig.

12.1 In Ziff. 1 des Dispositivs der Sanktionsverfügung untersagte die WEKO der Beschwerdeführerin gestützt auf Art. 30 Abs. 1 KG Folgendes (Zitat):

> 1.1 die Vereinbarungen des "Projekt Repo 2013" über die Festsetzung von Preisnachlässen und Ablieferungspauschalen für den Verkauf von Neufahrzeugen der Marken des VW-Konzerns, insbesondere sämtliche gemeinsam vereinbarten Konditionenlisten, anzuwenden und die "Stammtische" im Rahmen der Vereinigung von autorisierten Händlern für Neufahrzeuge der Marken des Volkswagenkonzerns (VPVW) oder ausserhalb dieser, mit dem Ziel gemeinsame Konditionenlisten zu erläutern und deren Einhaltung durch Mitglieder und Nicht-Mitglieder des VPVW sicherzustellen, durchzuführen,
>
> 1.2 mit ihren Konkurrenten im Rahmen der VPVW oder ausserhalb der VPVW Informationen über künftige Preisnachlässe und Ablieferungspauschalen für den Verkauf von Neufahrzeugen auszutauschen, und
>
> 1.3 mit ihren Konkurrenten im Rahmen der VPVW oder ausserhalb der VPVW zum Zweck der Koordination des Wettbewerbsverhaltens andere preisrelevante Informationen auszutauschen.

12.2 Die Beschwerdeführerin argumentiert, es könnten ihr keine Massnahmen auferlegt werden, weil kein Kartellrechtsverstoss nachgewiesen worden sei. Wenn man aber einen Wettbewerbsverstoss unterstelle, wären die Massnahmen unverhältnismässig, denn:

- Art und Intensität des konkreten, bestrittenen Kartellrechtsverstosses seien zu gering, um Massnahmen zu rechtfertigen.
- Die Massnahmen seien weder geeignet noch notwendig. Falls man unterstelle, dass das ihr vorgeworfene "Verhalten" überhaupt begonnen worden sei, wäre es wieder eingestellt worden, und Pauschalmassnahmen, die bereits durch das Gesetz erfasst seien, seien weder geeignet noch notwendig, um einen Kartellrechtsverstoss zu beseitigen oder auf ein erlaubtes Mass zu reduzieren.
- Die pauschalen Massnahmen fänden im Gesetz keine Stütze. Informationsaustausch zwischen Konkurrenten sei in den meisten Fällen gerechtfertigt und notwendig, daher kartellrechtlich zulässig. Eine Massnahme dürfe nicht zu einer laufenden Verhaltenskontrolle führen. Genau dies täten aber die in Dispositiv-Ziff. 1 der Sanktionsverfügung angeordneten Massnahmen.

Zudem ergebe sich aus Art. 50 KG, dass eine Anordnung der Behörde genügend bestimmt und im Sinne des Legalitätsprinzips hinreichend klar umschrieben sein müsse. Für ein betroffenes Unternehmen müsse klar ersichtlich sein, welche Pflichten und Unterlassungen es zu befolgen habe.

12.3 Darauf erwidert die WEKO, sie sei der Ansicht, dass sie Massnahmen nicht nur dann treffen könne, wenn die anvisierten Verhaltensweisen im Verfügungszeitpunkt noch ausgeübt würden. Vielmehr müsse es

genügen, wenn diese Verhaltensweisen in der Vergangenheit ausgeübt worden seien, sich als kartellrechtswidrig herausgestellt hätten und ihre Wiederholung zu befürchten sei. Die WEKO könne daher auch präventiv Massnahmen anordnen, soweit sie die entsprechende Verhaltensweise beurteilt habe.

Allein die Tatsache, dass die angeordneten Massnahmen ihrem Sinn und Zweck nach bereits im Kartellgesetz verankert seien, nehme ihnen die Eignung zur Beseitigung einer unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung nicht. Vielmehr bestätige dies, dass es sich um geeignete Massnahmen und nicht um "allgemeine Pauschalmassnahmen" handle. Andernfalls könnten Massnahmen gemäss Art. 30 KG nie getroffen werden, und es wäre widersinnig, dass sie gleichwohl im Gesetz vorgesehen würden.

Die WEKO könne nicht ausschliessen, dass das Projekt "Repo 2013" und die vereinbarte Konditionenliste in Zukunft angewandt oder dass inner- oder ausserhalb des VPVW preisrelevante Informationen ausgetauscht würden.

12.4 Art. 30 KG geht auf die Totalrevision des Kartellgesetzes aus dem Jahr 1994 zurück und ist seit dem 6. Oktober 1995 in Kraft. Der Gesetzgeber entschied sich für eine offene Formulierung, aus der sich weder ein Hinweis auf den Inhalt noch auf einen numerus clausus möglicher Massnahmen ergibt (siehe auch STEFAN BILGER, Das Verwaltungsverfahren zur Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen, 2002, S. 359 f.; IZUMI/KRIMMER, Art. 30 N. 25). Demnach haben die Behörden bei der Wahl der zu treffenden Massnahme einen weiten Entscheidungsspielraum (vgl. Urteil des BVGer B-3938/2013 vom 30. Oktober 2019, *Dargaud*, E. 19 m.H.; bezüglich Massnahme bestätigt durch Urteil des BGer 2C_43/2020 vom 21. Dezember 2021 E. 12.2). Die im konkreten Fall angeordneten Massnahmen müssen jedoch - wie jedes Vorgehen staatlicher Organe - den Grundsätzen rechtsstaatlichen Handelns entsprechen, d.h. im öffentlichen Interesse liegen und verhältnismässig sein (Art. 5 Abs. 2 BV; zur Verhältnismässigkeit der Massnahmen nach Art. 30 Abs. 1 KG: BEAT ZIRLICK/CHRISTOPH TAGMANN, in: Marc Amstutz / Mani Reinert (Hrsg.): Kartellgesetz, Basler Kommentar, 2. A., 2021, Art. 30 N. 59 ff.; KENJI IZUMI/SIMONE KRIMMER, in: Roger Zäch et al. (Hrsg.): KG, Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, Kommentar, 2018, Art. 30 N. 25; ROMINA CARCAGNI, in: Baker & McKenzie (Hrsg.), Kartellgesetz Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, 2007, Art. 30 N. 12; BILGER, S. 360).

Im Kartellrecht steht als öffentliches Interesse der Schutz des wirksamen Wettbewerbs (Art. 1 KG) im Vordergrund (vgl. MICHAEL TSCHUDIN, in: Roger Zäch et al. (Hrsg.): KG-Kommentar, Zürich / St. Gallen 2018, Art. 50 N. 10). Massnahmen nach Art. 30 KG dienen daher insbesondere dazu, wirksamen Wettbewerb wiederherzustellen (vgl. Urteil des BVGer B-2157/2006 vom 3. Oktober 2007, *Flughafen Zürich*, E. 3.2 und 4.2.2; vgl. auch Urteil des BVGer B-3975/2013 vom 30. Oktober 2019, Les Editions Flammarion SA gg. Weko, E. 20; insofern bestätigt durch Urteil des BGer 2C_44/2020 vom 3. März 2022 E. 12.7).

12.5 Die Erforderlichkeit von Massnahmen muss klar begründet sein. Weshalb die in Dispositiv-Ziff. 1 ihrer Sanktionsverfügung angeordneten Massnahmen erforderlich sein sollen, hat die WEKO aber nicht begründet. Gemäss Sanktionsverfügung konnte die strittige Abrede nur während kurzer Zeit, zwischen dem 28. März und dem 3. April 2013, angewendet werden (vgl. oben E. 11.2.1). Wie das Bundesverwaltungsgericht festgestellt hat (oben E. 11.2.4.4), kommen für eine tatsächliche Umsetzung der 28. und der 29. März sowie der 2. April 2013 in Frage. Nach der Beweislage wurde das kartellrechtswidrige Verhalten im Zuge der Selbstanzeige aufgegeben. Es bestehen keine Hinweise dafür, dass die Abrede über den 2. April 2013 hinaus praktiziert worden wäre. Ebensowenig ist eine Wiederholungsgefahr ersichtlich. Demzufolge müssen die verfügten Massnahmen als nicht erforderlich und damit als unverhältnismässig qualifiziert werden. Dispositiv-Ziff. 1 der angefochtenen Verfügung ist daher aufzuheben.

13.

In Ziff. 1 ihrer Rechtsbegehren hat die Beschwerdeführerin neben der Aufhebung der Sanktionsverfügung vom 19. Oktober 2015 auch die Einstellung des Verfahrens beantragt. Entsprechend den vorangehenden Erwägungen ist dieser Antrag abzuweisen.

14.

Die Beschwerdeführerin erklärt, die WEKO werfe den Verfügungsadressatinnen vor, das Verfahren im Sinne einer gemeinsamen Strategie zur Behinderung eines zügigen Ablaufs verzögert zu haben, was sie ihnen bei der Berechnung der Verfahrenskosten mindestens indirekt zum Nachteil ausgelegt habe.

14.1 In Ziff. 168 ff. der Sanktionsverfügung hielt die Vorinstanz fest, die Parteien hätten oftmals mehrere Fristverlängerungen beantragt oder unbegründete Verfahrensanträge gestellt, welche das Verfahren de facto verzögert hätten. Der Inhalt der jeweiligen Antworten, so etwa in den Stellungnahmen zum Abschluss einer einvernehmlichen Regelung, zum provisorischen Beweisergebnis oder in den Bemerkungen zum Verfügungsantrag des Sekretariats, deute ausserdem auf eine gewisse (gemeinsame) Strategie zur Behinderung eines zügigen Ablaufs des Verfahrens hin. Ferner habe das Sekretariat die Parteien drei Mal eingeladen, sich zum Abschluss einer einvernehmlichen Regelung zu äussern. Sie hätten aber alle Anregungen des Sekretariats abgelehnt, ohne selbst konkrete Vorschläge für eine einvernehmliche Lösung einzureichen. Somit hätten die Verzögerungsstrategie der Parteien und die Ablehnung der Vorschläge des Sekretariats für eine einvernehmliche Regelung zu einer Verlängerung des Verfahrens und zu einer Erhöhung der Verfahrenskosten geführt.

14.2 Art. 53a Abs. 1 Bst. a i.V.m. Abs. 2 KG bestimmt, dass die Wettbewerbsbehörden für Verfügungen über die Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen nach den Art. 26 - 31 KG Gebühren erheben und sich diese nach dem Zeitaufwand bemessen. Im Einzelnen richtet sich die Auferlegung von Kosten im vorinstanzlichen Verfahren nach der Verordnung über die Gebühren zum Kartellgesetz vom 25. Februar 1998 (Gebührenverordnung KG, GebV-KG, SR 251.2), welche der Bundes-

rat gestützt auf Art. 53a Abs. 3 KG erliess. Gebührenpflichtig ist gemäss Art. 2 GebV-KG, wer Verwaltungsverfahren verursacht oder Gutachten und sonstige Dienstleistungen der Wettbewerbskommission oder des Sekretariats veranlasst. Keine Gebührenpflicht besteht für Beteiligte, die eine Vorabklärung oder eine Untersuchung verursacht haben, sofern sich keine Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung ergeben bzw. sich solche nicht erhärten und das Verfahren aus diesem Grunde eingestellt wird (Art. 3 Abs. 2 GebV-KG). Wurde eine Verfügung durch mehrere (juristische) Personen gemeinsam veranlasst, haften sie solidarisch für die Gebühr (Art. 1a GebV-KG i.V.m. Art. 2 Abs. 2 der Allgemeinen Gebührenverordnung vom 8. September 2004, AllgGebV, SR 172.041.1; vgl. Urteil des BVGer B-880/2012 vom 25. Juni 2018, Umbricht AG u.a. gg. Weko, E. 13.1.1). Hinter der Gebührenpflicht steht der Wille des Gesetzgebers, das für Beschwerdeverfahren geltende Unterliegerprinzip auch auf das erstinstanzliche Verfahren anzuwenden (BGE 128 II 247, Eidgenössisches Volkswirtschaftsdepartement gg. BKW FMB Energie AG u. Reko Wef, *BKW*, E. 4.1 und 6.1).

14.3 Mit Verfahrenskosten kann namentlich belastet werden, wer den Wettbewerb in unzulässiger Weise beschränkt und den Wettbewerbsbehörden dadurch Anlass gibt, Massnahmen nach Art. 30 Abs. 1 KG zu treffen. Einer Kostenüberwälzung steht selbst dann nichts entgegen, wenn der Verursacher das beanstandete Verhalten beendet, so dass das Verfahren eingestellt werden kann. Sinngemäss unterliegt der Betreffende dabei, was eine Kostenauflage grundsätzlich erlaubt (BGE 128 II 247, *BKW*, E. 6.1). Allerdings wurde Art. 2 GebV-KG zu weit gefasst, und Art. 3 Abs. 2 GebV-KG zählt die Konstellationen der Gebührenfreiheit nicht abschliessend auf. So ermöglicht nicht jegliches Veranlassen einer Untersuchung die Auferlegung von Verfahrenskosten. Erweist sich ein wettbewerbsbeschränkendes Verhalten aus besonderen Gründen als zulässig, beispielsweise, weil vorbehaltene Vorschriften gemäss Art. 3 KG es gestatten, kann der Auslöser nicht als unterliegend und damit kostenpflichtig betrachtet werden. Dann decken sich Unterlieger- und Verursacherprinzip nicht, weshalb letzteres zurücktritt. Unerlässlich für eine Überwälzung des Verfahrensaufwandes auf den Verursacher ist, dass das Unterlieger- und das Verursacherprinzip im konkreten Fall zum selben Schluss führen (BGE 128 II 247, *BKW*, E. 6.2; vgl. Urteil des BGer 2C_869/2020 vom 27. Oktober 2021, SAS AB et al. gg. WEKO betr. Publikation Sanktionsverfügung, E. 7.2 m.H. auf das Urteil des BGer 2C_973/2019 vom 27. Januar 2019, Einzelunternehmen A. gg. Staatssekretariat für Wirtschaft SECO, Schweizerische Akkreditierungsstelle SAS, betr. Verwaltungsgebühr, E. 2.3.2).

14.4 Durch Beteiligung an einer unzulässigen Wettbewerbsabrede hat die Beschwerdeführerin das erstinstanzliche Verfahren mitverursacht. Umstände, welche nach Gebührenfreiheit im Sinne von Art. 3 Abs. 2 GebV-KG oder nach einer Reduktion der vorinstanzlichen Verfahrenskosten rufen würden, bestehen nicht.

Wie oben dargelegt (E. 5.2.4), hatte das Sekretariat der Beschwerdeführerin rund ein Jahr Bedenkzeit hinsichtlich des Abschlusses einer einvernehmlichen Regelung eingeräumt. Die Beschwerdeführerin aber schob eine definitive Stellungnahme oder entsprechende eigene Vorschläge immer wieder hinaus. Angesichts dessen muss gefolgert werden, dass das Verfahren (auch) seitens der Beschwerdeführerin unnötigerweise in die Länge gezogen wurde. Im Übrigen hat die Beschwerdeführerin weder eine konkrete, bezifferbare Kostenreduktion beantragt, noch eine dahingehende substantiierte Begründung vorgebracht. Ebensowenig lassen sich entsprechende Faktoren ausmachen. Daher ist die angefochtene Verfügung bezüglich der Beschwerdeführerin im Kostenpunkt zu bestätigen.

15.

15.1 Die Beschwerdeinstanz auferlegt die Verfahrenskosten in der Regel der unterliegenden Partei. Unterliegt diese nur teilweise, so werden die Verfahrenskosten ermässigt. Ausnahmsweise können sie ihr erlassen werden (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Keine Verfahrenskosten werden Vorinstanzen oder beschwerdeführenden und unterliegenden Bundesbehörden auferlegt (Art. 63 Abs. 2 VwVG).

Da die Beschwerdeführerin hinsichtlich der Sanktion unterliegt, hinsichtlich der Massnahmen aber obsiegt, sind die Verfahrenskosten von Fr. 6'000.- (einschliesslich der Kosten für die Zwischenverfügung vom 24. März 2016) um Fr. 1'000.- auf Fr. 5'000.- zu ermässigen und der Beschwerdeführerin aufzuerlegen. Angesichts des geleisteten Kostenvorschusses von Fr. 6'000.- sind ihr nach Eintritt der Rechtskraft dieses Urteils Fr. 1'000.- zurückzuerstatten.

15.2 Der Beschwerdeführerin ist nach Massgabe ihres Obsiegens eine reduzierte Parteientschädigung für ihr erwachsene notwendige und verhältnismässig hohe Kosten zuzusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG; Art. 7 ff. des Reglements über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht vom 21. Februar 2008, VGKE, SR 173.320.2), welche der Vorinstanz aufzuerlegen ist (Art. 64 Abs. 2 VGKE). Da keine Kostennote eingereicht wurde, setzt das Gericht die Entschädigung aufgrund der Akten fest.

Entsprechend dem Urteil B-5290/2014 des BVGer vom 13. April 2016 ist zu berücksichtigen, dass ein Teil des Aufwandes für das vorliegende Verfahren von der Beschwerdeführerin und einer weiteren Untersuchungsadressatin, welche die Sanktionsverfügung vom 19. Oktober 2015 ebenfalls angefochten hat, offensichtlich gemeinsam bestritten wurde, zumal beide durch den selben Anwalt vertreten sind.

Vor diesem Hintergrund erscheint eine reduzierte Parteientschädigung in der Höhe von Fr. 1'000.- (inkl. Mehrwertsteuerzuschlag im Sinne von Art. 9 Abs. 1 Bst. c VGKE) als angemessen.

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird teilweise gutgeheissen; Dispositiv-Ziff. 1 der angefochtenen Verfügung wird aufgehoben. Im Übrigen wird die Beschwerde abgewiesen.

2.

Die Kosten des Verfahrens vor Bundesverwaltungsgericht von Fr. 6'000.- werden zu fünf Sechsteln, d.h.

Fr. 5'000.-, der Beschwerdeführerin auferlegt. Zur Bezahlung wird der geleistete Kostenvorschuss von Fr. 6'000.- anteilsmässig verwendet. Der Restbetrag von Fr. 1'000.- wird der Beschwerdeführerin nach Eintritt der Rechtskraft dieses Urteils zurückerstattet.

3.

Der Beschwerdeführerin wird zu Lasten der Vorinstanz eine reduzierte Parteientschädigung von Fr. 1'000.- zugesprochen.

4.

Dieses Urteil geht an die Beschwerdeführerin, die Vorinstanz und das Eidgenössische Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung WBF.

[Rechtsmittelbelehrung]

B 3	**4. Urteil vom 1. Mai 2022 in Sachen Sanktion im Verfahren Sport im Pay-TV**

Entscheid angefochten beim BGer

Urteil B-4003/2016 des Bundesverwaltungsgerichts, Abteilung II, vom 10. Mai 2022 in Sachen 1. ***Swisscom (Schweiz) AG****, in Bern, 2.* ***Blue Entertainment AG*** *(vormals CT Cinetrade AG), in Zürich, beide vertreten durch […], Beschwerdeführerinnen, gegen* ***Sunrise UPC GmbH*** *(vormals: Sunrise Communications AG), in Glattpark (Opfikon), vertreten durch […], Beschwerdegegnerin, und* ***Wettbewerbskommission WEKO****, in Bern, Vorinstanz. Gegenstand: Sanktion im Verfahren 32-0243 Sport im Pay-TV.*

Inhaltsverzeichnis

Sachverhalt:

1. Prozessvoraussetzungen 802
2. Sachverhalt und Verfahrensgegenstand 802
2.1 Gegenstand der vorinstanzlichen Untersuchung 802
2.2 Überblick über die Beschwerdegründe 803
2.3 Streitgegenstand 803
3. Geltungs- und Anwendungsbereich des Kartellgesetzes 805
3.1 Persönlicher Geltungsbereich 805
3.2 Sachlicher und räumlicher Geltungsbereich 806
3.3 Vorbehaltene Vorschriften 806
4. Verfassungsrechtliche Rügen 808
4.1 Verhältnismässigkeitsprinzip 808
4.2 Eigentumsgarantie 809
5. Rechtmässigkeit des vorinstanzlichen Verfahrens 810
5.1 Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes 810
5.2 Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör 815
6. Ökonomische Grundlagen zum Fernsehsektor 818
6.1 Die Wertschöpfungskette im Fernsehsektor 818
6.2 TV-Plattformen 818
6.3 Zuordnung der hier relevanten Akteure 819
7. Marktabgrenzung 819
7.1 Definition des relevanten Markts 819
7.2 Sachlich relevanter Markt 819
7.3 Räumlich relevanter Markt 830
7.4 Zeitlich relevanter Markt 830
7.5 Zwischenfazit zu den relevanten Märkten 830
8. Marktstellung 830
8.1 Grundlegendes zur Marktstellung 830
8.2 Vorbringen zur Marktstellung 831
8.3 Zur Begründung der Marktstellung 832
8.4 Überblick über die relevanten Übertragungsrechte 832
8.5 Nationaler Markt für die Bereitstellung von Schweizer Fussballübertragungen im Rahmen eines Liga-Wettbewerbs im Pay-TV 832
8.6 Nationaler Markt für die Bereitstellung von Schweizer Eishockeyübertragungen im Rahmen eines Liga-Wettbewerbs im Pay-TV 839
8.7 Nationale Märkte für die Bereitstellung von ausländischen Fussballübertragungen im Rahmen eines Liga-Wettbewerbs (Bundesliga, Primera División & Copa del Rey, Serie A) im Pay-TV 839
8.8 Stellung auf den relevanten Märkten: Fazit 840
9. Missbräuchliches Verhalten im Sinne von Art. 7 KG 840
9.1 Generalklausel von Art. 7 Abs. 1 KG und Tatbestände nach Art. 7 Abs. 2 KG 840
9.2 Verweigerung von Geschäftsbeziehungen im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. a KG 842
9.3 Diskriminierung von Handelspartnern im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG 861
9.4 Erzwingung unangemessener Preise oder sonstiger Geschäftsbedingungen im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG 870
9.5 Fazit zum missbräuchlichen Verhalten gemäss Art. 7 KG 874
10. Massnahmen 874
11. Sanktionierung 874
11.1 Sanktionierbarkeit und Vertrauensschutz 874
11.2 Grundsatz ne bis in idem 875
11.3 Vorwerfbarkeit 876
11.4 Sanktionsbemessung 877
12. Ergebnis betreffend materielle Prüfung und Sanktion 884
13. Verfahrenskosten und Parteientschädigung 884
13.1 Vorinstanzliche Verfahrenskosten 884
13.2 Verfahrenskosten und Parteientschädigung für das vorliegende Verfahren 885

Sachverhalt:

A.

Die Swisscom (Schweiz) AG mit Sitz in Ittigen bezweckt namentlich die Erbringung von Fernmelde- und Rundfunkdiensten. Sie ist Teil der Swisscom-Gruppe und betreibt seit November 2006 unter anderem die TV-Plattform Bluewin TV, welche später in Swisscom TV umbenannt wurde. Gestützt auf einen Ende 2005 zwischen Swisscom und Teleclub unterzeichneten Vertrag wird auf Swisscom TV unter anderem das Programmangebot von Teleclub ausgestrahlt.

Die Teleclub AG mit Sitz in Zürich bestand von 1982 bis 2021 und bezweckte primär den Betrieb von Fernsehdiensten unter Einschluss von Abonnementsfernsehdiensten sowie anderen audiovisuellen Diensten. Bis Ende September 2012 gehörte Teleclub AG zu zwei Dritteln der (seit September 2020 als Blue Entertainment AG firmierende) CT Cinetrade AG und zu einem Drittel der Ringier AG. Seit Anfang Oktober 2012 war die CT Cinetrade AG Alleinaktionärin der Teleclub AG. Gestützt auf den Fusionsvertrag vom 26. April 2021 gingen die Aktiven und Passiven der Teleclub AG auf die Blue Entertainment AG über. Infolge der Fusion wurde die Teleclub AG am 30. April 2021 im Handelsregister gelöscht.

Die CT Cinetrade AG (neu: Blue Entertainment AG) mit Sitz in Zürich ist Muttergesellschaft der Cinetrade-Gruppe ("Cinetrade"). Diese ist unter anderem mit dem Unternehmenszweck des Erwerbs und der Verwaltung von Rechten an Immaterialgütern und Filmen im Handelsregister eingetragen. Bis Ende April 2013 stand Cinetrade unter der gemeinsamen Kontrolle des damaligen Verwaltungsratspräsidenten und CEO (51 %) und von Swisscom (49 %). Seit Anfang Mai 2013 ist Swisscom Mehrheitsaktionärin von Cinetrade. Cinetrade ist Inhaberin von schweizweiten exklusiven Live-Übertragungsrechten für Fussball- und Eishockeyspiele im Pay-TV, welche sie an Teleclub weitergab (vgl. nachfolgende E. 8.4).

Das Telekommunikationsunternehmen Sunrise UPC GmbH (vormals Sunrise Communications AG; Beschwerdegegnerin), Zürich, ist unter anderem im Bereich der Übermittlung von Kommunikations- und Unterhaltungsinhalten tätig und betreibt mit Sunrise TV seit 23. Januar 2012 eine eigene TV-Plattform. Per 1. Mai 2021 fusionierte sie mit der UPC Schweiz GmbH zu ihrer heutigen Firma und Rechtsform.

B.

Gestützt auf verschiedene Hinweise von Fernmeldedienstanbietern und Privatpersonen sowie eigene Abklärungen eröffnete das Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend: Sekretariat) am 30. Mai 2012 eine Vorabklärung gegen Cinetrade wegen einer möglicherweise unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung.

Im Rahmen der Vorabklärung wurden verschiedene, im relevanten Bereich tätige Unternehmen sowie Swisscom und Cinetrade befragt (Marktbefragung vom 30. Mai 2012). In der Folge kam das Sekretariat zum Schluss, dass Anhaltspunkte für unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen bestanden.

Die Vorinstanz eröffnete am 3. April 2013 die Untersuchung Nr. 32-0243 gegen die Beschwerdeführerinnen sowie gegen den damaligen Verwaltungsratspräsidenten und CEO der Beschwerdeführerin 2. Die Untersuchung sollte gemäss der Bekanntmachung der Vorinstanz zeigen, ob Cinetrade und / oder Swisscom im Bereich der Übertragung von Sportinhalten im Pay-TV eine marktbeherrschende Stellung zukommt und ob sie diese gegebenenfalls missbrauchen, indem sie Geschäftsbeziehungen verweigern, Handelspartner diskriminieren, unangemessene Geschäftsbedingungen erzwingen und Angebote unzulässigerweise koppeln (vgl. BBl 2013 2891).

Im Rahmen der Untersuchung wurden erneut verschiedene, im relevanten Bereich tätige Unternehmen sowie die Parteien befragt (Marktbefragung vom 12. Juni 2013). Zudem wurden Daten bezüglich deren Kunden erhoben.

Auf Gesuch vom 26. Juli 2013 wurde die Beschwerdegegnerin mit Schreiben des Sekretariats vom 30. Juli 2013 als Dritte an der vorinstanzlichen Untersuchung beteiligt.

Mit Verfügung vom 18. November 2013 stellte die Vorinstanz das Verfahren gegenüber dem bis Ende April 2013 amtierenden Verwaltungsratspräsidenten und CEO der Beschwerdeführerin 2 ohne Folgen ein (vgl. RPW 2014/2 S. 391 ff.).

Mit Zwischenverfügungen vom 24. Februar 2014 und vom 27. März 2014 wurden weitere Parteien als Dritte an der Untersuchung beteiligt.

Am 7. März 2016 fanden Anhörungen vor der Vorinstanz statt.

C.

Mit Verfügung vom 9. Mai 2016, versandt am 23. Mai 2016, belastete die Vorinstanz den Swisscom-Konzern mit einer Sanktion von Fr. 71'818'517.- und auferlegte ihm die Verfahrenskosten von Fr. 381'817.50. Die Vorinstanz stellte fest, dass Teleclub / Swisscom auf den nationalen Märkten für die Bereitstellung von Schweizer Fussball- und Eishockeyübertragungen sowie von ausländischen Fussballübertragungen (Bundesliga, Primera División & Copa del Rey, Serie A) im Rahmen eines Liga-Wettbewerbs im Pay-TV im untersuchungsrelevanten Zeitraum (2006 - 2013) eine marktbeherrschende Stellung zugekommen sei. In Ausnützung dieser beherrschenden Stellung habe Teleclub Geschäftsbeziehungen verweigert, Handelspartner diskriminiert und unangemessene Geschäftsbedingungen erzwungen.

D.

Am 24. Juni 2016 erhoben die Beschwerdeführerinnen gegen diese Verfügung Beschwerde ans Bundesverwaltungsgericht mit folgenden Rechtsbegehren:

"1. Die Verfügung der Vorinstanz vom 9. Mai 2016 gegen die Beschwerdeführerinnen sei vollumfänglich aufzuheben.

2. Eventualiter sei die Verfügung der Vorinstanz vom 9. Mai 2016 gegen die Beschwerdeführerinnen aufzuheben und vom Bundesverwaltungsgericht in der Sache neu zu entscheiden.

3. Subeventualiter sei die Verfügung der Vorinstanz vom 9. Mai 2016 gegen die Beschwerdeführerinnen aufzuheben und zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten des Bundes."

Zudem stellen die Beschwerdeführerinnen folgende Verfahrens- und Beweisanträge, die sie mit Schreiben vom 5. Juli 2016 teilweise anpassten:

"4. Der Vorinstanz sei gleichzeitig mit Zustellung der vorliegenden Beschwerde Frist zur Beschwerdeantwort anzusetzen.

5. Es sei vor dem Entscheid eine Verhandlung durchzuführen und es seien die Beschwerdeführerinnen anzuhören.

6. Den Beschwerdeführerinnen sei das Recht einzuräumen, die in dieser Beschwerdeschrift enthaltenen Geschäftsgeheimnisse zu bezeichnen, bevor diese anderen Parteien des vorinstanzlichen Verfahrens 32-0243 oder Dritten offengelegt werden.

7. Von der Vorinstanz seien die Akten aus der Marktbeobachtung 31/21-0224 - Lieferverträge Teleclub zu den Akten dieser Beschwerdesache heraus zu verlangen, namentlich sämtliche Unterlagen, die für die Beurteilung der Vergaben der Schweizer Fussball- und Eishockeyübertragungsrechte und die Content-Akquisitionsklausel von Bedeutung sein können, und den Beschwerdeführerinnen seien Kopien dieser Dokumente auszuhändigen.

8. Von der Vorinstanz seien die Akten aus der Untersuchung 32-0153 - Teleclub AG/Cablecom GmbH/Swisscable, namentlich sämtliche Unterlagen im Zusammenhang mit der Einstellung jener Untersuchung, einschliesslich des Fil Rouge und der Sitzungsprotokolle und -unterlagen und sämtlicher weiterer Akten, die für die Beurteilung der Content-Akquisitionsklausel von Bedeutung sein können, zu den Akten dieser Beschwerdesache heraus zu verlangen und den Beschwerdeführerinnen seien Kopien dieser Dokumente auszuhändigen."

9. Es seien unabhängige Sachverständigengutachten zu folgenden Sachverhaltsfragen einzuholen:

   a. Waren die von der Vorinstanz untersuchten TV-Plattformanbieter unter besonderer Berücksichtigung der in der Beschwerde näher beschriebenen Kapazitätsbeschränkungen, unterschiedlichen Netzausbaustufen und Plattformfunktionen technisch in der Lage, das erweiterte Teleclub-Sportangebot im Zeitraum von November 2006 bis Sommer 2013 zu übertragen?

   b. Welche technischen und kommerziellen Anforderungen bestanden im untersuchungsrelevanten im Zeitraum von November 2006 bis Sommer 2013 für die Homologierung von IPTV-Plattformen zur Übertragung des Teleclub Sportangebotes und inwieweit haben die von der Vorinstanz untersuchten TV-Plattformanbieter diese Anforderung erfüllt?

   c. Welche Bedeutung besassen im Zeitraum von Oktober 2006 bis 2013 die Schweizer Fussball- und Eishockeyübertragungen aus Sicht der TV-Plattformanbieter und der Fernsehzuschauer für die Plattformwahl unter besonderer Berücksichtigung der Bedeutung anderer Sportübertragungen, des Gesamtfernsehangebotes im Free-TV und Pay-TV, technischer Plattformfunktionen und Serviceleistungen sowie der Bündelangebote (Triple-Play)?

10. Für den Fall, dass das Bundesverwaltungsgericht die Sache an die Vorinstanz zurückverweist, sei diese anzuweisen, nach Massgabe von Ziff. 9 den Sachverhalt zu untersuchen.

11. Vor Bestellung des oder der Sachverständigen sei den Beschwerdeführerinnen die Möglichkeit zu geben, Vorschläge zur Person des Sachverständigen zu unterbreiten.

12. Eventualiter sei den Beschwerdeführerinnen die Möglichkeit zu geben, zu den Vorschlägen des Bundesverwaltungsgerichts betreffend die Person des Sachverständigen Stellung zu nehmen.

13. Den Beschwerdeführerinnen sei nach Einholung des Sachverständigengutachtens bzw. nach Vornahme der zusätzlichen Untersuchungshandlungen die Möglichkeit zur erneuten Stellungnahme zu gewähren.

14. Es sei den Beschwerdeführerinnen unbeschränkte Einsicht in die abgedeckten Passagen der angefochtenen Verfügung und nicht offengelegten Actoren zu gewähren, soweit diese entscheidrelevant sind."

Die Beschwerdeführerinnen bestreiten die von der Vorinstanz festgestellten relevanten Wettbewerbsparameter, die Marktabgrenzung und den Befund einer marktbeherrschenden Stellung, wofür sie auch Mängel der Untersuchung und eine Verletzung ihres Anspruchs auf rechtliches Gehör anführen. Sie erblicken einerseits ein "grundlegend falsches Verständnis der verfassungsrechtlichen und immaterialgüterrechtlichen Komponenten" in der rechtlichen Würdigung der Vorinstanz, weshalb sie auch die Vorwürfe der Verweigerung von Geschäftsbeziehungen, Diskriminierung von Handelspartnern und Erzwingung unangemessener Geschäftsbeziehungen bestreiten, und berufen sich andererseits infolge Einstellung der Untersuchung Teleclub/Cablecom/Swisscable im Jahr 2007 und der Marktbeobachtung Lieferverträge im Jahr 2006 durch das Sekretariat der Vorinstanz auf Vertrauensschutz, eine Verletzung des Grundsatzes ne bis in idem und Rechtsirrtum. Hinsichtlich des verwendeten Basisbetrags, der relevanten Umsätze und anderer Parameter stellen sie zudem die Berechnung der Sanktion infrage.

E.

Mit Vernehmlassung vom 26. Oktober 2016 beantragt die Vorinstanz, die Beschwerde abzuweisen, die Verfahrensanträge 7 und 8 abzuweisen, soweit darauf einzutreten sei, und die Beweisanträge 9 bis 13 abzuweisen.

Im Übrigen korrigierte die Vorinstanz ihre Kostenberechnung des vorinstanzlichen Verfahrens. Die von der Beschwerdeführerin 1 zu tragende Verfahrenskosten betrügen Fr. 376'492.50.

F.

Gegen die Verfügung der Vorinstanz vom 9. Mai 2016 wurden beim Bundesverwaltungsgericht zwei weitere Beschwerden erhoben (Beschwerdeverfahren B-3983/2016 und B-4423/2016). Im Verfahren B-3983/2016 reichten die UPC Schweiz GmbH, die Quickline AG sowie die Sasag Kabelkommunikation AG am 23. Juni 2016 Beschwerde ein. Das Verfahren B-4423/2016 wurde von der Sunrise Communications AG mit Beschwerde vom 18. Juli 2016 eingeleitet.

In beiden Beschwerdeverfahren wurde beantragt, Teleclub, Swisscom und Cinetrade zu verpflichten, das vollständige Teleclub-Sportangebot zu nichtdiskriminierenden Bedingungen anzubieten und für die Dauer des Verfahrens die beantragte Massnahme bereits vorsorglich zu erlassen.

Das Bundesverwaltungsgericht vereinigte mit Verfügung vom 19. Juli 2016 die beiden genannten Verfahren und führte das Verfahren unter der Nummer B-3983/2016 weiter. Mit Zwischenverfügung vom 13. September 2016 wies es die Begehren um Erlass von vorsorglichen Massnahmen ab.

UPC Schweiz GmbH, Quickline AG und Sasag Kabelkommunikation AG wie auch die Sunrise Communications AG zogen ihre Beschwerden daraufhin zurück, worauf das Bundesverwaltungsgericht das Verfahren abschrieb und Beschwerde-, Beschwerdeantwortbeilagen und Vorakten in das vorliegende Verfahren übertrug (Abschreibungsentscheid des BVGer B-3983/ 2016 vom 17. Oktober 2016).

G.

Mit Zwischenverfügung vom 21. März 2017 beteiligte das Bundesverwaltungsgericht die Sunrise Communications AG auf deren Ersuchen als Beschwerdegegnerin am vorliegenden Beschwerdeverfahren.

Auf die dagegen von den Beschwerdeführerinnen am 8. Mai 2017 erhobene Beschwerde ist das Bundesgericht mit Urteil vom 1. Mai 2019 (2C_433/2017) nicht eingetreten.

H.

Mit Verfügung vom 15. Mai 2019 erhielt die Beschwerdegegnerin Gelegenheit, sich zur Beschwerde vernehmen zu lassen. Ergänzend stellte das Bundesverwaltungsgericht der Beschwerdegegnerin mit Verfügungen vom 27. Mai 2019 und 28. Mai 2019 geschäftsgeheimnisbereinigte Beschwerdebeilagen zu.

Die Beschwerdegegnerin ersuchte mit Schreiben vom 12. Juni 2019 um vollständige Akteneinsicht. Das Bundesverwaltungsgericht gab ihr mit Verfügung vom 13. Juni 2019 Gelegenheit, Einsicht in das physische Dossier des Bundesverwaltungsgerichts zu nehmen und gab, nachdem Vorinstanz und Beschwerdeführerinnen Passagen bezeichnet hatten, die gegenüber der Beschwerdegegnerin Geschäftsgeheimnisse enthielten, mit Verfügungen vom 19. September 2019, 8. Oktober 2019 und 11. Oktober 2019 Einsicht in die Vorakten.

Am 2. Juli 2019 gewährte das Bundesverwaltungsgericht den Beschwerdeführerinnen am Sitz des Bundesverwaltungsgerichts unter Wahrung von Geschäftsgeheimnissen Einsicht in die Verfahrensakten.

I.

Mit Schreiben vom 5. Juli 2019 reichten die Beschwerdeführerinnen das von ihnen in Auftrag gegebene Gutachten "Übertragung des erweiterten Sportangebots von Teleclub 2006 bis 2013" vom 28. Juni 2019 ein. Die Gutachterin kommt darin zum Schluss, aus technischer Sicht bestünden wesentliche Unterschiede zwischen den TV-Anbietern. Wesentliche Voraussetzungen zur Übertragung des erweiterten Teleclub-Sportangebots hätten bei keinen TV-Anbietern ausser Swisscom vorgelegen oder seien nicht implementiert gewesen. Daher könne die TV-Plattform von Swisscom mit denjenigen von anderen Marktteilnehmern in Bezug auf Teleclub nicht als äquivalent qualifiziert werden. Während des gesamten Untersuchungszeitraums sei Swisscom die einzige TV-Anbieterin in der Schweiz gewesen, die das erweiterte Teleclub-Sportangebot einschliesslich PPV ("pay per view") für Live-Sport (insbesondere Fussball und Eishockey) dem Endkunden habe bereitstellen können.

J.

Mit Beschwerdeantwort vom 6. Dezember 2019 stellte die Beschwerdegegnerin folgende Anträge:

"1. Es sei die Beschwerde der Beschwerdeführerinnen abzuweisen und es sei die Sanktion gemäss Dispositiv Ziffer 1 der Verfügung der Vorinstanz vom 9. Mai 2016 neu zu berechnen, insbesondere auf Grundlage (a) des relevanten Umsatzes der Beschwerdeführerinnen in den drei Geschäftsjahren, welche dem Urteil des Gerichtes vorgegangen sein werden sowie (b) eines Dauerzuschlages von (mindestens) 130 % entsprechend der Dauer des Wettbewerbsverstosses.

2. Eventualiter sei die Beschwerde der Beschwerdeführerinnen abzuweisen und es sei die Sanktion gemäss Dispositiv Ziffer 1 der Verfügung der Vorinstanz vom 9. Mai 2016 neu zu berechnen, insbesondere auf Grundlage (a) des relevanten Umsatzes der Beschwerdeführerinnen in den drei Geschäftsjahren 2013, 2014 und 2015 sowie (b) eines Dauerzuschlages von 100 %.

3. Subeventualiter sei die Beschwerde der Beschwerdeführerinnen abzuweisen und die Verfügung der Vorinstanz vom 9. Mai 2016 an die Vorinstanz zur neuen Berechnung der Sanktion gemäss den Anträgen 1 bzw. 2 zurückzuweisen.

4. Subsubeventualiter sei die Beschwerde der Beschwerdeführerinnen abzuweisen.

unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beschwerdeführerinnen und/oder des Bundes."

Zudem stellte die Beschwerdegegnerin folgenden Beweisantrag:

"Es sei der Sachverhalt soweit notwendig zu untersuchen, um die Sanktion für die missbräuchlichen Verhaltensweisen der Beschwerdeführerinnen, insbesondere unter Berücksichtigung der fortgesetzten Verweigerung von Geschäftsbeziehungen, Diskriminierung von Handelspartnern und Erzwingung unangemessener Geschäftsbedingungen, antragsgemäss neu berechnen zu können.

unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beschwerdeführerinnen und/oder des Bundes."

Zur Begründung führt sie aus, die Vorinstanz habe den Untersuchungszeitraum in der angefochtenen Verfügung in unzulässiger Weise auf den Zeitraum bis 2013 beschränkt; die Beschwerdeführerinnen hätten die missbräuchlichen Verhaltensweisen bis zum Zeitpunkt der angefochtenen Verfügung im Mai 2016 durchwegs fortgeführt und auch nach Ergehen derselben nicht beendet. Dieser fortgesetzte Missbrauch sei in der angefochtenen Verfügung zwar im Grundsatz bereits anerkannt, habe jedoch nicht Gegenstand des Untersuchungszeitraums (2006 bis 2013) gebildet und sei insbesondere auch im Rahmen der Sanktionsbemessung nicht berücksichtigt worden.

K.

Mit Verfügung vom 27. Februar 2020 hiess das Bundesverwaltungsgericht den Antrag der Beschwerdeführerinnen auf Akteneinsicht teilweise gut, während es die Beweisanträge Nr. 7, 8, 9a-c, 11, 12 und 13 abwies.

Die Beschwerdegegnerin bat das Bundesverwaltungsgericht mit Eingabe vom 25. März 2020, die gegenüber den Beschwerdeführerinnen offengelegten Passagen daraufhin zu prüfen, ob sie ihr ganz oder teilweise offengelegt werden könnten, und wenn ja, ihr entsprechend Einsicht zu gewähren.

Mit Verfügung vom 27. März 2020 gewährte das Bundesverwaltungsgericht der Beschwerdegegnerin teilweise Akteneinsicht.

Die Beschwerdeführerinnen beantragten mit Schreiben vom 6. April 2020, an Stelle einer auf den 10. Juli 2020 angeordneten mündlichen und öffentlichen Parteiverhandlung einen zweiten Schriftenwechsel durchzuführen, und nach Abschluss des zweiten Schriftenwechsels eine öffentliche Parteiverhandlung im Sinne von Art. 6 EMRK anzusetzen.

Mit Schreiben vom 15. April 2020 zogen die Beschwerdeführerinnen ihren Antrag auf eine mündliche Verhandlung zurück, worauf das Bundesverwaltungsgericht die Verhandlung absagte und den Beschwerdeführerinnen Gelegenheit gab, eine Replik einzureichen.

L.

Mit Replik vom 20. August 2020 halten die Beschwerdeführerinnen vollumfänglich an den Rechtsbegehren, Verfahrensanträgen, Beweisanträgen und dem Akteneinsichtsgesuch gemäss Beschwerde vom 24. Juni 2016 fest und stellten zusätzlich folgende Rechtsbegehren:

"1. Auf die Anträge 1 bis 4 sowie den Beweisantrag der Beschwerdegegnerin gemäss Beschwerdeantwort der Beschwerdegegnerin vom 6. Dezember 2019 sei nicht einzutreten.

2. Eventualiter: Die Anträge 1 bis 4 sowie der Beweisantrag der Beschwerdegegnerin gemäss Beschwerdeantwort der Beschwerdegegnerin vom 6. Dezember 2019 seien vollumfänglich abzuweisen."

Zur Begründung wiederholen sie im Wesentlichen die bereits in der Beschwerde vorgebrachten Argumente, weisen indessen auch auf die Markt-entwicklungen seit Abschluss der Untersuchung hin. Diese belegten die fehlende Bedeutung des (erweiterten) Sportangebots für den Wettbewerb; so habe UPC in der Zwischenzeit die Schweizer Liga-Eishockeyrechte erworben und verliere trotzdem TV-Abonnenten. Bis zum heutigen Tag hätten die TV-Plattformanbieterinnen zudem technische Schwierigkeiten, das erweiterte Teleclub-Sportangebot zu übertragen. Weiter kritisieren die Beschwerdeführerinnen, dass die Beschwerdegegnerin mit ihrer Beschwerdeantwort in unzulässiger Weise versuche, den Streitgegenstand zu erweitern. Zu beurteilen seien nur die tatsächlich von der Vorinstanz untersuchten Verhaltensweisen; zudem bestehe keine weitergehende Untersuchungspflicht.

M.

Mit Duplik vom 23. September 2020 bestätigt die Vorinstanz die angefochtene Verfügung und ihre Vernehmlassung. Die Veränderungen bei der Anzahl Kunden vermöchten die Wichtigkeit der streitgegenständlichen Sport-inhalte nicht zu widerlegen. So schlössen sinkende Marktanteile eines marktbeherrschenden Unternehmens die Feststellung einer missbräuchlichen Verhaltensweise nicht aus. Weiter wies die Vorinstanz darauf hin, dass das Merkmal der Unerlässlichkeit des Inputs nach der Rechtsprechung nicht allgemein mit der Geschäftsverweigerung in Beziehung gesetzt werde, sondern nur mit der Missbrauchsvariante der Zugangsverweigerung. Die technischen Möglichkeiten der mit Swisscom TV konkurrierenden TV-Plattformen seien nicht von entscheidender Bedeutung. Denn wenn die Beschwerdeführerinnen die Bereitschaft gehabt hätten, allen konkurrierenden TV-Plattformen ein Angebot für das vollständige Sportprogramm zu unterbreiten, hätten sie die Bereitstellung ohne Weiteres von der Einhaltung eines für alle TV-Plattformen gültigen Standards abhängig machen können. Schliesslich greifen nach Ansicht der Vorinstanz die Rügen der Beschwerdeführerinnen zur Sanktionierung ins Leere.

N.

Die Beschwerdegegnerin beantragt mit Duplik vom 26. Oktober 2020, die Rechtsbegehren Ziffern 1 und 2 der Replik der Beschwerdeführerinnen abzuweisen. Zudem sei den Beschwerdeführerinnen keine Gelegenheit für eine weitere Stellungnahme zu geben. Zur Begründung hält sie fest, sie habe Kundenverluste erlitten und sei in ihren Marketingaktivitäten stark eingeschränkt gewesen, weil sie nicht mit einem wettbewerbsfähigen Premium Sportangebot habe werben können. Neukunden habe sie aufgrund genereller Marktentwicklungen und Entwicklungen in anderen Geschäftsbereichen gewinnen können. Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerinnen und dem Parteigutachten hätte sie das erweiterte Sportangebot einschliesslich PPV bzw. den Einzelabruf von Sportevents umsetzen können.

Zudem stellt sich die Beschwerdegegnerin erneut auf den Standpunkt, dass die Vorinstanz pflichtwidrig einen zu kurzen formellen Untersuchungszeitraum festgelegt habe, was zu korrigieren sei. Die Marktstellung der Beschwerdeführerinnen habe sich aufgrund der Exklusivrechte, die für einen fixen Zeitraum vergeben würden, bis 2016 nicht verändert. Somit sei keine vertiefte Untersuchung eines unveränderten Sachverhalts notwendig bzw. an diese tiefe Anforderungen zu stellen. Mit der 2017 abgeschlossenen Ergänzungsvereinbarung werde ihre Diskriminierung, die gleichzeitig eine Verweigerung von Geschäftsbeziehungen darstelle, nicht behoben.

O.

Die Beschwerdeführerinnen reichten am 31. März 2021 eine unverlangte Stellungnahme zu den Dupliken der Vorinstanz vom 23. September 2020 und der Beschwerdegegnerin vom 26. Oktober 2020 ein, in der sie an den Rechtsbegehren und den Beweisanträgen festhalten. Da die Vorinstanz mit Verfügung vom 7. September 2020 die Untersuchung gegen die UPC Schweiz GmbH im Bereich der Übertragung von Eishockeyinhalten im Pay-TV abgeschlossen und UPC dagegen Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht erhoben habe, seien die Vorwürfe vergleichbar und liessen sich auch für das vorliegende Verfahren relevante Schlüsse daraus ziehen. Zumindest für die Dauer des Markteintritts sollte Investitionsschutz bestehen, weiter bestätige die Verfügung in Sachen Eishockey im Pay-TV die Unverhältnismässigkeit der Verfügung in Sachen Sport im Pay-TV. Denn als mildere Massnahme hätte es ausgereicht, das Rohsignal zur Verfügung zu stellen. Anders als UPC hätten die Beschwerdeführerinnen nie eine Behinderungsstrategie verfolgt und Swisscom trotz der exklusiven Übertragungsrechte von UPC keine Kunden verloren. Für die Kundengewinnung und -bindung sei es nicht entscheidend, ob eine TV-Plattform ein bestimmtes Fussball- oder Eishockeyspiel anbiete, sondern ob ein insgesamt attraktives Gesamtangebot vorhanden sei. Schliesslich rügen sie unter Hinweis auf die Verfügung in Sachen Eishockey im Pay-TV, der Basisbetrag sei zu hoch angesetzt und müsse auf höchstens [...] % gesenkt werden.

P.

Mit Schreiben vom 21. April 2021 verzichtete die Vorinstanz auf die Einreichung einer weiteren Stellungnahme.

Q.

Mit Stellungnahme vom 27. April 2021 änderte die Beschwerdegegnerin Ziffer 2 ihrer Rechtsbegehren vom 6. Dezember 2019 dahingehend, zur Sanktionsberechnung sei auf die drei Geschäftsjahre von 2010-2012 vor Aufgabe des unzulässigen Verhaltens abzustellen. Zudem erklärt sie, die Beschwerdeführerinnen könnten aus dem Verfahren "Eishockey im Pay-TV" nichts zu ihren Gunsten herleiten. Die Swisscom-Gruppe habe offensichtlich eine Behinderungsstrategie verfolgt: Die Beschwerdeführerinnen hätten mehrere wettbewerbsbeschränkende Verhaltensweisen - Angebotsverweigerung, diskriminierende Konditionen, Angebotskoppelung, Akquisitionsverbot - zu einer Gesamtstrategie gegenüber praktisch der gesamten Konkurrenz verknüpft, um dank ihrer vertikal integrierten Konzernstruktur - Swisscom, Cinetrade/Blue Entertainment, Teleclub - mehrere Wertschöpfungsstufen zu kontrollieren. Durch Behinderung der konkurrierenden Plattformanbieter einerseits und Abschottung des vorgelagerten Markts der Rechtevergabe andererseits hätten die Beschwerdeführerinnen vermocht, ihre marktbeherrschende Stellung auf dem Pay-TV-Markt zu festigen. Dies habe zu Auswirkungen auf die eng mit dem Pay-TV-Markt verbundenen Providermärkte geführt, auf welchen der Konzern ebenfalls eine starke Stellung innehabe (Festnetz, Internet, Mobilfunk). Den Beschwerdeführerinnen sei darin zuzustimmen, dass die Vorinstanz auf einer falschen Marktstufe interveniert habe. Anders als im Fall "Eishockey im Pay-TV" bleibe die kleinteilige Marktabgrenzung vorliegend ohne Folgen, da die Beschwerdeführerinnen über exklusive Fussball- und Eishockeyrechte verfügt hätten und damit ohnehin als marktbeherrschend zu qualifizieren seien. Die von den Beschwerdeführerinnen behaupteten Kapazitätsengpässe habe UPC bereits an der vorinstanzlichen Anhörung vom 7. März 2016 nachvollziehbar widerlegt. Gegenüber UPC habe das unzulässige Verhalten bis 2016 gedauert, im Falle der Beschwerdegegnerin bis 2018. Erst ab dem Zeitpunkt des Erwerbs der Eishockeyrechte durch UPC (Sommer 2016) sei im bilateralen Verhältnis zwischen Swisscom und UPC keine Seite mehr als marktbeherrschend zu bezeichnen. Daher hätte die Vorinstanz zur Sanktionsbemessung frühestens auf die Geschäftsjahre 2013 bis 2015 abstellen dürfen. Auch die der Sanktionsberechnung zugrunde gelegte Dauer des Verstosses von 7 Jahren erweise sich als falsch; massgebend sei der Urteilszeitpunkt des Beschwerdeverfahrens.

R.

Mit Eingabe vom 11. Mai 2021 teilte die Beschwerdegegnerin mit, sie habe per 1. Mai 2021 mit der UPC Schweiz GmbH zur Sunrise UPC GmbH fusioniert.

S.

In ihrer Stellungnahme vom 9. Juni 2021 weisen die Beschwerdeführerinnen darauf hin, dass sie das Teleclub Kernsportangebot stets allen Interessierten zur Verfügung gestellt hätten, dies im Gegensatz zu den Spielen der obersten Schweizer Eishockeyligen, die ab Saison 2017/18 ausschliesslich durch UPC und andere Kabelnetzbetreiber verbreitet worden seien. Ebenfalls anders als die Beschwerdeführerinnen habe die Beschwerdegegnerin eine Behinderungsstrategie verfolgt.

T.

Mit unverlangter Eingabe vom 1. April 2022 wiesen die Beschwerdeführerinnen auf das Urteil des Gerichts der Europäischen Union (EuG) vom 26. Januar 2022 in Sachen Intel (T-286/09) hin. Spätestens seit diesem Entscheid sei unbestritten, dass ein Wettbewerbsnachteil zu untersuchen und eine rein formbasierte Betrachtungsweise, wie jene der Vorinstanz, rechtlich ungenügend sei. Zudem mache auch die Beschwerdegegnerin im Verfahren "Eishockey im Pay-TV" geltend, der Sport - insbesondere die Ligawettbewerbe - seien für den TV-Plattformwettbewerb nicht relevant.

U.

Die Vorinstanz erklärte mit Stellungnahme vom 13. April 2022, auch aus dem jüngsten Intel-Entscheid des EuG folge unmissverständlich, dass es für einen Verstoss gegen das Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung ausreiche, dass die betreffende Verhaltensweise geeignet sei, den Wettbewerb zu behindern. Abgesehen davon habe sie in der angefochtenen Verfügung nicht bloss die Eignung der sanktionierten Verhaltensweise zur Wettbewerbsbehinderung aufgezeigt. Vielmehr habe sie darüber hinaus tatsächliche Effekte, d. h. eine Wettbewerbsbehinderung im TV-Plattformmarkt, nachgewiesen. Sie halte daher an der angefochtenen Verfügung sowie ihren bisherigen Ausführungen im Beschwerdeverfahren fest.

V.

Die Beschwerdegegnerin erklärte mit Eingabe vom 21. April 2022, der von den Beschwerdeführerinnen zitierte EuG-Entscheid in Sachen Intel beziehe sich auf ein Rabattsystem. Vorliegend zu beurteilen seien jedoch die diskriminierenden Geschäftsbedingungen sowie die Content-Akquisitionsverbote der Swisscom-Gruppe. Im Unterschied zu Rabattsystemen habe eine Diskriminierung von Geschäftspartnern per se wettbewerbsverzerrende Wirkung; dasselbe gelte für den Ausschluss von Konkurrenten vom vorgelagerten Beschaffungsmarkt durch vertragliche Akquisitionsverbote. Abgesehen davon habe die Vorinstanz sehr wohl eine Wirkungsanalyse vorgenommen. Es treffe zudem nicht zu, dass sie die Relevanz des erweiterten Swisscom-Angebots verneint habe; sie habe erklärt, dass auf den Teleclub-Kanälen 4-29 auch wesentliche Programminhalte des eigentlichen Kernangebots aus führenden Fussball- und Eishockey-Ligen gezeigt würden.

W.

Mit Eingabe vom 9. Mai 2022 erklärten die Beschwerdeführerinnen, die Beschwerdeführerin 2, Blue Entertainment AG, habe mit Fusionsvertrag vom 26. April 2021 die Aktiven und Passiven der Beschwerdeführerin 3, Teleclub AG, übernommen. Die Teleclub AG sei am 30. April 2021 infolge der Fusion im Handelsregister gelöscht worden. Aufgrund der Universalsukzession übernehme die Beschwerdeführerin 2 die Position der Beschwerdeführerin 3, und das Verfahren werde nur noch mit den Beschwerdeführerinnen 1 und 2 fortgeführt.

X.

Auf weitere Vorbringen und sich in den Akten befindlichen Schriftstücke, soweit sie entscheiderheblich sind, wird in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1. Prozessvoraussetzungen

Das Bundesverwaltungsgericht ist zur Beurteilung von Beschwerden gegen Sanktionsverfügungen der Vorinstanz in Kartellsachen zuständig (Art. 31, 32 und 33 Bst. f des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [VGG, SR 173.32]). Die Beschwerdeführerinnen haben als Parteien am vorinstanzlichen Untersuchungsverfahren teilgenommen. Sie sind durch die angefochtene Sanktionsverfügung besonders berührt und haben als Verfügungsadressatinnen ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung (Art. 48 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren [VwVG, SR 172.021]; vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts [BVGer] B-7633/2009 vom 14. September 2015 Rz. 11, "Preispolitik ADSL").

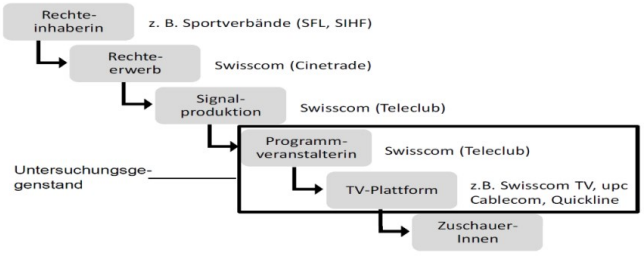
Mit Tagesregistereintrag vom 30. April 2021 gingen die Aktiven und Passiven der Teleclub AG, der ehemaligen Beschwerdeführerin 3, mittels Fusion auf die Beschwerdeführerin 2 über, womit die ursprüngliche Beschwerdeführerin 3 untergegangen ist. Die Fusion bewirkt eine Universalsukzession. Mit der Eintragung ins Handelsregister gehen alle Aktiven und Passiven der übertragenden Gesellschaft von Gesetzes wegen auf die übernehmende Gesellschaft über (Art. 22 des Fusionsgesetzes vom 3. Oktober 2003 [FusG; SR 221.301]). Die Rechtsnachfolge aufgrund von Gesamtnachfolge gilt nicht als Parteiwechsel (vgl. Art. 17 Abs. 3 des Bundesgesetzes vom 4. Dezember 1947 über den Bundeszivilprozess [BZP; SR 273] i.V.m. Art. 4 VwVG). Damit kann die Beschwerdeführerin 2 das Verfahren für die ursprüngliche Beschwerdeführerin 3 weiterführen (vgl. Urteil des BVGer A-3000/2012 vom 28. Dezember 2018 E. 1.2.2, mit Verweis auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung). Ebenfalls mit Tagesregistereintrag vom 30. April 2021 gingen die Aktiven und Passiven der Sunrise Communications AG, der ursprünglichen Beschwerdegegnerin, mittels Fusion auf die Sunrise UPC GmbH über, womit die ursprüngliche Beschwerdegegnerin nicht mehr existiert. Analog zum oben Gesagten kann die Sunrise UPC GmbH das Verfahren für die ursprüngliche Beschwerdegegnerin weiterführen.

Die Beschwerde ist frist- und formgerecht eingereicht worden (Art. 50 Abs. 1, Art. 52 Abs. 1 VwVG), der Kostenvorschuss wurde innert Frist bezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG) und die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen liegen vor (Art. 44 ff. VwVG). Auf die Beschwerde ist daher einzutreten.

2. Sachverhalt und Verfahrensgegenstand

2.1 Gegenstand der vorinstanzlichen Untersuchung

Gegenstand der vorinstanzlichen Untersuchung bildete das Verhalten von Teleclub und Swisscom gegenüber TV-Plattformanbietern, die mit Swisscom TV konkurrieren (vgl. nachfolgendes Schema aus der Vernehmlassung der Vorinstanz, vom 24. Oktober 2016, Rz. 6):



Die Analyse der Vorinstanz hat ergeben, dass Teleclub die Geschäftsbeziehung gegenüber verschiedenen TV-Plattformanbietern (insbesondere IPTV-Anbietern) im nationalen Markt für die Bereitstellung von Schweizer Fussball- und Eishockeyübertragungen im Rahmen eines Liga-Wettbewerbs im Pay-TV in ungerechtfertigter

Weise verweigert hat. Die Verweigerung erfolgte gemäss der vorinstanzlichen Feststellung mindestens im Zeitraum von Dezember 2010 bis 2013.

Zudem soll Teleclub gemäss der angefochtenen Verfügung mehrere Handelspartner im Zeitraum von November 2006 bis mindestens 2013 in zweifacher Hinsicht ungleich behandelt und dadurch den Wettbewerb beeinträchtigt haben. Die KNU (Kabelnetzunternehmen) und die Beschwerdegegnerin erhielten im Vergleich zu Swisscom ein weniger umfangreiches Sportangebot zu einem insgesamt höheren Preis und die Plattformanbieter dürften ihren Kunden das Sportpaket PPC ("pay per channel") nur zusammen mit dem Basispaket bereitstellen. Demgegenüber könne Swisscom ihren Kunden den Bezug der Sportinhalte auch im Rahmen von PPV anbieten.

Schliesslich vertritt die Vorinstanz die Ansicht, Teleclub habe gegenüber Cablecom (nachfolgend: Cablecom oder UPC Cablecom) und Sunrise mit einer vertraglichen Klausel unangemessene Geschäftsbedingungen erzwungen. Dieses tatbestandsmässige Verhalten sei im Zeitraum von Oktober 2006 bis mindestens 2013 erfolgt.

2.2 Überblick über die Beschwerdegründe

Unter dem Titel: "Worum es vorliegend eigentlich geht" machen die Beschwerdeführerinnen in ihrer Beschwerde eingangs geltend, das Sportangebot von Teleclub sei ohne Relevanz für den TV-Plattformwettbewerb (vgl. Beschwerde, Rz. 14 ff.), aufgrund der Gegenmacht der Kabelnetzbetreiber könne sie nicht marktbeherrschend sein und habe entsprechend nicht missbräuchlich handeln können (vgl. Beschwerde, Rz. 18 ff.). Zudem verfüge die Vorinstanz im Ergebnis die Zwangsverbreitung des Sportangebots von Teleclub; diese Zwangsverbreitung höhle den immaterialgüterrechtlichen Schutz am Sportprogramm von Teleclub im Kern aus (vgl. Beschwerde, Rz. 23 ff.). Auf diese Rügen ist an geeigneter Stelle einzugehen: Die Relevanz des Sportangebots ist unter den Tatbeständen der Verweigerung von Geschäftsbeziehungen (E. 9.2.5) und der Diskriminierung von Handelspartnern (E. 9.3.3) zu behandeln, die geltend gemachte Gegenmacht der Kabelnetzbetreiber unter dem Titel "Stellung der Marktgegenseite" (E. 8.5.3), und das Thema "Zwangsverbreitung/immaterialgüterrechtlicher Schutz" unter den Titeln "Vorbehaltene Vorschriften" (E. 3.3), "Verfassungsrechtliche Rügen" (E. 4.1, E. 4.2) sowie "Verhinderung eines neuen Erzeugnisses?" (E. 9.2.7).

Weitere wichtige Beschwerdegründe (vgl. Beschwerde, Rz. 33 ff., "Übersicht über die wichtigsten Beschwerdegründe") beziehen sich auf die Fragen der Verletzung des Verhältnismässigkeitsprinzips (vgl. E. 4.1), der Eigentumsgarantie (vgl. E. 4.2), des Untersuchungsgrundsatzes (vgl. E. 5.1) sowie des Anspruchs auf rechtliches Gehör (vgl. E. 5.2). Auch andere Themen, wie der von den Beschwerdeführerinnen thematisierte Investitions- und Innovationsschutz, kommen in den dafür geeigneten Erwägungen zur Sprache (vgl. E. 9.2.1.5, 9.2.8.2, 9.3.5.3), ebenso der Zeitraum der abgeklärten Marktverhältnisse (vgl. E. 5.1.4), die Verwertung und Würdigung von Beweisen wie Marktbefragungen (vgl. u.a. E. 5.1.3 ff., 7.2.8.7 f., 9.2.5.2.1 ff.), die von den Beschwerdeführerinnen als unzulänglich qualifizierten technischen Möglichkeiten der Drittplattformen (vgl. E. 5.1.5 ff., 9.2.8.1, 9.3.5.1), die Märkte für die Bereitstellung von Pay-TV-Inhalten (vgl. E. 7.2.4 ff.) sowie andere von den Beschwerdeführerinnen aufgeworfene Fragen zur Marktabgrenzung (vgl. E. 7), zur Marktstellung (E. 8), zu den einzelnen Tatbeständen (vgl. E. 9) und zur Sanktionierung (E. 11).

2.3 Streitgegenstand

2.3.1 Mit Beschwerdeantwort vom 6. Dezember 2019 stellte die Beschwerdegegnerin folgende Anträge:

> "1. Es sei die Beschwerde der Beschwerdeführerinnen abzuweisen und es sei die Sanktion gemäss Dispositiv Ziffer 1 der Verfügung der Vorinstanz vom 9. Mai 2016 neu zu berechnen, insbesondere auf Grundlage (a) des relevanten Umsatzes der Beschwerdeführerinnen in den drei Geschäftsjahren, welche dem Urteil des Gerichtes vorgegangen sein werden sowie (b) eines Dauerzuschlages von (mindestens) 130 % entsprechend der Dauer des Wettbewerbsverstosses.
>
> 2. Eventualiter sei die Beschwerde der Beschwerdeführerinnen abzuweisen und es sei die Sanktion gemäss Dispositiv Ziffer 1 der Verfügung der Vorinstanz vom 9. Mai 2016 neu zu berechnen, insbesondere auf Grundlage (a) des relevanten Umsatzes der Beschwerdeführerinnen in den drei Geschäftsjahren 2013, 2014 und 2015 sowie (b) eines Dauerzuschlages von 100 %.
>
> 3. Subeventualiter sei die Beschwerde der Beschwerdeführerinnen abzuweisen und die Verfügung der Vorinstanz vom 9. Mai 2016 an die Vorinstanz zur neuen Berechnung der Sanktion gemäss den Anträgen 1 bzw. 2 zurückzuweisen.
>
> 4. Subsubeventualiter sei die Beschwerde der Beschwerdeführerinnen abzuweisen.
>
> unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beschwerdeführerinnen und/oder des Bundes."

Im Laufe des Beschwerdeverfahrens änderte die Beschwerdegegnerin Ziffer 2 ihrer Rechtsbegehren. Sie beantragt neu, dass zur Sanktionsberechnung auf die drei Geschäftsjahre vor Aufgabe des unzulässigen Verhaltens abzustellen sei (vgl. Eingabe der Beschwerdegegnerin vom 27. April 2021, Rz. 59).

Zudem stellt die Beschwerdegegnerin folgenden Beweisantrag:

> "Es sei der Sachverhalt soweit notwendig zu untersuchen, um die Sanktion für die missbräuchlichen Verhaltensweisen der Beschwerdeführerinnen, insbesondere unter Berücksichtigung der fortgesetzten Verweigerung von Geschäftsbeziehungen, Diskriminierung von Handelspartnern und Erzwingung unangemessener Geschäftsbedingungen, antragsgemäss neu berechnen zu können."

Die Beschwerdeführerinnen beantragen mit Replik vom 20. August 2020, auf diese Anträge nicht einzutreten. Zur Begründung führen sie aus, mit ihrer Beschwerdeantwort versuche die Beschwerdegegnerin in unzulässiger Weise den Streitgegenstand zu erweitern, welcher aber durch die Beschwerde schon abschliessend bestimmt

sei. Damit bezwecke sie, höhere Schadenersatzzahlungen in einem späteren kartellzivilrechtlichen Verfahren zu erlangen. Die ungenügende Auseinandersetzung mit der Beschwerde und der angefochtenen Verfügung zeige, dass es der Beschwerdegegnerin bloss darum gehe, eigene Interessen zu verfolgen, was nicht Sinn und Zweck des kartellrechtlichen Sanktionsverfahrens sei (vgl. Replik, Rz. 265 ff.; Stellungnahme vom 31. März 2021, Rz. 106).

2.3.2 Streitgegenstand im System der nachträglichen Verwaltungsrechtspflege ist das Rechtsverhältnis, welches - im Rahmen des durch die Verfügung bestimmten Anfechtungsgegenstandes - den auf Grund der Beschwerdebegehren effektiv angefochtenen Verfügungsgegenstand bildet (vgl. BGE 131 V 164 E. 2.1; 131 II 200 E. 3.2). Fragen, über welche die erstinstanzlich verfügende Behörde nicht entschieden hat und nicht entscheiden musste, darf die zweite Instanz nicht beurteilen; sonst würde in die funktionelle Zuständigkeit der ersten Instanz eingegriffen (vgl. Urteile des BVGer B-2863/2014 vom 9. Dezember 2020 E. 6.4; A-5042/2018 vom 22. März 2019 E. 2.4.1, "Beteiligung der SRG an Joint Venture"; mit Verweis auf: MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, 2. Auflage 2013, Rz. 2.8).

Entsprechend stellt sich die Frage, was Gegenstand des vorinstanzlichen Verfahrens war oder hätte sein müssen. Im Verwaltungsverfahren vor den Wettbewerbsbehörden gilt die Offizialmaxime (vgl. STEFAN BILGER, Das Verwaltungsverfahren zur Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen, Freiburg 2002, S. 59; JÜRG BORER, Wettbewerbsrecht I, Schweizerisches Kartellgesetz, 3. Aufl. 2011, Art. 43, Rz. 7; HEINEMANN/KELLERHALS, Wettbewerbsrecht in a nutshell, Zürich/St. Gallen 2014, S. 120; MARTIN DANIEL KÜNG, Prozessmaximen im Verwaltungsverfahren, Bern 2020, Rz. 93; MARBACH/DUCREY/WILD, Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, 4. Aufl. Bern 2017, Rz. 1825), d.h. die Behörde leitet von Amtes wegen ein Verfahren nicht nur ein und schliesst es ab, sondern bestimmt auch den Verfahrensgegenstand (vgl. BILGER, a.a.O., S. 59; HEINEMANN/KELLERHALS, a.a.O., S. 120; KÜNG, a.a.O., Rz. 69; MARBACH/DUCREY/WILD, a.a.O., Rz. 1825).

2.3.3 Gegenstand der angefochtenen Verfügung vom 9. Mai 2016 und Streitgegenstand im vorliegenden Beschwerdeverfahren bilden die den Beschwerdeführerinnen im Verfahren "Sport im Pay-TV" auferlegte Sanktion und die Verfahrenskosten. Ausgangspunkt der Sanktion ist das den Beschwerdeführerinnen vorgeworfene und von der Vorinstanz als missbräuchlich qualifizierte Verhalten (vgl. Zwischenentscheid des BVGer B-4003/2016 vom 21. März 2017 E. 5.2, "Sport im Pay-TV").

Aus der Begründung, auf die in casu zurückgegriffen werden muss, um die Sanktion zu verstehen (vgl. BGE 131 II 200 E. 3.3), ergibt sich, dass das im Zeitraum zwischen Herbst 2006 und Ende 2013 untersuchte Verhalten zur angefochtenen Sanktion führte (vgl. Verfügung, Rz. 2). Gestützt auf die in diesem Zeitraum begangenen Verstösse berechnete die Vorinstanz auch die strittige Sanktion.

In diesem Zusammenhang kritisiert die Beschwerdegegnerin, die Vorinstanz habe den Untersuchungszeitraum in der angefochtenen Verfügung in unzulässiger Weise auf den Zeitraum bis 2013 beschränkt. Sie hätte jedoch die fortgesetzten sanktionsrelevanten Verhaltensweisen der Beschwerdeführerinnen bis zum Zeitpunkt der angefochtenen Verfügung berücksichtigen, feststellen und sanktionieren müssen (Beschwerdeantwort, Rz. 13 ff.). Grundsätzlich trifft zu, dass sich Verfügungen der Vorinstanz auf die bei Erlass der Verfügung aktuellen Verhältnisse stützen sollten. Insofern müsste die Untersuchung das ganze beanstandete Verhalten umfassen. Indessen kann von der Vorinstanz - insbesondere auch aus verfahrensökonomischen Gründen - nicht gefordert werden, dass der Sachverhalt rollend stets neu zu erheben ist (vgl. Urteil der REKO/WEF FB/2004-1 vom 27. September 2005 E. 5.3.4 "Ticketcorner", in: RPW 2005/4, S. 672 ff., S. 696). Kürzt die Vorinstanz in diesem Sinne den Untersuchungszeitraum, obwohl das beanstandete Verhalten mutmasslich anhält, muss die Behörde sicherstellen, dass das effektiv untersuchte Verhalten und die verfügte Sanktion repräsentativ für das ganze (gleichartige) Verhalten der Untersuchungsadressatinnen ist. Denn es würde Treu und Glauben widersprechen, wenn die Vorinstanz das anlässlich der ersten Untersuchung ungeprüft gebliebene Verhalten zum Gegenstand eines weiteren Verfahrens machen und sanktionieren würde.

Im vorliegenden Fall hat sich die Vorinstanz entschieden, die Untersuchung auf den Zeitraum von 2006 bis 2013 zu beschränken, was mit dem Offizialprinzip vereinbar ist (vgl. auch Urteile des BVGer A-5042/2018 und A-5075/2018 vom 22. März 2019 E. 2.4.4, "Beteiligung der SRG an Joint Venture"). Es sind zudem keine Gründe ersichtlich, diesen Zeitraum als nicht repräsentativ für das beanstandete Verhalten zu qualifizieren. Eine zeitlich daran anknüpfende Untersuchung hat die Vorinstanz weder eingeleitet noch angekündigt. Insofern war es auch gestützt auf den Grundsatz von Treu und Glauben vertretbar, den Sachverhalt ab 2014 bis zum Erlass der angefochtenen Verfügung nicht weiter abzuklären. Als Zwischenergebnis ist festzuhalten, dass die zeitliche Einschränkung der Untersuchung keine Rückweisung an die Vorinstanz rechtfertigt.

2.3.4 Eine Pflicht zu einer weitergehenden Untersuchung obliegt auch dem Bundesverwaltungsgericht nicht, weder für den Zeitraum ab 2014 bis zum Erlass der angefochtenen Verfügung, noch für den Zeitraum ab Erlass der angefochtenen Verfügung bis zum Erlass des vorliegenden Urteils. Denn die Pflicht der Behörde zur Feststellung des Sachverhalts von Amtes wegen wird durch den Streitgegenstand begrenzt. Einzig der zum Streitgegenstand gehörende Sachverhalt ist von Amtes wegen abzuklären (vgl. Urteile des BVGer A-5042/2018 und A-5075/2018 vom 22. März 2019 E. 2.5, mit Verweis auf: KRAUSKOPF/EMMENEGGER/BABEY, in: Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar VwVG, 2. Aufl. 2016, Art. 12 N 23; FRITZ GYGI, Bundesverwaltungsgerichtspflege, 2. Aufl. 1983, S. 43; KÜNG, a.a.O., Rz. 253, 769 f.; vgl. auch: JÜRG BOSSHART, Überprüfung und Ermittlung des Sachverhalts im zürcherischen Steuerjustizverfahren, in: Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht [ZBl] 1984, S. 1 ff., S. 18). Im Beschwerdeverfahren muss die Rechtsmittelbehörde den Sachverhalt daher nicht von Grund auf ermitteln,

sondern hat nur zu überprüfen, ob die Vorinstanz ihn richtig erhoben hat (vgl. CHRISTOPH AUER/ANJA MARTINA BINDER, in: DIKE-Kommentar VwVG, 2. Aufl. 2019 [DIKE-VwVG], Art. 12, Rz. 10; BILGER, a.a.O., S. 402; GYGI, a.a.O., S. 270).

Zwar kann es im Folgenden angezeigt sein, Verhältnisse ab dem Jahr 2014 mit zu berücksichtigen, bezweckte die Beteiligung von Sunrise als Beschwerdegegnerin doch, Entwicklungen im Fernseh- und Plattformmarkt in die Beurteilung der Beschwerde einzubeziehen, die über das von der Vorinstanz untersuchte historische Marktverhalten zwischen Herbst 2006 und Ende 2013 hinausgehen (vgl. Zwischenentscheid des BVGer B-4003/2016 vom 21. März 2017 E. 5.3, "Sport im Pay-TV"). Gerade mit Blick auf den strafrechtlichen Charakter des Sanktionsverfahrens verbietet sich jedoch eine zeitliche Vermischung der massgeblichen Umstände mit Ereignissen aus anderen Zeitperioden. Massgebend ist im Beschwerdeverfahren zwar der Sachverhalt im Urteilszeitpunkt (vgl. auch Replik, Rz. 9 ff.); nachträglich zur angefochtenen Verfügung ergangene Entwicklungen sind aber nur zu berücksichtigen, sofern sie zwingend Schlüsse bezüglich des Streitgegenstand bildenden Sachverhalts zulassen (BGE 139 I 72 E. 9.2.2, "Publigroupe").

Was den Streitgegenstand betrifft, bleibt für das Bundesverwaltungsgericht somit der von der Vorinstanz untersuchte Zeitraum (2006 bis 2013) massgebend. Die Anträge 1-3 der Beschwerdegegnerin und der damit zusammenhängende Beweisantrag würden zu einer Erweiterung des sich auch aus der Begründung ergebenden Streitgegenstandes führen, weshalb auf diese nicht einzutreten ist.

3. Geltungs- und Anwendungsbereich des Kartellgesetzes

Zunächst ist zu prüfen, ob der vorliegende Sachverhalt vom Geltungsbereich des Kartellgesetzes erfasst wird. Nach Art. 2 Abs. 1 des Kartellgesetzes vom 6. Oktober 1995 (KG, SR 251) gilt das Kartellgesetz für Unternehmen des privaten und des öffentlichen Rechts, die Kartell- oder andere Wettbewerbsabreden treffen, Marktmacht ausüben oder sich an Unternehmenszusammenschlüssen beteiligen.

3.1 Persönlicher Geltungsbereich

3.1.1 Nach Art. 2 Abs. 1 KG setzt die Anwendung des Kartellgesetzes in persönlicher Hinsicht ein Handeln als Unternehmen voraus. Als Unternehmen gelten sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform (Art. 2 Abs. 1bis KG).

3.1.2 Der persönliche Geltungsbereich ist demnach an den Unternehmensbegriff geknüpft. Im vorliegenden Fall stellt sich die Frage des Unternehmensbegriffs im Kontext eines Konzernsachverhalts. Ein Konzern liegt vor, wenn mehrere rechtlich selbständig organisierte Unternehmen wirtschaftlich unter einheitlicher Leitung zu einem Gesamtunternehmen als wirtschaftlicher Einheit zusammengefasst sind (vgl. BGE 130 III 213 E. 2.2.1; JEAN NICOLAS DRUEY, in: Druey/Druey Just/Glanzmann, Gesellschafts- und Handelsrecht, 12. Aufl. Zürich 2021, §1 Rz. 95 ff.). Als Unternehmen im Sinne von Art. 2 Abs. 1bis KG gilt in Konzernsachverhalten der Konzern als Ganzes, nicht eine bestimmte Gruppengesellschaft (vgl. Urteil des BGer 2C_484/2010 vom 29. Juni 2012 E. 3, "Publigroupe" [in BGE 139 I 72 nicht publizierte Erwägung]; Urteile des BVGer B-7633/2009 Ziff. 29, "Preispolitik ADSL"; B-581/2012 vom 16. September 2016 E. 4.1.3, "Nikon"; B-2977/ 2007 vom 27. April 2010 E. 4.1 "Publigroupe"; RALF MICHAEL STRAUB, Der Konzern als Kartellrechtssubjekt, in: Festschrift für Anton K. Schnyder zum 65. Geburtstag, 2018, S. 1269 ff., S. 1278 ff.; RETO HEIZMANN/MICHAEL MAYER, in: Zäch/Arnet/Baldi/Kiener/Schaller/Schraner/ Spühler [Hrsg.], DIKE-Kommentar KG [nachfolgend: DIKE-KG], Zürich/St. Gallen 2018, Art. 2, Rz. 31; BORER, a.a.O., Art. 2 , Rz. 11; MARC AMSTUTZ/RAMIN SILVAN GOHARI, in: Amstutz/Reinert [Hrsg.], Basler Kommentar zum KG [BSK-KG], 2. Aufl. 2021, Art. 2 Rz. 102, 118; ROGER ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht [nachfolgend: ZÄCH, Kartellrecht], 2. Aufl. 2005, Rz. 256).

Bei der Beurteilung von missbräuchlichen Verhaltensweisen im Sinne von Art. 7 KG (vgl. hinten, E. 9.1 ff.) ist demzufolge die Marktmacht des gesamten Konzerns zu berücksichtigen (vgl. Urteile des BVGer B-7633/ 2009 Rz. 26 ff., "Preispolitik ADSL"; B-581/ 2012 E. 4.1.3, "Nikon"; HEIZMANN/MAYER, DIKE-KG, Art. 2, Rz. 33; AMSTUTZ/GOHARI, BSK-KG, Art. 2 Rz. 119; BORER, a.a.O., Art. 2 Rz. 11; ZÄCH, Kartellrecht, Rz. 256; LINDA KUBLI, Das kartellrechtliche Sanktionssubjekt im Konzern, Basel 2014, S. 137).

Dem Konzern kommt im Kartellverfahren mangels eigener Rechtspersönlichkeit praxisgemäss jedoch keine Parteistellung zu (vgl. Urteile des BVGer B-7633/2009 Rz. 68 ff., "Preispolitik ADSL"; B-581/2012 E. 4.1.4, "Nikon"; B-2977/2007 E. 4.1 ff., "Publigroupe"). Generell wird in der schweizerischen Lehre die Auffassung vertreten, dass Verfügungsadressat und Unternehmen im Sinne von Art. 2 Abs. 1 bis KG bzw. Unternehmen und Sanktionssubjekt nicht identisch zu sein haben (vgl. Urteil des BVGer B-581/2012 E. 4.1.4, "Nikon", mit Verweis auf KUBLI, a.a.O., S. 181 ff.; AMSTUTZ/GOHARI, BSK-KG, Art. 2 Rz. 121 ff.).

3.1.3 Die Swisscom (Schweiz) AG (Beschwerdeführerin 1) ist die schweizerische Gruppengesellschaft der Swisscom-Gruppe mit der Swisscom AG (nachfolgend: Swisscom) als Top-Holdinggesellschaft der Gruppe.

Die CT Cinetrade AG (neu: Blue Entertainment AG; nachfolgend: Cinetrade; Beschwerdeführerin 2) ist die Muttergesellschaft der Cinetrade-Gruppe. Bis zu ihrer Fusion mit der Beschwerdeführerin 2 im April 2021 war die Teleclub AG (nachfolgend: Teleclub; vormalige Beschwerdeführerin 3) einfache Gruppengesellschaft. Infolge der Fusion übernahm die Beschwerdeführerin 2 die verfahrensrechtliche Position der Beschwerdeführerin 3 (vgl. Eingabe der Beschwerdeführerinnen vom 9. Mai 2022).

Mit Verfügung vom 18. November 2013 erkannte die Vorinstanz, dass der über die Cinetrade-Mehrheitsbeteiligung verfügende ehemalige Verwaltungsratspräsident und CEO mangels eigener Teilnahme am Wirtschaftsprozess nicht als "Unternehmen" gilt, und stellte die Untersuchung gegen ihn ein (vgl. RPW 2014/2 S. 391 ff., Rz. 26 ff.; vgl. auch FRANK BREMER,

Strafsanktionen gegen natürliche Personen im schweizerischen Kartellrecht, S. 49). In zeitlicher Hinsicht ist insofern zu differenzieren, als für die Zeit bis zum 30. April 2013 (Übernahme der Aktienmehrheit an Cinetrade durch Swisscom) Swisscom und Cinetrade zusammen (ohne den damaligen Mehrheitsaktionär) als Unternehmen im Sinne Art. 2 Abs. 1bis KG gelten (vgl. Verfügung, Rz. 315); für die Zeit danach ist Swisscom (inkl. Cinetrade-Gruppe) massgebliches Kartellrechtssubjekt. Diese Unternehmen üben nach der Auffassung der Vorinstanz Marktmacht aus, weshalb sie im persönlichen Anwendungsbereich des Kartellgesetzes liegen.

3.2 Sachlicher und räumlicher Geltungsbereich

Unbestrittenermassen kommt das KG zudem im vorliegenden Fall in sachlicher und räumlicher Hinsicht zur Anwendung, da zu beurteilen ist, ob die Beschwerdeführerinnen Marktmacht im Sinne von Art. 2 Abs. 1 KG ausgeübt haben, die sich in der Schweiz ausgewirkt hat (Art. 2 Abs. 2 KG).

3.3 Vorbehaltene Vorschriften

3.3.1 Ebenfalls unbestritten ist, dass es in den hier relevanten Märkten (vgl. nachfolgende E. 7) keine Vorschriften gibt, die Wettbewerb nicht zulassen (Art. 3 Abs. 1 KG). Es liegt auch keine Vereinbarung zwischen Wettbewerbsbehörde und Preisüberwacher über die vorrangige Durchführung eines Verfahrens nach dem Preisüberwachungsgesetz vor (Art. 3 Abs. 3 KG).

3.3.2 Die Parteien sind sich indessen nicht einig darüber, ob auf den vorliegenden Fall der Immaterialgüterrechtsvorbehalt (Art. 3 Abs. 2 Satz 1 KG) Anwendung findet (vgl. Verfügung, Rz. 327 ff.; Beschwerde, Rz. 164 ff.; Replik, Rz. 99 f.). Danach fallen Wettbewerbswirkungen, die sich ausschliesslich aus der Gesetzgebung über das geistige Eigentum ergeben, nicht unter das Gesetz.

3.3.2.1 In Praxis und Lehre wird heute überwiegend eine restriktive Interpretation von Art. 3 Abs. 2 KG und in der Folge eine weite, im Ergebnis uneingeschränkte Anwendung des Kartellgesetzes postuliert (vgl. Urteil des BVGer B-831/2011 vom 18. Dezember 2018 Rz. 86, "Six Group" [angefochten beim BGer], mit Hinweisen auf Praxis und Lehre, u.a. FIALA, Das Verhältnis zwischen Immaterialgüter- und Kartellrecht, 2006, 130, 149 und 151; ANDREAS HEINEMANN, Demarkation von Immaterialgüter- und Kartellrecht? - Eine kritische Analyse, in: Zäch [Hrsg.], Schweizerisches Kartellrecht - an Wendepunkten?, 2009, 44 ff.; RETO HILTY, in: BSK-KG, Art. 3 Abs. 2 Rz. 45; BERNHARD RAFAEL KELLER, Kartellrechtliche Schranken für Lizenzverträge, 2004, 63 f.; PIERRE-ALAIN KILLIAS, in: Martenet/Bovet/Tercier [Hrsg.], Commentaire Romand, Droit de la concurrence, 2. Aufl. 2013, zit. CR Concurrence, Art. 3 Abs. 2 Rz. 14; GEGORG RAUBER, Verhältnis des neuen Rechts zum Immaterialgüterrecht, in: Stoffel/Zäch [Hrsg.], Kartellgesetzrevision 2003 - Neuerungen und Folgen, 2004, S. 196 f.; ROLF H. WEBER, Kartellrecht Einleitung, Geltungsbereich und Verhältnis zu anderen Rechtsvorschriften, in: von Büren/David [Hrsg.], Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht [SIWR], Bd. V/2, Basel 2000, S. 50 f.).

Auch die Evaluationsgruppe Kartellgesetz fordert mit der herrschenden Lehre, dass Art. 3 Abs. 2 KG restriktiv auszulegen sei. Ein Sachverhalt mit immaterialgüter- und wettbewerbsrechtlichen Komponenten könne infolgedessen praktisch immer anhand des materiellen Kartellrechts geprüft werden (vgl. EVALUATIONSGRUPPE KG, Studien zu Einzelbestimmungen [Art. 3 Abs. 2 KG: Einfuhrbeschränkungen, geistiges Eigentum; Art. 5 Abs. 4 KG: vertikale Vereinbarungen], Projektbericht P2, 2008 KG, 14 f.). Die Abgrenzung könne sich dann nur aus der materiellen Beurteilung eines Sachverhalts gestützt auf Art. 5 oder 7 KG ergeben (vgl. EVALUATIONSGRUPPE KG, 9).

Wie noch zu zeigen sein wird (vgl. E. 8.4), hat Cinetrade zahlreiche Medienrechtsverträge mit exklusiven Rechten für Fussball- und Eishockeyübertragungen abgeschlossen, bezüglich derer die Vorinstanz den Beschwerdeführerinnen missbräuchliche Verhaltensweisen vorwirft.

3.3.2.2 Nach überwiegender Auffassung in der Schweiz sind Sportveranstaltungen wie Fussball- und Eishockeyspiele keine urheberrechtlich geschützten Werke im Sinne von Art. 2 des Urheberrechtsgesetzes vom 9. Oktober 1992 (URG; SR 231.1; vgl. Urteil des BVGer A-7970/2007 vom 28. August 2008 E. 8.4; DENIS BARRELET/WILLI EGLOFF, Das neue Urheberrecht, 4. Aufl., Bern 2020, Art. 2, Rz. 30; IVAN CHERPILLOD, in: Müller/ Oertli, SHK-Urheberrechtsgesetz, 2. Aufl. Bern 2012, Art. 2, Rz. 12; THOMAS HÜGI, Sportrecht, Bern 2015, S. 194; RETO ARPAGAUS, Fragen im Zusammenhang mit den Uefa-Lizenzen für das Public Viewing bei der Fussball-Europameisterschaft 2008, in: sic! Zeitschrift für Immaterialgüter-, Informations- und Wettbewerbsrecht 2/2008, S. 87 ff., S. 89; vgl. auch für die EU-Ebene: CABRERA BLÁZQUEZ/CAPPELLO/FONTAINE/VALAIS, Audiovisuelle Sportrechte - zwischen Exklusivität und dem Recht auf Information, IRIS Plus, Europäische Audiovisuelle Informationsstelle, Strassburg 2016, S. 13). Wieweit Sendungen über Sportveranstaltungen usw. als geschützte Werke anzusehen sind, ist umstritten (vgl. BGE 107 II 82 E. 4a). In der Literatur wird die Ansicht vertreten, solche Sendungen könnten den Charakter eines audiovisuellen Werkes (Art. 2 Abs. 2 Bst. g URG) aufweisen, sofern sich Kameraführung, Bildregie sowie Kommentare nicht bloss auf die möglichst getreue Darstellung realer Ereignisse beschränkten (vgl. HÜGI, a.a.O., S. 194 f.; SIMON OSTERWALDER, Übertragungsrechte an Sportveranstaltungen, Bern 2004, S. 239 f.; RETO M. HILTY, Urheberrecht, 2. Aufl., Bern 2020 [nachfolgend: HILTY, Urheberrecht], Rz. 210; für die EU-Ebene vgl. CABRERA BLÁZQUEZ et al, a.a.O., S. 17 f.; kritisch: ARPAGAUS, a.a.O., S. 89; ROLAND VON BÜREN/MICHAEL A. MEER, in: von Büren/David, SIWR II/1, Basel 2014, Rz. 351). Inhaltliches Ziel auch der mit grossem Aufwand produzierten Live-Sendung eines Fussball-Matches ist indessen letztlich die möglichst realitätsnahe und detailgetreue Erfassung des Spiels, angereichert durch Kommentare, Statistiken, Interviews etc. Insofern steht der Berichterstattungszweck im Vordergrund (vgl. ARPAGAUS, a.a.O., S. 91). Dies hat zur Folge, dass für individuelle oder originelle Merkmale (vgl. Art. 2 Abs. 1 URG) praktisch kein Raum bleibt (vgl. BGE 113 II 190 E. I.2.a, "Le Corbusier"), weshalb die Werkqualität einer Live-Fussballübertragung in Frage zu stellen ist (vgl. ARPA-

GAUS, a.a.O., S. 91; differenzierend HÜGI, a.a.O., S. 195, Fn. 71, der einfachen Live-Übertragungen den Werkcharakter abspricht, was bei einer grossen Anzahl wöchentlich stattfindender Liga-Spiele, die mit einem geringen Aufwand mit wenigen Kameras übertragen würden, der Fall sein könne).

3.3.2.3 Wird die Werkqualität von Live-Sportübertragungen dagegen bejaht, stehen dem Urheber insbesondere die in Art. 10 Abs. 2 URG genannten Nutzungsrechte zu, etwa das Senderecht (Art. 10 Abs. 2 Bst. d URG). Aufzeichnungen von Sportveranstaltungen können zudem Gegenstand von sog. verwandten Schutzrechten (vgl. Art. 33 ff. URG) sein. Der in Art. 37 URG statuierte Leistungsschutz des Sendeunternehmens verlangt nicht, dass es sich bei den Sendungen um urheberrechtlich geschützte Werke handelt (vgl. REHBINDER/VIGANO, Kommentar URG, Zürich 2008, Art. 37, Rz. 5; PETER MOSIMANN, in: von Büren/David, SIWR II/1, Basel 2014, Rz. 1156; ROLF AUF DER MAUR, in: Müller/Oertli, SHK-Urheberrechtsgesetz, Bern 2012, Art. 37, Rz. 5a). Vielmehr bezieht sich der Schutz auf jede Art von Sendung, unabhängig von deren Inhalt, also auch auf Sportübertragungen, Nachrichtensendungen etc. (vgl. BARRELET/EGLOFF, a.a.O., Art. 37, Rz. 7; AUF DER MAUR, a.a.O., Art. 37, Rz. 5a). Der Schutz gilt der technischen, organisatorischen und wirtschaftlichen Unternehmensleistung, welche den tatsächlichen Sendevorgang ermöglicht (vgl. REHBINDER/VIGANO, a.a.O., Art. 37, Rz. 1f.; MOSIMANN, a.a.O., Rz. 1152 und 1156; AUF DER MAUR, a.a.O., Art. 37, Rz. 5a). Geschützt ist somit nicht das Programm, sondern die Leistung des Veranstalters als solche (vgl. MOSIMANN, a.a.O., Rz. 1152 und 1158). Der Leistungsschutz des Sendeunternehmens ist auf einen abschliessenden Katalog einzelner Ausschliesslichkeitsrechte beschränkt (vgl. REHBINDER/VIGANO, a.a.O., Art. 37, Rz. 6). Diese berechtigen das Sendeunternehmen alleine, eine Sendung weiterzuleiten, wahrnehmbar und zugänglich zu machen, aufzunehmen, zu vervielfältigen sowie Vervielfältigungsexemplare zu verbreiten (Art. 37 Bst. a - e URG).

3.3.2.4 Die Herstellung des Sendesignals für das Fernsehen, für mobile Geräte und für das Internet ist das zentrale Element für die mediale Verwertung einer Sportveranstaltung. Das Sendesignal, das im Kern aus dem Basis-Signal (Basic Feed) besteht, wird vom Host Broadcaster hergestellt, der in der Regel ein lokaler Fernsehsender oder ein spezialisierter Produktionsdienstleister (im Auftrag des Veranstalters oder Vermarkters) ist (vgl. HÜGI, a.a.O., S. 191 f.). Um überhaupt das Sendesignal herstellen zu können, braucht der Host Broadcaster Zutritt zum Sportstadion; dieser Zutritt wird ihm vom Sportveranstalter auf der Basis seines Hausrechts gewährt (vgl. HÜGI, a.a.O., S. 187; ARPAGAUS, a.a.O., S. 89). Die Abgabe respektive Weiterleitung des Sendesignals erfolgt im Rahmen von sog. Medienrechtsverträgen. Hauptgegenstand solcher Verträge ist das Recht zur Übertragung einer Sportveranstaltung durch Nutzung des Sendesignals gegen Entgelt (HÜGI, a.a.O., S. 187 ff.; ARPAGAUS, a.a.O., S. 89 [unter Verwendung des Begriffs "Übertragungsrechtevertrag"]), wobei häufig von einer "Lizenz" am Basis-Signal gesprochen wird (vgl. HÜGI, a.a.O., S. 187).

Es wird zwischen echten und unechten Lizenzverträgen unterschieden. Der echte (respektive eigentliche) Lizenzvertrag regelt die Überlassung des Gebrauchs und die Nutzung von Immaterialgüterrechten, die vom Gesetzgeber als absolute Rechte mit erga omnes-Wirkung konzipiert worden sind, unter anderem an urheberrechtlichen Werken (vgl. THOMAS PROBST, Der Lizenzvertrag: Grundlagen und Einzelfragen, in: Jusletter vom 2. September 2013, Rz. 10 ff.; MILAN JOVANOVIC, Die kartellrechtlich unzulässige Lizenzverweigerung, Zürich 2007, S. 214; RETO M. HILTY, Lizenzvertragsrecht, Bern 2001 [nachfolgend: HILTY, Lizenzvertragsrecht], S. 16 ff.). Indessen können auch immaterielle Güter ohne erga omnes-Wirkung Gegenstand von Lizenzverträgen sein; dabei handelt es sich um unechte Lizenzverträge (respektive Lizenzverträge im uneigentlichen Sinn). Gegenstand solcher Lizenzverträge sind nebst Know-how die mit technisch-organisatorischen Mitteln geschützten Informationen (vgl. PROBST, a.a.O., Rz. 19 ff.; JOVANOVIC, a.a.O., S. 214; HILTY, Lizenzvertragsrecht, S. 36 ff.). Auch Leistungsschutzrechte können mittels unechter Lizenzverträgen übertragen werden (vgl. HILTY, Lizenzvertragsrecht, S. 52 f.). Allen Arten von Lizenzverträgen kommt nach herrschender Lehre ein bloss obligatorischer Charakter zu. Ein Erwerb absoluter Rechte an einem Immaterialgut durch Abschluss eines Lizenzvertrags ist somit nicht möglich (vgl. JOVANOVIC, a.a.O., S. 216; HILTY, Lizenzvertragsrecht, S. 107 ff.; HILTY, Urheberrecht, Rz. 616 ff.). Dies gilt namentlich auch für echte und unechte Lizenzverträge mit Ausschliesslichkeitsklausel (vgl. HILTY, Lizenzvertragsrecht, S. 138 f.).

3.3.2.5 Damit ist erstellt, dass mit den hier zu prüfenden Medienrechts- respektive Lizenzverträgen Cinetrade keine absoluten Rechte an einem Immaterialgut übertragen wurden. Insofern geht es vorliegend nicht um Bestandesaspekte des geistigen Eigentums, sondern um die exklusive Ausgestaltung der Verwertungskanäle, weshalb der Vorbehalt der Nichtanwendung des Kartellgesetzes nicht zu greifen vermag (vgl. ROLF H. WEBER/SIMON OSTERWALDER, Zugang zu Premium Content: Grenzen einer Exklusivvermarktung nach schweizerischem Medien- und Wettbewerbsrecht, in: Weber/Osterwalder, Zugang zu Premium Content, Zürich 2006, S. 147).

3.3.2.6 Es ist zudem folgender grundsätzlicher Aspekt zu berücksichtigen: Das Urheberrechtsgesetz sieht nebst Urheberpersönlichkeitsrechten (vgl. namentlich die in Art. 9 und 11 URG aufgeführten Rechte) ein Bündel von Rechten vor, welches die kommerzielle Verwertung des Werkes sichern soll (sog. Verwertungs-, Verwendungs- oder Nutzungsrechte). Art. 10 Abs. 2 URG zählt die typischen Verwertungsrechte auf, deren Ausübung der Rechteinhaber jedem Dritten verbieten kann (vgl. statt vieler: KAISER RÜETSCHI, Immaterialgüterrecht in a nutshell, 3. Aufl. 2018, S. 35 ff.; vgl. auch § 11 des deutschen Gesetzes über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte "Das Urheberrecht schützt den Urheber in seinen geistigen und persönlichen Beziehungen zum Werk und in der Nutzung des Werkes. Es dient zugleich der Sicherung einer angemessenen Vergütung für die Nutzung des Werkes" und entsprechende Ausführungen hierzu: SCHRICKER/LOEWENHEIM, Urheberrecht, Kommentar, 6. A., München 2020, §11, Rz. 1 ff.).

Somit gehört die entgeltliche, ungestörte Nutzung von Urheberrechten zum Konzept des Urheberrechtsgesetzes. Die angefochtene Verfügung tangiert diese Nutzungsmöglichkeit nicht. Namentlich sieht sie nicht vor, dass sich konkurrierende TV-Plattformen unentgeltlich und unrechtmässig am Teleclub-Sportangebot bedienen dürfen, soweit die entsprechenden Übertragungen überhaupt als urheberrechtlich geschütztes Werk qualifizieren.

Abgesehen davon ist zu berücksichtigen, dass Urheberrechte bei natürlichen Personen entstehen (Art. 6 URG). Entsprechend müssten die Beschwerdeführerinnen als juristische Personen die Urheberrechte, auf die sie sich berufen (vgl. etwa Beschwerde, Rz. 116, 157, 164), vertraglich erworben haben. Sie vermögen indessen keine lückenlose Berechtigungskette nachzuweisen (vgl. REHBINDER/VIGANO, a.a.O., Art. 16, Rz. 6).

Insofern ist nicht erstellt, dass sie durch die angefochtene Verfügung in ihren eigenen Urheberrechten betroffen sind.

4. Verfassungsrechtliche Rügen

4.1 Verhältnismässigkeitsprinzip

4.1.1 Die Vorinstanz verletzt nach Auffassung der Beschwerdeführerinnen das Verhältnismässigkeitsprinzip und den Auftrag zur Verwirklichung der Grundrechte. Zur Begründung führen letztere aus, die Vorinstanz greife auf der Ebene der Verwertung der Übertragungsrechte ein, hätte aber - entsprechend der europäischen Praxis - die Rechtevergabe durch die Ligen überprüfen müssen. Das Verhältnismässigkeitsprinzip in Verbindung mit dem Auftrag, zur Grundrechtsverwirklichung beizutragen (Art. 35 Abs. 2 BV, SR 101) gebiete, diejenige Vorgehensweise zu wählen, welche die Grundrechte der Betroffenen bestmöglich respektiere (vgl. Beschwerde, Rz. 131 ff.; Replik, Rz. 90).

Auch die Beschwerdegegnerin ist der Ansicht, dass die Vorinstanz auf einer falschen Ebene eingegriffen habe: Die Intervention der Vorinstanz erfolge, soweit sie auf die Exklusivvergabe als solche ziele, auf der falschen Marktstufe, indem auf Ebene der Erwerber von Exklusivrechten statt auf Ebene der Rechtevergabe eingegriffen werde (vgl. Stellungnahme vom 27. April 2021, Rz. 37).

Die Vorinstanz hält dagegen, im europäischen Ausland sei nur auf der Ebene der Rechtevergabe eingegriffen worden, weil in jenen Jurisdiktionen kein vergleichbares wettbewerbliches Problem auf der Plattformebene wie in der Schweiz bestanden habe (vgl. Verfügung, Rz. 349). Zudem rief sie in der angefochtenen Verfügung in Erinnerung, dass den Wettbewerbsbehörden hinsichtlich der Untersuchungseröffnung ein grosser Ermessens- und Beurteilungsspielraum zustehe. Selbst wenn (auch) auf der Ebene der Zentralvermarktung ein kartellrechtliches Problem bestehen sollte, hindere dies die Wettbewerbsbehörden nicht daran, die vorliegend festgestellten Verhaltensweisen von Swisscom zu untersuchen (vgl. Verfügung, Rz. 345).

4.1.2 Wer staatliche Aufgaben wahrnimmt, ist an die Grundrechte gebunden und verpflichtet, zu ihrer Verwirklichung beizutragen (Art. 35 Abs. 2 BV). Damit betont die Bundesverfassung die Grundrechtspflichtigkeit sämtlicher Träger und Trägerinnen staatlicher Aufgaben auf allen Ebenen staatlicher Tätigkeit (Bund, Kantone und Gemeinden). Die Bestimmung macht deutlich, dass nicht die Art der Behörde oder des Organs, sondern jene der Aufgabenerfüllung ausschlaggebend dafür ist, unter welchen Voraussetzungen eine Bindung an die Grundrechte besteht (vgl. REGINA KIENER/WALTER KÄLIN/JUDITH WYTTENBACH, Grundrechte, 3. Aufl. 2018, Rz. 52). Im Verb "beitragen" klingt an, dass dem Grundrechtsverwirklichungsauftrag Begrenzungen innewohnen. Diese können nicht nur rechtlicher Art sein (Wahrung der Zuständigkeiten, Bindung an rechtsstaatliche Grundsätze und -rechte), sondern auch faktischer Natur: Auch der Staat kann nicht alles (vgl. GIOVANNI BIAGGINI, Kommentar BV, 2. Aufl., Zürich 2017, Art. 35, Rz. 14; BERNHARD WALDMANN, in: Basler Kommentar BV [BSK BV], Basel 2015, Art. 35 , Rz. 51).

Aus Art. 35 Abs. 2 BV ergibt sich somit kein Anspruch der Beschwerdeführerinnen, von jeglichem Grundrechtseingriff durch die Vorinstanz bei deren Aufgabenerfüllung verschont zu werden (vgl. WALDMANN, BSK BV, Art. 35, Rz. 52). Zudem gelten Grundrechte wie die Eigentumsgarantie (Art. 26 BV) und die Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 und 94 ff. BV) nicht absolut. Vielmehr können sie gemäss Art. 36 BV eingeschränkt werden, sofern dafür eine gesetzliche Grundlage besteht, der Eingriff im öffentlichen Interesse liegt, verhältnismässig ist und der Kerngehalt respektiert wird (vgl. Urteil des BVGer A-7970/2007 vom 28. August 2008 E. 9.2; BIAGGINI, a.a.O., Art. 36 Rz. 2 ff.). Das Verhältnismässigkeitsprinzip (Art. 5 Abs. 2 BV) muss namentlich bei der Ausübung des Ermessens eingehalten werden, ansonsten ein Ermessensmissbrauch vorliegt (vgl. BGE 142 II 268 E. 4.2.3, "Nikon"; Urteil des BVGer B-5117/2016 vom 30. Januar 2019 E. 9 betreffend Publikation des Schlussberichts). Wie die Vorinstanz in der angefochtenen Verfügung zu Recht in Erinnerung ruft, steht den Wettbewerbsbehörden hinsichtlich der Untersuchungseröffnung ein grosser Ermessens- und Beurteilungsspielraum zu (vgl. Urteil des BVGer B-463/2010 vom 19. Dezember 2013 E. 4.1.4, "Gebro"). Dieser Ermessensspielraum wird nicht verletzt, wenn die Wettbewerbsbehörden dort untersuchen (Art. 27 Abs. 1 KG) und gegebenenfalls eingreifen (Art. 30 Abs. 1 KG), wo sie Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung erkennen, selbst wenn dies auf einer anderen Ebene als in der europäischen Praxis üblich geschieht (vgl. Beschwerde, Rz. 193; Stellungnahme vom 31. März 2021, Rz. 13). Indem die Vorinstanz im Bereich der Bereitstellung des Teleclub-Angebots an die übrigen Plattformen eingegriffen hat, hat sie einen Schwerpunkt gesetzt, der allfällige Vorwürfe auf der Ebene der Rechtevergabe als zumindest weniger schwer erscheinen lässt. Bei der getroffenen Massnahme auf der von der Vorinstanz gewählten Ebene hat diese dann jedoch darauf zu achten, dass die Massnahme selbst nicht unverhältnismässig ist (vgl. BGE 132 II 49 E. 7.2; 130 I 65 E. 3.5.1).

Der Vorinstanz kann somit nicht vorgeworfen werden, sie habe das Verhältnismässigkeitsprinzip (i.V.m. Art. 35 Abs. 2 BV) verletzt respektive ihr Ermessen missbraucht, indem sie nicht auf der Ebene der Rechtevergabe eingegriffen hat.

4.1.3 Die angefochtene Verfügung ist nach Ansicht der Beschwerdeführerin auch deshalb unverhältnismässig, weil der Gesetzgeber mit dem Kurzberichterstattungsrecht und mit der Listenregelung (Art. 72 und 73 des Bundesgesetzes über Radio und Fernsehen [RTVG, SR 784.40]) eine abschliessende Regelung vorgesehen habe, welche im vorliegenden Fall weitergehende Zwangsmassnahmen verbiete (vgl. Beschwerde, Rz. 147 ff.).

Die Vorinstanz macht geltend, dass die Bezugnahme auf Art. 72 und 73 RTVG an der Sache vorbeigehe; mit den Massnahmen solle bloss sichergestellt werden, dass das Teleclub-Sport-Programmangebot diskriminierungsfrei auf grundsätzlich allen TV-Plattformen erhältlich sei.

4.1.3.1 Vom Kurzberichterstattungsrecht (Art. 72 RTVG) erfasst sind namentlich Fussball- und Eishockeyspiele; diese gelten als öffentliche Ereignisse (vgl. Urteil des BVGer A-7970/2007 vom 28. August 2008 E. 6). Zu diesen Ereignissen haben der Organisator des Ereignisses und der über Erstverwertungs- oder Exklusivrechte verfügende Programmveranstalter den interessierten Programmveranstaltern sowohl den sog. Physical Access (physischen Zugang) zum Veranstaltungsort (Art. 72 Abs. 3 Bst. a RTVG) als auch den sog. Signal Access, das Recht auf Freischaltung des produzierten Signals (Art. 72 Abs. 3 Bst. b RTVG) zu gewähren (vgl. BGE 135 II 224 E. 2.1; OSTERWALDER, a.a.O., S. 302 und 322). Der höchstens drei Minuten dauernde Kurzbericht darf erst nach Beendigung des Ereignisses ausgestrahlt werden (Art. 68 Abs. 1 und 3 der Radio- und Fernsehverordnung vom 9. März 2007 [RTVV, SR 784.401]). Das Kurzberichterstattungsrecht bezweckt, die ganze Bevölkerung mindestens in den Grundzügen über ein öffentliches Ereignis zu informieren, und soll die Meinungsvielfalt fördern, indem es ermöglicht, dass über ein Ereignis durch mehrere Programmveranstalter aus unterschiedlichen Perspektiven berichtet werden kann (vgl. Botschaft des Bundesrats vom 18. Dezember 2002 zur Totalrevision des Bundesgesetzes über Radio und Fernsehen, BBl 2003 1572, [nachfolgend: Botschaft RTVG], S. 1644; BGE 135 II 224 E. 2.2.1; OSTERWALDER, a.a.O., S. 286 f., mit Verweis auf Urteil des deutschen Bundesverfassungsgerichts vom 17. Februar 1998).

4.1.3.2 Die Listenregelung über Ereignisse von erheblicher gesellschaftlicher Bedeutung (Art. 73 RTVG) betrifft sämtliche Ereignisse, die in der vom UVEK geführten Liste (vgl. Anhang 2 der Verordnung des UVEK vom 5. Oktober 2007 über Radio und Fernsehen; SR 784.401.11) aufgeführt sind. Die in der Liste genannten Ereignisse sollen in der Schweiz frei und zeitgleich empfangbar bleiben und nicht nur im Pay-TV angeboten werden (vgl. Art. 71 RTVV; Liste der Ereignisse mit erheblicher gesellschaftlicher Bedeutung, <www.bakom.admin.ch>, zuletzt abgerufen am 26.01.2022; Botschaft RTVG, S. 1645; OSTERWALDER, a.a.O., S. 346). Dabei handelt es sich ausnahmslos um grosse Sportereignisse. Im Fussball sind die WM und die EM (inkl. die Qualifikationsspiele der schweizerischen Nationalmannschaft), der Final des schweizerischen Fussball-Cups sowie die Finalspiele der Europäischen Fussball-Vereinsmeisterschaften (Champions-League und Europa-League) genannt, im Eishockey die WM-Spiele der schweizerischen Nationalmannschaft sowie das Play-off-Finale der Schweizer Meisterschaft (ab viertem Spiel).

Wie die Kurzberichterstattung ist auch die Listenregelung medienpolitisch motiviert (vgl. OSTERWALDER, a.a.O., S. 323), während in wettbewerbsrechtlichen Verfahren wirtschaftliche Aspekte im Vordergrund stehen (Botschaft RTVG, S. 1646). Mit anderen Worten wird bei den vorgenannten rundfunkrechtlichen Massnahmen eine andere Interessenabwägung vorgenommen als bei wettbewerbsrechtlichen Massnahmen. Insofern tritt die rundfunkrechtliche Regulierung zur allgemeinen preis- und wettbewerblichen Ordnung hinzu und schliesst diese nicht aus (vgl. Urteil des BGer 2A.142/2003 vom 5. September 2003 E. 4.1.3, "Cablecom/Teleclub"). Es ist unter diesem Aspekt demnach nicht unverhältnismässig, wenn die Vorinstanz eine auf dem Kartellgesetz basierende Massnahme im Rundfunkbereich getroffen hat, zumal sich das Kartellgesetz auch auf den Markt der elektronischen Medien erstreckt (vgl. Botschaft RTVG, S. 1645).

4.1.3.3 Der Vollständigkeit halber ist im vorliegenden Zusammenhang noch auf das Fernmeldegesetz hinzuweisen, wonach keine Pflicht zum Zugang für die Verbreitung von Radio- und Fernsehprogrammen besteht (Art. 11 Abs. 5 FMG, SR 784.10). Mit dieser Bestimmung wurde klargestellt, dass Radio- und Fernsehprogramme nicht zu den Informationen gehören, für die marktbeherrschende Anbieterinnen von Fernmeldediensten ihre Einrichtungen und Dienste zur Verfügung stellen müssen.

4.1.3.4 Der vorliegende Fall geht über die von Art. 11 ff. FMG verlangte Interkonnektion hinaus (vgl. Urteil des BVGer A-7162/2008 vom 1. Februar 2010 E. 14.9.1), thematisiert er doch die grundsätzliche Bereitstellung von bestimmten Fernsehinhalten und damit lediglich eine Vorbedingung für den anschliessenden "Transport" von Fernsehprogrammen. Insofern könnten die Beschwerdeführerinnen auch aus Art. 11 Abs. 5 FMG nichts zu ihren Gunsten ableiten.

4.1.4 Soweit die Beschwerdeführerinnen schliesslich rügen, wie in der Verfügung der Vorinstanz vom 7. September 2020 in Sachen Eishockey Pay-TV (Untersuchung 32-0260) würde es als mildere Massnahme ausreichen, das Rohsignal zur Verfügung zu stellen (vgl. Stellungnahme der Beschwerdeführerinnen vom 31. März 2021, Rz. 14), ist darauf hinzuweisen, dass die Vorinstanz vorliegend auf die Anordnung kartellrechtlicher Massnahmen verzichtet hat. Namentlich in diesem Punkt unterscheidet sich das vorliegende Verfahren vom Verfahren in Sachen Eishockey im Pay-TV. Insofern erübrigt sich, auf diese Rüge weiter einzugehen.

4.2 Eigentumsgarantie

4.2.1 Die Beschwerdeführerin macht zudem geltend, aufgrund der Feststellung der angeblichen Wettbewerbswidrigkeit der massgebenden Verhaltensweisen durch die Vorinstanz sowie der zu erwartenden erneuten Sanktionierung bei deren Weiterführung bewirke die angefochtene Verfügung im Endeffekt mindestens ein implizites Verbot der massgebenden Verhaltensweisen. Dadurch werde Teleclub in der Freiheit der Verwertung ihrer durch die Eigentumsgarantie geschützten Urheber-

rechte wesentlich eingeschränkt. Der Eingriff in die Eigentumsgarantie sei nicht verhältnismässig, es sei kein öffentliches Interesse ersichtlich, und es werde bestritten, dass unter den vorliegenden Umständen Art. 30 i.V.m. Art. 7 KG als gesetzliche Grundlage für den Grundrechtseingriff taugen könne (vgl. Beschwerde, Rz. 157 ff.).

Ein allfälliger Eingriff in die Immaterialgüter- bzw. Eigentumsrechte, welcher den Zweck verfolge Wettbewerb wiederherzustellen, liegt nach Auffassung der Vorinstanz im öffentlichen Interesse. Auch die übrigen Voraussetzungen für einen Grundrechtseingriff seien erfüllt (vgl. Verfügung, Rz. 354 f.).

4.2.2 Die Eigentumsgarantie (Art. 26 BV) schützt neben dem Eigentum im sachenrechtlichen Sinn, Tieren und wohlerworbenen Rechten auch weitere vermögenswerte Rechtspositionen des Privatrechts. Dazu gehören insbesondere Immaterialgüterrechte (vgl. BGE 140 III 297 E. 5.1; 128 I 295 E. 6; BIAGGINI, a.a.O., Art. 26; JÖRG PAUL MÜLLER/MARKUS SCHEFER, Grundrechte in der Schweiz, 4. Aufl., Bern 2008, S. 1013 ff.). Bei den Eingriffen in die Eigentumsgarantie im Sinn der Bestandesgarantie ist zu unterscheiden zwischen Massnahmen, welche Nutzungs- oder Verfügungsbefugnisse beschränken, und Massnahmen, die den Entzug geschützter Rechtspositionen bewirken (vgl. BIAGGINI, a.a.O., Art. 26, Rz. 20; MÜLLER/SCHEFER, a.a.O., S. 1021). Blosse Beschränkungen von Nutzungs- und Verfügungsmöglichkeiten sind grundsätzlich entschädigungslos zu dulden. Eine Ausnahme von dieser Grundregel gilt, wenn Nutzungs- oder Verfügungsbefugnisse in einer Art und Weise eingeschränkt werden, die den Eigentümer enteignungsähnlich trifft (sog. Materielle Enteignung; vgl. BIAGGINI, a.a.O., Art. 26, Rz. 30).

4.2.3 Vorliegend wird ein urheberrechtlicher Werkschutz, soweit ein solcher besteht (vgl. E. 3.3 ff.), durch die angefochtene Verfügung nicht entzogen, da das Werk - die Sportsendungen von Teleclub - im Eigentum der Berechtigten verbleibt. Es liegt somit keine formelle Enteignung vor. Eine materielle Enteignung ist auch nicht gegeben, da eine bestimmungsgemässe, wirtschaftlich sinnvolle Nutzung des Werkes weiterhin möglich ist (vgl. MÜLLER/SCHEFER, a.a.O., S. 1031), zumal die Sendungen nach wie vor verwertet werden können (vgl. Beschwerde, Rz. 122). Auszugehen ist von einer leichten Beschränkung der Eigentumsnutzungsrechte, da Teleclub seine Sportsendungen weiteren TV-Plattformen zur Verfügung stellen müsste.

Diese Beschränkung bedarf einer gesetzlichen Grundlage, welche genügend bestimmt ist (Art. 36 Abs. 1 BV). Angesichts vielfältiger Problemstellungen und der Komplexität der zu ordnenden Sachverhalte müssen namentlich auch im Kartellgesetz offene Normen verwendet werden; aufgrund der möglichen Konkretisierungen der Gerichte und der Behörden ist dies indessen zulässig (vgl. BGE 139 I 72 E. 8.2.3, "Publigroupe"; MARINO BALDI/FELIX SCHRANER, Die kartellrechtlichen Urteile des Bundesverwaltungsgerichts in Sachen "Baubeschläge", in: AJP 2/2015, S. 269 ff., S. 277). Im Fall von Art. 7 Abs. 1 KG, der einige unbestimmte Rechtsbegriffe enthält, kommt hinzu, dass diese Bestimmung zusammen mit Art. 7 Abs. 2 KG zu lesen ist, worin die verpönten Verhaltensweisen beispielhaft genannt werden, woraus sich ein klareres Bild ergibt (vgl. BGE 139 I 72 E. 8.2.2, "Publigroupe", mit Verweis auf RHINOW/BIAGGINI, Verfassungsrechtliche Aspekte der Kartellgesetzrevision, in: Grundfragen der schweizerischen Kartellrechtsreform, 1995, S. 93 ff., 140; RHINOW/GUROVITS, Gutachten vom 5. Juli 2001 über die Verfassungsmässigkeit der Einführung von direkten Sanktionen im Kartellgesetz, RPW 2001/3 S. 592 ff., 611; ANDREAS DOSS, Vertikalabreden und deren direkte Sanktionierung nach dem schweizerischen Kartellgesetz, Zürich 2009, Rz. 116). Zudem stellt die Vorabmeldung (Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG) ein notwendiges Korrektiv der Unbestimmtheit des Normtextes dar (vgl. BGE 139 I 72 E. 8.2.2, "Publigroupe"; DOSS, a.a.O., Rz. 117 ff.; RHINOW/GUROVITS, a.a.O., S. 612). Aus diesen Gründen erachtete das Bundesgericht Art. 7 Abs. 1 in Verbindung mit einem Tatbestand aus Art. 7 Abs. 2 KG als hinreichend bestimmt, um als gesetzliche Grundlage für eine Sanktionierung zu dienen (vgl. BGE 139 I 72 E. 8.2.3, "Publigroupe"). Eine genügende gesetzliche Grundlage ist auch für andere Massnahmen gegeben, da die Vorinstanz gestützt auf Art. 30 Abs. 1 KG Massnahmen anordnen kann, welche das betroffene Unternehmen zu einem Tun oder Unterlassen verpflichten (vgl. Urteil des BVGer B-5161/2019 vom 9. August 2021 E. 4.2.5, "Bauleistungen Graubünden" [angefochten beim BGer]; ROLF H. WEBER/STEPHANIE VOLZ, Fachhandbuch Wettbewerbsrecht, Zürich 2013, Rz. 3.168; KENJI IZUMI/SIMONE KRIMMER, DIKE-KG, Art. 30, Rz. 24).

4.2.4 Das öffentliche Interesse (Art. 36 Abs. 2 BV) besteht in der Wiederherstellung des Wettbewerbs (Art. 1 KG). Die Verhältnismässigkeit des Eingriffs (Art. 36 Abs. 3 BV) ist auch gegeben, denn der mit der Sanktion angestrebte Druck hat lediglich zum Zweck, dass Teleclub sein bereits bestehendes Pay-TV-Sportangebot in Zukunft gegenüber allen Teleclub-Abonnenten öffnet. Es obliegt den betroffenen TV-Plattformen, diesen Zugang auch technisch zu ermöglichen. Dass die Vorinstanz nicht verpflichtet war, auf der Ebene der Rechtevergabe einzugreifen, wie die Beschwerdeführerinnen geltend machen, wurde bereits in anderem Zusammenhang festgestellt (vgl. E. 4.1.2). Da zudem mit der verhängten Massnahme der Kerngehalt der Eigentumsgarantie nicht angetastet worden ist (Art. 36 Abs. 4 BV), ist die durch die vorinstanzliche Sanktion bewirkte Beschränkung der Eigentumsgarantie zulässig.

5. Rechtmässigkeit des vorinstanzlichen Verfahrens

5.1 Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes

Die Beschwerdeführerinnen machen weiter geltend, die Vorinstanz habe den Untersuchungsgrundsatz in dreifacher Hinsicht verletzt (vgl. Beschwerde, Rz. 199 ff.): Die Marktbefragungen der Vorinstanz seien nicht beweiskräftig (nachfolgend: E. 5.1.3 ff.), die Vorinstanz habe nicht den ganzen untersuchungsrelevanten Zeitraum (nachfolgend: E. 5.1.4 ff.) und die Voraussetzungen für die Übertragung des erweiterten Sportangebotes fehlerhaft untersucht (nachfolgend: E. 5.1.5.5).

5.1.1 Rechtliche Grundlagen

5.1.1.1 Zur Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen sieht das Kartellgesetz zwei kartellverwaltungsrechtliche Verfahrensformen vor: einerseits die Untersu-

chung (Art. 27 bis 30 KG) und andererseits als Vorstufe dazu die Vorabklärung (Art. 26 KG). Hinsichtlich beider Verfahren steht den Wettbewerbsbehörden - auch betreffend die Opportunität der Abklärungen - ein grosser Ermessens- und Beurteilungsspielraum zu (vgl. Urteil des BVGer B-463/2010 vom 19. Dezember 2013 E. 4.1.3 f., "Gaba").

5.1.1.2 Wie im übrigen Verwaltungsverfahren gilt auch im verwaltungsrechtlichen Kartellverfahren der Untersuchungsgrundsatz, nach welchem die Rechtsanwendungsbehörde den Sachverhalt von Amtes wegen abzuklären hat (Art. 39 KG i.V.m. Art.12 VwVG). Zur Sachverhaltsfeststellung kann die zuständige Behörde nötigenfalls Urkunden beiziehen, Auskünfte der Parteien einholen, Auskünfte oder Zeugnis von Drittpersonen einholen, Augenscheine durchführen sowie Gutachten von Sachverständigen einholen (Art. 12 Bst. a - e VwVG). Zudem statuiert das KG eine besondere Auskunftspflicht (Art. 40 KG). Danach haben Beteiligte an Abreden, marktmächtige Unternehmen, Beteiligte an Zusammenschlüssen sowie betroffene Dritte den Wettbewerbsbehörden alle für deren Abklärungen erforderlichen Auskünfte zu erteilen und die notwendigen Urkunden vorzulegen. Der Begriff der "betroffenen Dritten" ist weit gefasst; es genügt, wenn ein Dritter auf dem gleichen Markt wie die Hauptbeteiligten tätig ist oder mit diesen in irgendeiner Form in einer Marktbeziehung steht (vgl. BORER, a.a.O., Art. 40, Rz. 3; MARKUS WYSSLING/JÜRG BICKEL, DIKE-KG, Art. 40, Rz. 29 f.; WEBER/VOLZ, a.a.O., Rz. 3.70; BILGER, a.a.O., S. 240). Das Sekretariat bedient sich beim Einholen von Auskünften unter anderem Fragebögen, welche es den betroffenen Unternehmen zusendet (vgl. WEBER/VOLZ, a.a.O., Rz. 3.70; Urteil des BVGer B-7633/2009 Rz. 83, "Preispolitik ADSL"). Von den Auskunftspflichtigen kann indessen nicht in jedem Fall eine vollständige und korrekte Beantwortung der gestellten Fragen erwartet werden, selbst wenn der Fragebogen mit einem allgemeinen Hinweis auf die kartellrechtliche Auskunftspflicht sowie auf die Verwaltungs- und Strafmassnahmen bei deren Verletzung versehen ist (vgl. Urteil des BVGer B-7633/2009 Rz. 84, "Preispolitik ADSL").

5.1.1.3 Für das gesamte Verwaltungs- und Beschwerdeverfahren gilt zudem der Grundsatz der freien Beweiswürdigung (Art. 19 VwVG i.V.m. Art. 40 BZP [SR 273]). Danach haben die Bundesbehörden und -gerichte die Beweise frei, ohne Bindung an förmliche Beweisregeln, sowie umfassend und pflichtgemäss zu würdigen. Für das Beschwerdeverfahren bedeutet dies, dass der Richter alle Beweismittel, unabhängig davon, von wem sie stammen, objektiv zu prüfen hat (BGE 137 II 266 E. 3.2; 125 V 351 E. 3a). Freie Beweiswürdigung bedeutet, dass die Behörde nicht an bestimmte starre Beweisregeln gebunden ist, welche ihr genau vorschreiben, wie ein gültiger Beweis zustande kommt und welchen Beweiswert die einzelnen Beweismittel im Verhältnis zueinander haben (BVGE 2013/34 E. 6.2; AUER/BINDER, DIKE-VwVG, Art. 12, Rz. 18). Was den Beweiswert von Auskünften (Art. 12 Bst. b und c VwVG; Art. 40 KG) betrifft, ist darauf hinzuweisen, dass die anlässlich BIAGGINI eines Verfahrens gemachte Aussagen von den Interessen des Antwortenden beeinflusst sein können, da sie im Wissen um den Zweck der Untersuchung gemacht wurden (vgl. Urteile des BVGer B-880/2012 vom 25. Juni 2018 E. 8.5.5.5, "Strassen- und Tiefbau Kt. Aargau"; B-5685/2012 vom 17. Dezember 2015 E. 4.8.4, "Altimum"). Gegebenenfalls können daher weitere Sachverhaltsabklärungen und Beweiserhebungen angezeigt sein.

5.1.1.4 Allgemein gelangt im Verwaltungsrecht das Regelbeweismass des vollen Beweises zur Anwendung, das heisst, eine Behörde darf eine Tatsache nur als bewiesen annehmen, wenn sie von der Richtigkeit eines Sachverhaltselements überzeugt ist (vgl. BGE 130 III 321, E. 3.2; Urteile des BVGer B-581/2012 E. 5.5.1, "Nikon"; B-5685/2012 E. 4.5.3.1, "Altimum"; KRAUSKOPF/EMMENEGGER/BABEY, a.a.O., Art. 12, Rz. 213 ff.; KIENER/RÜTSCHE/KUHN, Öffentliches Verfahrensrecht, 2. Aufl., Zürich 2015, Rz. 727; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 3. Aufl., Zürich 2013, Rz. 482). In Einzelfällen sowie in bestimmten Bereichen des Verwaltungsrechts (u.a. im Sozialversicherungsrecht) wird der reduzierte Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit als genügend erachtet; die Behörde folgt dabei jener Sachverhaltsdarstellung, welche als wahrscheinlichste aller Möglichkeiten erscheint (vgl. BGE 119 V 7 E. 3.c.bb; Urteile des BVGer B-581/2012 E. 5.5.1, "Nikon"; B-5685/2012 E. 4.5.3, "Altimum"; KRAUSKOPF/EMMENEGGER/BABEY, a.a.O., Art. 12, Rz. 213 und 217; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, a.a.O., Rz. 482; KIENER/RÜTSCHE/KUHN, a.a.O., Rz. 729). In kartellrechtlichen Verfahren bestimmt sich das Beweismass nach dem in Frage stehenden Tatbestandselement (vgl. BGE 139 I 72 E. 8.3.2, "Publigroupe"; Urteil des BVGer B-7633/2009 Rz. 162 f., "Preispolitik ADSL"). Der Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit genügt, wenn es sich bei dem zu beweisenden Tatbestandselement um eine wirtschaftlich komplexe und schwer nachzuweisende Tatsache handelt (vgl. Urteil des BVGer B-7633/2009 Rz. 162 f., "Preispolitik ADSL"; KRAUSKOPF/EMMENEGGER/BABEY, a.a.O., Art. 12, Rz. 218). Hingegen ist der ordentliche Überzeugungsbeweis zu erbringen, soweit für den Nachweis einer rechtserheblichen Tatsache keine solchen Beweisschwierigkeiten bestehen, beispielsweise in Bezug auf die Teilnahme an einem Kartelltreffen (vgl. Urteile des BVGer B-7633/2009 Rz. 162 f., "Preispolitik ADSL"; B-3332/2012 vom 13. November 2015 E. 3.11.3, "BMW"; B-5685/2012 E. 4.5.3, "Altimum"; KRAUSKOPF/EMMENEGGER/BABEY, a.a.O., Art. 12, Rz. 218).

Bei belastenden Verfügungen ist die Verwaltung beweisbelastet (vgl. BGE 130 II 482 E.3.2; KRAUSKOPF/EMMENEGGER/BABEY, a.a.O., Art.12, Rz.208).

5.1.2 Vorbemerkungen

Die Vorbringen der Beschwerdeführerinnen zur angeblichen Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes haben einen engen Bezug zum Inhalt der angefochtenen Verfügung. Hinweise auf eine Rechtsverletzung der Vorinstanz im formellen Sinn sind nicht ersichtlich. Denn die Vorinstanz hat nicht nur ihre Pflicht zur Feststellung des Sachverhalts von Amtes wegen, sondern auch ihre Beweisführungslast sowie das zu erfüllende Beweismass zu jedem Zeitpunkt ausdrücklich anerkannt (vgl. angefochtene Verfügung, Rz. 73-79). Der Vorinstanz kann auch nicht vorgeworfen werden, eine unzulässige

Beweislastumkehr zulasten der Beschwerdeführerinnen praktiziert zu haben.

Im Einzelnen werden die Vorbringen der Beschwerdeführerinnen im Rahmen der materiellen Beurteilung, d.h. nicht in einem separaten Abschnitt unter dem Gesichtspunkt eines formellen Rechtsfehlers, zu prüfen sein (vgl. in diesem Sinne bereits die Urteile des BVGer B-880/2012 E. 7.3, "Strassen- und Tiefbau Kt. Aargau"; B-2050/2007 vom 24. Februar 2010 E. 1.1.2, "Terminierungspreise Mobilfunk" [=BVGE 2011/32]; B-581/2012 E. 5.5, "Nikon"). Auf einzelne Fragen kann dennoch vorweg eingegangen werden.

5.1.3 Marktbefragungen

5.1.3.1 Zunächst rügen die Beschwerdeführerinnen, die Marktbefragungen der TV-Plattformanbieter seien nicht beweiskräftig. So seien die Fragen fehlerhaft konzipiert und die Stellungnahmen seien grösstenteils fehlerhaft und selektiv ausgewertet worden. Hinzu komme, dass die Stellungnahmen selbst von geringer Qualität seien; komplexe Fragen seien von vielen der befragten TV-Plattformanbieter lediglich stichwortartig und anekdotisch beantwortet worden (vgl. Beschwerde, Rz. 205-208; Replik, Rz. 101 ff.). Es sei zudem unklar, nach welchen Kriterien die TV-Plattformanbieter ausgewählt worden seien (vgl. Beschwerde, Rz. 335). Indem sich die Vorinstanz für das Vorliegen der technischen Voraussetzungen selektiv nur auf die (strategischen) Aussagen der anderen TV-Plattformanbieter stütze, könne sie für das Vorliegen der technischen Voraussetzungen keinen rechtsgenüglichen Beweis erbringen; insofern verletze die Verfügung die Beweismassanforderungen (vgl. Beschwerde, Rz. 319-341). Die Vorinstanz hält die eingereichten Stellungnahmen demgegenüber für beweiskräftig (vgl. Vernehmlassung, Rz. 23).

5.1.3.2 Hinsichtlich der Auswahlkriterien für die Marktbefragungen ist Folgendes festzuhalten: Im vorliegenden Fall hat die Vorinstanz bei der ersten Marktbefragung vom 30. Mai 2012 "Fernmeldedienstanbieter mit eigener TV-Plattform und Anbieter von Vorleistungen" (vgl. Verfügung, Rz. 162 und 8; act. 3 mit Adressliste) und im Rahmen der zweiten Marktbefragung vom 12. Juni 2013 "verschiedene, im relevanten Bereich tätige Unternehmen" sowie die Parteien befragt (vgl. Verfügung, Rz. 11). In ihrer Vernehmlassung konkretisiert die Vorinstanz, dass es bei der zweiten Marktbefragung in erster Linie um die Verhandlungen mit Teleclub gegangen sei. Die Befragung sei auf einige wenige Unternehmen konzentriert worden, von welchen zusätzliche Informationen hätten erwartet werden können (vgl. Vernehmlassung, Rz. 68). Die genauen Auswahlkriterien waren den Beschwerdeführerinnen nicht von Anfang an bekannt. Das Gesetz sieht indessen auch keine Pflicht zur Bekanntgabe derartiger Informationen vor. Wesentlich ist, dass sich die Vorinstanz bei der Auswahl der befragten Unternehmen an den Rahmen des Gesetzes gehalten und lediglich "betroffene Dritte" (Art. 40 KG) befragt hat. Dass dies nicht der Fall war, wird von den Beschwerdeführerinnen zu Recht nicht geltend gemacht.

Dass anlässlich der zweiten Marktbefragung nicht alle an der ersten Marktbefragung teilnehmenden Unternehmen befragt wurden, sondern nur noch solche, von denen die Vorinstanz zusätzliche Informationen erwartete (vgl. Vernehmlassung, Rz. 68), ist aus verfahrensökonomischer Hinsicht zudem nachvollziehbar.

Soweit ein Unternehmen eine Frage lediglich stichwortartig beantwortet hat, bedeutet dies nicht, dass der kurzen Antwort keine Beweiskraft zukommt. Bestimmte Antworten fallen kurz aus, weil kein Stoff für weitere Ausführungen oder Dokumentationen (wie Telefonnotizen, Verhandlungsprotokolle oder Verträge) vorhanden ist. Dies ist etwa der Fall, wenn auf eine telefonische Offertanfrage eine abschlägige Antwort ohne Aussicht auf weitere Verhandlungen erteilt wurde (z.B. act. 14: Antwort "nur telefonisch" auf die Frage 11, ob versucht worden sei, für die TV-Plattform zusätzliche Sportkanäle von Teleclub zu bekommen und dies zu belegen).

5.1.3.3 Auf die von den Beschwerdeführerinnen aufgeworfene Frage, ob im vorliegenden Fall die Aussagen der befragten TV-Plattformanbieter strategisch motiviert sind (vgl. etwa Replik, Rz. 102) und insofern nur mit Vorbehalt als Beweis verwendet werden können, ist im materiellen Teil zurückzukommen (vgl. E. 9.2.5.3.2).

5.1.4 Untersuchung des relevanten Zeitraums

5.1.4.1 Zweitens rügen die Beschwerdeführerinnen, dass die Vorinstanz nicht den relevanten Zeitraum (Oktober 2006 bis 2013) untersucht, sondern auf die aktuellen Marktverhältnisse abgestellt habe; im relevanten Zeitraum hätten aber grosse technologische Umwälzungen stattgefunden (vgl. Beschwerde, Rz. 209-222; Replik, Rz. 106 ff.). Diesbezüglich erklärt die Vorinstanz, aus der angefochtenen Verfügung gehe hinlänglich hervor, auf welchen Zeitraum sich die erhobenen Daten bezögen. Die Beschwerdeführerinnen würden das Wort "heute" aus dem Zusammenhang reissen. Zudem sei nicht ersichtlich, welchen Einfluss die von den Beschwerdeführerinnen vorgebrachten technologischen Entwicklungen auf das Untersuchungsergebnis haben sollten, soweit diese (insbesondere etwa die Netzkapazitäten der nachfragenden TV-Plattformen) nicht schon in der angefochtenen Verfügung berücksichtigt worden seien (vgl. Vernehmlassung, Rz. 24).

5.1.4.2 Die Vorinstanz verwendet in der angefochtenen Verfügung zur Beschreibung der Marktverhältnisse häufig das Wort "heute", woraus die Beschwerdeführerinnen schliessen, die Vorinstanz habe auf die zu diesem Zeitpunkt herrschenden Marktverhältnisse abgestellt. Bereits in der angefochtenen Verfügung hat die Vorinstanz indessen klargestellt, dass mit "heute" nicht der Zeitpunkt des Versands (des Antrags) gemeint sei. Die Untersuchung habe lediglich die Verhältnisse für den Zeitraum 2006 bis 2013 ermittelt und geprüft. Entsprechend bezögen sich die "aktuellen Verhältnisse" bzw. "heute" auf jenen Zeitraum (vgl. Verfügung, Rz. 244).

Aus der "Feststellung des relevanten Sachverhalts" (vgl. Verfügung, Rz. 80 ff.) ergibt sich in der Tat, dass die Vorinstanz Dokumente und Umstände aus dem ganzen Untersuchungszeitraum überprüft hat. So hatten die untersuchten Verträge ganz oder teilweise während des Untersuchungszeitraums (2006 bis 2013) Gültigkeit, namentlich der für eine Laufzeit von mindestens 5 Jahren abgeschlossene "Vertrag über die Verbreitung und Vermarktung des Teleclub-Programmangebots durch Cablecom" vom 11. Oktober 2006 (act. 115, Beilage 15),

der zwischen Teleclub und vier Anlagebetreibern (u.a. GGA Maur) am 1. September 2005 für mindestens 5 Jahre abgeschlossene "Signalanlieferungsvertrag für das Abonnementsfernsehprogramm Teleclub Digital" (act. 115, Beilage 16a), die Vereinbarung mit der Digital Cable Group betreffend Teleclub Digital vom 1. September 2005 (act. 115, Beilage 16b), die für eine Laufzeit von 5 Jahren abgeschlossene Vereinbarung zwischen Teleclub AG und Teilgruppe der Digital Cable Group betreffend Teleclub Digital vom Februar 2013 (act. 223) und die für mindestens 5 Jahre abgeschlossene Vereinbarung zwischen Teleclub und der Swisscom Fixnet AG bezüglich Teleclub Digital vom 6. Dezember 2005 (Verfügung, Rz. 110, act. 101), die sich nach der langjährigen Vertragsdauer der einzelnen Sportrechtsvereinbarungen richtenden Vereinbarung zwischen Swisscom Fixnet AG und CT Cinetrade AG betreffend die Beschaffung, Produktion und Aufbereitung von Eventcontent im Bereich Sport (Sportübertragungen und 'Teleclub Live' [Event]) von Ende 2006 (act. 101) sowie die Vereinbarung zwischen Teleclub und Sunrise Communications AG betreffend Teleclub Digital vom 11./21. Mai 2012 mit einer Laufzeit von 3 Jahren (act. 93). Des Weiteren hat die Vorinstanz zwischen dem auf den vorgenannten Verträgen aus den Jahren 2005/2006 basierenden deutschsprachigen Programmangebot vor September 2012 (vgl. Verfügung, Rz. 121 ff., Rz. 93 Fn 120, Rz. 105 Fn, 145, Rz. 112 Fn. 161) und dem deutschsprachigen Programmangebot ab September 2012, d.h. nach der Lancierung des HD-Angebots mit den entsprechenden Vertragsergänzungen (vgl. Verfügung Rz. 124 ff., Rz. 87), unterschieden. Auch hinsichtlich des französischsprachiges Programmangebots von Teleclub unterschied die Vorinstanz zwischen dem Zeitraum vor September 2012 (kein lineares Sportangebot verfügbar, vgl. Verfügung, Rz. 128) und danach (Einführung eines französischsprachigen "stand-alone PPC-Sportangebots", vgl. Verfügung Rz. 129). Beim PPV-Angebot hat die Vorinstanz weiter zwischen dem Angebot vor und nach Juli 2012 unterschieden (vgl. Verfügung, Rz. 132). Schliesslich hat die Vorinstanz den technologischen Wandel, namentlich die Umstellung vom analogen zum digitalen TV, beschrieben (vgl. Verfügung, Rz. 362 ff.).

5.1.4.3 Auch die Auskünfte der befragten Unternehmen beziehen sich nicht nur auf den Zeitpunkt der Auskünfte (ab Mai 2012 und ab Juni 2013), sondern auch auf die Zeit davor. So wurde in der ersten Marktbefragung vom Mai 2012 gefragt, ob Teleclub "in den letzten Jahren" versucht habe, sein Pay-TV-Programm über die Plattform des befragten Unternehmens zu verbreiten (act. 3, Frage 10b) und ob das befragte Unternehmen "in den letzten Jahren" versucht habe, für seine TV-Plattform das Teleclubangebot, zusätzliche Sportkanäle sowie zusätzliche Live-Spiele von Teleclub von Tele-club zu bekommen (act. 3, Fragen 10c, 11b, 12b). Schliesslich mussten die befragten Unternehmen die monatlichen Kundenzahlen für Analog TV, Digital TV und Internet TV (open IPTV) ab 2009 bis 2012 angeben (act. 3, Frage 16).

Bei der zweiten Marktbefragung vom Juni 2013 mussten des Weiteren die Partner der Digital Cable Group "für die die letzten fünf Jahre" (2008 bis 2013) eine Projektabrechnung für die Vermarktung des Teleclub-Programmangebots einreichen (act. 180, Frage 4; act. 188, Frage 8) und für den Zeitraum 2006 bis 2013 Angaben zur Anzahl Teleclub-Kunden und Triple-Play-Kunden machen (act. 180, Fragen 6-8; act. 188, Fragen 11-13). Angaben zu Kundenzahlen ab 2006 hatten auch andere befragte Unternehmen zu liefern (act. 185, Fragen 22 und 23; act. 186, Fragen 26-29; act. 187, Fragen 27-29; act. 188, Frage 13; act. 191, Fragen 9 und 19; act. 192, Fragen 8 und 9; act. 193, Fragen 8 und 9; act. 194, Fragen 9 und 10; act. 195, Fragen 9 und 10; act. 198, Fragen 11 und 12; act. 203, Frage 11; act. 204, Frage 14; act. 205, Frage 14; act. 206, Frage 14; act. 207, Frage 14; act. 209, Frage 11; act. 210, Frage 11; act. 211, Frage 11; act. 184, Fragen 21 und 22 [Daten ab Januar 2010 respektive Juni 2012]).

Die Vorinstanz stellte auch Fragen zu Treffen und Verhandlungen mit

Teleclub ab 2006 (u.a. act. 185, Frage 1; act. 186, Frage 1; act. 189, Frage 1; act. 197, Frage 1; act. 198, Frage 1 f.), Fragen zum Vertrag vom 11. Oktober 2006 (act. 186, Frage 2), und Fragen zu den Verhandlungen, die zum Vertrag vom 11./21. Mai 2012 betreffend Teleclub Digital geführt haben (act. 187, Fragen 1 ff.).

Auch die Antworten auf die Auskunftsbegehren bezogen sich auf den Untersuchungszeitraum. So beschrieben oder dokumentierten zahlreiche Unternehmen ihre Verhandlungen mit Teleclub (act. 27, Antwort auf Frage 10 [ab 2009]; act. 35, Antwort auf Frage 10; act. 39, Antworten auf Fragen 10 und 18 [letztes Gespräch Ende 2011]; act. 47 [E-Mailverkehr aus den Jahren 2007 und 2009 sowie Gedächtnisprotokoll vom 23. September 2009]; act. 48 [Korrespondenz aus den Jahren 2006 bis 2012]; act. 55, Antwort auf Frage 11 [letztes Meeting am 23. April 2012]; act. 58 [E-Mailverkehr aus dem Jahr 2011]; act. 68, Antwort auf Frage 11 [Verhandlungen ab 2009]; act. 105 [Ereignisse zwischen 2007 und 2012, mit zahlreichen Beilagen]; act. 106, Antwort auf Frage 18 [E-Mailverkehr aus den Jahren 2010/11]; act. 108 [Korrespondenz aus den Jahren 2011/12]).

5.1.4.4 Insgesamt lässt sich anhand der Akten der Vorwurf der Beschwerdeführerinnen, dass die Vorinstanz nur die aktuellen Verhältnisse untersucht hat, nicht erhärten.

5.1.5 Untersuchung der technischen Voraussetzungen

5.1.5.1 Drittens rügen die Beschwerdeführerinnen, dass die Vorinstanz nie abgeklärt habe, ob die KNU und die anderen TV-Plattformen zwischen 2006 und 2013 überhaupt über die erforderlichen Netzkapazitäten und technischen Voraussetzungen verfügten, um das volle Teleclub Sportprogramm zu übertragen (vgl. Beschwerde, Rz. 223-318; Replik, Rz. 115 ff.). Die Beschwerdeführerinnen werfen der Vorinstanz namentlich vor, sie habe die Kapazitätsbeschränkungen der Kabelnetze wegen des Analog-TVs nicht untersucht. Im untersuchungsrelevanten Zeitraum habe Analog-TV eine grosse Bedeutung gehabt. Diese Technologie habe indessen zu Kapazitätsbeschränkungen geführt, welche zur Folge gehabt hätten, dass die KNU grösstenteils nicht in der Lage gewesen seien, das erweiterte Teleclub-Sportangebot zu übertragen. Im Falle von Cablecom

hätte die vorhandene Bandbreite bis zur Analogabschaltung im Juli 2015 nicht genügt, um u.a. das erweiterte Sportangebot von Teleclub bereitzustellen (vgl. Beschwerde, Rz. 235-274).

Die Vorinstanz hält dagegen, die von ihr zitierten Erörterungen zum Analog-TV seien nur zur Darstellung des historischen Hintergrundes erfolgt. Zudem habe sich Teleclub nie auf die vorgebrachte Frequenzknappheit in den Analognetzen berufen (vgl. Vernehmlassung, Rz. 26).

5.1.5.2 Diesbezüglich ist auszuführen, dass sich die Vorinstanz in ihrem ersten Auskunftsbegehren vom Mai 2012 bei den TV-Plattformanbietern generell nach technischen Gründen erkundigt hat, die der Verbreitung von Teleclub-Kanälen entgegenstehen (act. 3, Fragen 10a, 11a, 12a). Die Frage nach allfälligen Kapazitätsbeschränkungen war in den entsprechenden Fragen implizit enthalten. Entgegen den Ausführungen der Beschwerdeführerinnen (vgl. Beschwerde, Rz. 266) hinderte die im Präsens gestellte Frage "Gibt es dafür technische Gründe?" die TV-Plattformanbieter nicht daran, auch Gründe aus der Vergangenheit anzuführen.

Aus einem Schreiben von Swisscable vom 15. Oktober 2012 ergibt sich weiter, dass ein Mitarbeiter des Sekretariats Swisscable am 18. September 2012 telefonisch gebeten hatte, zur Thematik "Kapazitäten in den Kabelnetzen" Stellung zu beziehen. Dieser Bitte kam Swisscable mit besagtem Schreiben vom 15. Oktober 2012 nach (act. 119) und erklärte unter anderem:

> "Die Verbreitung der insgesamt 17 Teleclub-Programme in HD beansprucht eine Netzkapazität von vier analogen Kanälen. In diesem Fall von Kapazitätsengpässen bei den Kabelnetzen zu sprechen, wäre jedoch komplett verfehlt. Richtig ist hingegen, dass die Bereitstellung der notwendigen Kapazität einer gewissen Umsetzungsfrist und Planung bedarf. (...) Zudem weist die Parallelverbreitung der Teleclub-Programme, wie sie beispielsweise die GGA Maur vornimmt, darauf hin, dass auf den Kabelnetzen genügend Kapazität vorhanden ist. Aber auch das stete Nachfragen der KNU nach dem umfassenden Teleclub-Sportprogramm zeigt, dass sie in der Lage wären, diese Programme zu verbreiten." (act. 119, S. 4 f.)
>
> "Bedeutende Effizienzgewinne ermöglichte die Digitalisierung. In einem analogen TV-Kanal mit einer Bandbreite von 8 MHz können mit den aktuellen Modulationsverfahren 8-12 digitale Programme in Standard-Qualität oder 4-5 digitale Programme in High-Definition-Qualität übertragen werden." (act. 119, S. 6)
>
> "Aus wirtschaftlicher Sicht keinen Sinn macht das Freihalten von Reserven. Die Frage nach 'freier' Kapazität ist daher falsch gestellt. Vielmehr verfügen die Kabelnetze dank hohen Investitionen und modernem Ausbau immer über Kapazitäten. Ein KNU orientiert sich in jedem Fall an den aktuellen Bedürfnissen seiner Kunden und belegt seine Kapazitäten nach ihren Nachfragen. Dies zeigt sich am besten beim analogen Fernsehen (vgl. Abbildung). Während noch vor ein paar Jahren die Zuschauer und Zuschauerinnen möglichst viele analoge TV-Programme angeliefert haben wollten, verlangen sie heute vermehrt nach HDTV. Aufgabe der KNU ist es, die Frequenzen entsprechend zu managen." (act. 119, S. 7)
>
> "Die KNU verfügen schon heute mit den 34 bis 36 analogen Programmen, die sie zusätzlich zu den analogen Must-Carry-Programmen verbreiten, über eine enorme 'Reserve'-Kapazität, die sie bei einem entsprechenden Kundenbedürfnis jederzeit anders nutzen können." (act. 119, S. 7)

5.1.5.3 Zudem zielte das zweite Auskunftsbegehren der Vorinstanz bei UPC unter anderem auf Informationen über verfügbare Kapazitäten (act. 186, u.a. Frage 24). UPC antwortete wie folgt (act. 260):

> "Teleclub verlangte des Weiteren, dass auch der Teleclub-Verbreitungsvertrag (...) um 5 Jahre verlängert wird. Diese Forderung von Teleclub machte aus Sicht von Cablecom keinen Sinn, weil gemäss Ziff. 8 des Teleclub-Verbreitungsvertrags, bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen, ausdrücklich die Einstellung der technischen Parallelverbreitung der Teleclub-Programme über das Kabelnetz von Cablecom vorsah. Überdies blockiert die parallele Verbreitung des Teleclub-Angebots Kapazitäten auf dem Kabelnetz von Cablecom, obschon offenbar aus Sicht des Kunden kein entsprechendes Bedürfnis besteht, ..." (act. 260. S. 5)
>
> "Im internationalen Vergleich ist es unüblich, dass ein Pay-TV-Anbieter für die Verbreitung seines Signals einzelne Frequenzkanäle nutzt und sein Programm den Endkunden selbst vermarktet. (...) Überdies ist das von Teleclub aufgezwungene Geschäftsmodell aus Sicht der Kapazitätsbewirtschaftung des Kabelnetzes völlig ineffizient, da in erheblichen Umfang zusätzliche Kapazität bereitgestellt werden muss, um (...) Teleclubkunden (...) über die teleclubeigene Digitalplattform zu versorgen." (act. 260, S. 47 f.)

Schliesslich hatte Cablecom anlässlich der Anhörung vom 7. März 2016 vor der Vorinstanz Gelegenheit, sich zu den behaupteten Kapazitätsengpässen zu äussern und gab Folgendes zu Protokoll:

> "Cablecom hat parallel zu ihrer Plattformeinführung 2007 auch mit einem landesweiten Netzupgrade begonnen. Wir haben erheblich mehr Kapazitäten geschaffen als für das Sportangebot notwendig wären. Nachdem wir kein Angebot hatten, haben wir als wirtschaftlich denkendes Unternehmen diese Kapazitäten nicht ungenutzt stehen lassen, sondern haben sie anderweitig genutzt. Im Betrachtungszeitraum wäre es aber ohne weiteres möglich gewesen, die entsprechenden Kapazitäten mit einem Planungshorizont von sechs bis zwölf Monaten bereitzustellen." (act. 476, S. 5)

5.1.5.4 In der angefochtenen Verfügung hielt die Vorinstanz zur Kapazitätsbeschränkungen der Kabelnetze wegen des Analog-TVs schliesslich Folgendes fest:

> "Bei analogem Fernsehen kann pro Kanal nur ein Programm übertragen werden; bei digitalem Fernsehen sind es dagegen - je nach Komprimierung - 5 bis 20 Programme. Entsprechend vergrösserte sich die

Übertragungskapazität mit der Einführung des digitalen Fernsehens. In der Schweiz sind 5 bis 8 Digitalprogramme pro Kanal üblich; Teleclub speist 17 Programmkanäle in einen Frequenzkanal mit 8 MHz Bandbreite ein". (Rz. 360)

"Fernsehmärkte waren historisch von knappen Distributionskanälen (Frequenzen, analoge Kanäle etc.) geprägt, die aus Sicht der Programmveranstalter eine nichtreproduzierbare 'essential facility' darstellten. Die Endkunden hatten bis vor kurzem nur die Wahl, entweder wenige Kanäle 'free to the air' (FTA), d. h. terrestrisch bzw. über 'Antennenempfang', oder etwa 40 Programme über das regionale CATV-Netz zu beziehen." (Rz. 362)

"Die Digitalisierung des Fernsehsignals führte in den letzten Jahren dazu, dass einerseits herkömmliche CATV-Netze mit digitalen Plattformen nicht mehr im selben Ausmass unter Frequenzknappheit leiden; andererseits konnten die Telekommunikationsnetze (Kupfer-, Glasfaser- oder Mobilfunknetze) für Fernsehangebote erschlossen werden." (Rz. 364).

"Trotz digitaler Verbreitung herrscht heute eine gewisse Frequenzknappheit in den CATV-Netzen, insbesondere auch aufgrund der gesetzlich vorgeschriebenen analogen Verbreitung gewisser Fernsehprogramme. Vor diesem Hintergrund bedeutet der Bandbreitenbedarf für die 17 Teleclubprogramme für die Kabelnetze insofern eine Belastung, als dass ein Kanal permanent besetzt ist, obwohl nur einzelne Kunden Teleclub tatsächlich abonniert haben. Diese Belastung wird sich nochmals akzentuieren, sobald Teleclub seine Programme auch im HD-Format anbietet. Dafür müssen die KNU zukünftig anstatt einem insgesamt vier Kanäle von je 8 MHz Bandbreite für die Signaleinspeisung von Teleclub reservieren." (Rz. 367).

"Im Frühjahr 2013 hat der Bundesrat beschlossen, dass die Must-Carry-Pflicht der KNU für Analogprogramme bis 2015 schrittweise aufgehoben wird. Die KNU haben zudem schon heute die Möglichkeit, auf die Verbreitung des Analogangebots zu verzichten, sofern sie ein digitales Grundangebot ohne Mehrkosten anbieten sowie eine kostenlose Smartcard zur Verfügung stellen." (Rz. 478)

Dass die Vorinstanz die Kapazitätsbeschränkungen der Kabelnetze wegen des Analog-TVs nicht untersucht habe, trifft somit entgegen der Behauptung der Beschwerdeführerinnen nicht zu. Angesichts der generellen Befragung von Swisscable zu den verfügbaren Bandbreiten und zu weiteren technischen Voraussetzungen sowie entsprechender Ausführungen von KNU (vgl. etwa hinten, E. 9.3.5.1.1 ff.) war es entgegen der Meinung der Beschwerdeführerinnen nicht nötig, dass die Vorinstanz bei jedem einzelnen KNU diesbezügliche Untersuchungen hätte anstellen müssen.

5.1.5.5 Des Weiteren machen die Beschwerdeführerinnen geltend, die TV-Plattformen der Wettbewerber hätten das erweiterte Teleclub-Sportangebot im untersuchungsrelevanten Zeitraum mangels erforderlichen Ausbaus der Netzinfrastruktur und der Plattformfunktionen nicht vollständig übertragen können. Diesbezüglich habe die Vorinstanz die fehlende bzw. beschränkte Unicast-Fähigkeit für die Übertragung des erweiterten Teleclub-Sportangebots (vgl. Beschwerde, Rz. 276-288), die fehlende Implementierung von PPV auf den anderen TV-Plattformen (vgl. Beschwerde, Rz. 289-290) sowie die starke Fragmentierung der TV-Plattformen (Beschwerde, Rz. 291-299) pflichtwidrig nicht untersucht. Auf diese Fragen wird, soweit erforderlich, in den materiellen Erwägungen eingegangen (vgl. E. 7.2.7.2, 8.5.3).

5.1.5.6 Schliesslich hat die Vorinstanz gemäss der Kritik der Beschwerdeführerinnen nicht untersucht, ob der Übertragung des Teleclub-Sportangebots auf anderen IPTV-Plattformen die für die Homologierung der TV-Plattformen geltenden Anforderungen an die Qualität und Sicherheit der Signalübertragung entgegengestanden hätten (vgl. Beschwerde, Rz. 300-314). Wie noch zu zeigen sein wird, ist eine Homologierung kostspielig und aufwändig (vgl. E. 9.2.8.1). Über diese Feststellung hinaus hätte die Vorinstanz die Frage der Homologierung jedoch nicht genauer abklären müssen.

5.2 Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör

Im Weiteren machen die Beschwerdeführerinnen geltend, die Vorinstanz habe die Ablehnung ihrer Beweisanträge nicht hinreichend begründet und sie hätten sich wegen abgedeckter Geschäftsgeheimnissen nicht effektiv verteidigen können. Damit habe die Vorinstanz ihren Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt.

5.2.1 Der verfassungsmässige Anspruch auf rechtliches Gehör gemäss Art. 29 Abs. 2 BV umfasst das Recht des Betroffenen, sich vor Erlass eines in seine Rechtsstellung eingreifenden Akts zur Sache äussern zu können (vgl. BGE 136 I 184 E. 2.2.1; 122 II 274 E. 6b). Er verlangt von der Behörde, dass sie seine Vorbringen tatsächlich hört, ernsthaft prüft und in ihrer Entscheidfindung angemessen berücksichtigt (vgl. BGE 136 I 184 E. 2.2.1; 123 I 31 E. 2c). Die Begründung muss so abgefasst sein, dass der Betroffene den Entscheid gegebenenfalls sachgerecht anfechten kann. Sie muss kurz die wesentlichen Überlegungen nennen, von denen sich das Gericht hat leiten lassen und auf die es seinen Entscheid stützt. Nicht erforderlich ist, dass sich die Begründung mit allen Parteistandpunkten einlässlich auseinandersetzt und jedes einzelne Vorbringen ausdrücklich widerlegt (vgl. BGE 136 I 184 E. 2.2.1; 133 III 439 E. 3.3).

Der Anspruch auf rechtliches Gehör ist formeller Natur, womit seine Verletzung ungeachtet der materiellen Begründetheit des Rechtsmittels zur Gutheissung der Beschwerde und zur Aufhebung des angefochtenen Entscheides führt (vgl. BGE 135 I 187 E. 2.2; 125 I 113 E. 3; 122 II 464 E. 4a). Nach der Rechtsprechung ist die Heilung einer - nicht besonders schwerwiegenden - Gehörsverletzung aber ausnahmsweise dann möglich, wenn die betroffene Person die Möglichkeit erhält, sich vor einer Beschwerdeinstanz zu äussern, die sowohl den Sachverhalt wie die Rechtslage frei überprüfen kann (vgl. BGE 133 I 201 E. 2.2, mit Verweis auf BGE 127 V 431 E. 3d/aa).

5.2.2 Die Beschwerdeführerinnen führen aus, ihre Beweisanträge hätten sich auf konkrete Ermittlungsmassnahmen bezogen. Die Verfügung zitiere zwar die gestellten Beweisanträge, setze sich jedoch nicht weiter mit

ihnen auseinander. Die Gründe für die Ablehnung der Beweisanträge seien für sie daher nicht nachvollziehbar (vgl. Beschwerde, Rz. 344 ff.).

Die Vorinstanz hält dagegen, aus den in Rz. 238 ff. in Verbindung mit Rz. 293 der angefochtenen Verfügung ausführlich dargelegten Erwägungen gehe hinlänglich hervor, weshalb sie die beantragten Ermittlungsmassnahmen als nicht erforderlich qualifiziert habe.

5.2.3 Gemäss Art. 33 Abs. 1 VwVG nimmt die Behörde die ihr angebotenen Beweise ab, wenn diese zur Abklärung des Sachverhalts tauglich erscheinen. Die Beweisabnahmepflicht korreliert mit dem Recht des Betroffenen, Beweisanträge zu stellen und beantragte Beweise abnehmen zu lassen. Die Pflicht zur Beweisabnahme besteht unter der Voraussetzung, dass der Beweis form- und fristgerecht beantragt wird, der Beweisantrag erheblich und das anerbotene Beweismittel zulässig ist. Der Beweis muss sich auf einen rechtserheblichen Umstand beziehen und tauglich sein, diesen Umstand zu beweisen. Auch wenn alle formellen und materiellen Voraussetzungen der Beweisabnahmepflicht erfüllt sind, kann die Behörde von der Beweisabnahme absehen, wenn der rechtserhebliche Sachverhalt bereits hinreichend geklärt ist (antizipierte Beweiswürdigung; BGE 141 I 60 E. 3.3; Urteil des BVGer B-688/2016 vom 11. Juni 2018 E. 11.1; WALDMANN/BICKEL, in: Praxiskommentar VwVG, Art. 32, Rz. 21 f.).

5.2.4 Die Beschwerdeführerinnen hatten in ihren Stellungnahmen vom 29. Oktober 2015 (zum Antrag des Sekretariats vom 21. Juli 2015) und vom 22. März 2016 (zur Anhörung vom 7. März 2016) beantragt, bestimmte Umstände zu untersuchen.

Entgegen der Behauptung der Beschwerdeführerinnen hat sich die Vorinstanz zum Beweisantrag Ziff. 1 (konkrete Wettbewerbssituation unter besonderer Berücksichtigung der Entwicklung des Analog-TV und der damit verfügbaren Übertragungskapazitäten) geäussert (vgl. Verfügung, Rz. 239 f.). Mit dem Beweisantrag Ziff. 2 (konkrete Wettbewerbssituation unter besonderer Berücksichtigung der Gebietsmonopole der Kabelnetzunternehmen) befasste sich die Vorinstanz unter dem Titel "B.4.1.1.2 Technologischer Wandel" (vgl. Verfügung, Rz. 362 ff.) und wies darauf hin, dass den Wettbewerbsbehörden die langjährigen (kartellrechtlichen) Auseinandersetzungen zwischen Teleclub und Cablecom sehr wohl bekannt seien (vgl. Verfügung, Rz. 288). Zum Beweisantrag Ziff. 3 (konkrete Wettbewerbssituation auf dem Plattformmarkt aus Endkundensicht unter besonderer Berücksichtigung von Bündelangeboten) hat die Vorinstanz in der Verfügung Stellung genommen (vgl. Verfügung, Rz. 241 f. und 267), zum Beweisantrag Ziff. 4 (technische Möglichkeiten der Kabelnetzbetreiber zur Übertragung des erweiterten Teleclub-Sportangebots unter besonderer Berücksichtigung der Rückkanalfähigkeit und des Übertragungsstandards DOCSIS 3.0) ebenfalls (vgl. Verfügung, Rz. 247). Weiter hat sich die Vorinstanz mit Beweisantrag Ziff. 5 (im Rahmen des Teleclub-Sportangebots angebotene Programminhalte in Bezug auf die Schweizer Fussball- und Eishockeyübertragungen sowie ausländische Fussballübertragungen unter besonderer Berücksichtigung der Übertragungsrechte) auseinandergesetzt (vgl. Verfügung, Rz. 248 ff.), ebenso mit Beweisantrag Ziff. 6 (Bedeutung der Schweizer Fussball- und Eishockeyübertragungen für den Plattformwettbewerb unter besonderer Berücksichtigung der Präferenzen der TV-Zuschauer und der Übertragungen im Free-TV; vgl. Verfügung, Rz. 264 ff. und 278 f.). Schliesslich hat sich die Vorinstanz auch zu den Beweisanträgen Ziff. 7 (Vertrauensschutz und zum Grundsatz ne bis in idem) sowie Ziff. 8 (technischer und kommerzieller Entwicklungsverlauf der IPTV-Übertragung, die Voraussetzung für die Homologierung von IPTV-Plattformen unter besonderer Berücksichtigung der jeweiligen technischen Anforderungen und des sich für Teleclub ergebenden finanziellen und personellen Aufwands) geäussert (vgl. Verfügung, Rz. 271 ff.; Rz. 277 und 283 ff.).

Zudem beantragten die Beschwerdeführerinnen eine neue Durchführung der Empirischen Analyse (vgl. Stellungnahme der Beschwerdeführerinnen vom 29. Oktober 2015, Beweisantrag Ziff. 9) sowie die Vornahme der in den vorgenannten Beweisanträgen beantragten Untersuchungen durch einen unabhängigen Sachverständigen (vgl. Stellungnahme der Beschwerdeführerinnen vom 22. März 2016, S. 1). Mit der Empirischen Analyse und der Kritik der Beschwerdeführerinnen hat sich die Vorinstanz in Rz. 510 ff. der Verfügung auseinandergesetzt. Zum Antrag auf Erstellung eines Gutachtens hat die Vorinstanz zwar nicht explizit Stellung bezogen, diesen jedoch implizit abgewiesen (vgl. dazu auch Rz. 52 der Duplik der Vorinstanz).

Somit ist festzuhalten, dass sich die Vorinstanz namentlich in den Rz. 238 - 292 der angefochtenen Verfügung (Abschnitt "A.4.4.1 Stellungnahme von Swisscom"), mit einer Ausnahme, mit den Beweisanträgen von Swisscom auseinandergesetzt hat. Das beantragte Gutachten hat sie, wie vorstehend erwähnt, implizit abgewiesen. In Rz. 293 der Verfügung ist sie zum Schluss gekommen, dass sich die von Swisscom beantragten zusätzlichen Ermittlungsmassnahmen als nicht erforderlich erwiesen haben. Insofern waren den Beschwerdeführerinnen die Gründe für die Ablehnung der Beweisanträge bekannt und nachvollziehbar.

5.2.5 Des Weiteren rügen die Beschwerdeführerinnen, in der angefochtenen Verfügung und in den untersuchungsrelevanten Verfahrensakten seien massgebliche Passagen als Geschäftsgeheimnisse abgedeckt worden (vgl. Beschwerde, Rz. 350 ff.).

Die Vorinstanz wendet dagegen ein, sie habe nicht zum Nachteil der Beschwerdeführerinnen auf abgedeckte Akten abgestellt. Zudem äussert sie sich zu den einzelnen Abdeckungen (vgl. Vernehmlassung, Rz. 30 ff.).

5.2.5.1 Abdeckungen sind rechtmässig, soweit sie Geschäftsgeheimnisse betreffen, in welche den übrigen Verfahrensparteien keine Einsicht zu gewähren ist (Art. 27 Abs. 1 Bst. b VwVG). Wird einer Partei die Einsichtnahme in ein Aktenstück verweigert, so darf jedoch auf dieses zum Nachteil der Partei nur abgestellt werden, wenn ihr die Behörde von seinem für die Sache wesentlichen Inhalt mündlich oder schriftlich Kenntnis und ihr ausserdem Gelegenheit gegeben hat, sich zu äussern und Gegenbeweismittel zu bezeichnen (Art. 28 VwVG). Auf diese Weise erhält das betroffene Unternehmen die Möglichkeit, sein Äusserungs- und Verteidi-

gungsrecht wirksam wahrzunehmen. Hierzu ist der wesentliche Inhalt im Einvernehmen mit dem Geheimnisherrn zu umschreiben (z.B. durch Angabe von Bandbreiten von Marktanteilen statt der konkreten Marktanteile; Nennung von Kunden in anonymisierter Form; vgl. Merkblatt Geschäftsgeheimnisse der WEKO vom 30. April 2008, S. 2; Urteil der REKO/WEF vom 26. September 2002 E. 3.1.3, in: RPW 2002/4, S. 698 ff.).

5.2.5.2 Hinsichtlich der angeblichen Beeinflussung der SFL durch Teleclub (Beschwerde, Rz. 357) sind in Rz. 802 der angefochtenen Verfügung tatsächlich Angaben von UPC abgedeckt worden, nicht aber in Rz. 186. Darin findet sich entgegen der Behauptung der Beschwerdeführerinnen auch ein Verweis auf ein Aktenstück, nämlich "act. 260" (vgl. Fn. 284 der angefochtenen Verfügung). Diesbezüglich erklärt die Vorinstanz zu Recht, dass in der relevanten Antwort auf Frage A.2.c nur die Namen von zwei natürlichen Personen abgedeckt seien.

Was die von den Beschwerdeführerinnen gerügte Abdeckung der Ausführungen der Schweizer Eishockeyliga zur Rechtevergabe betrifft (vgl. Verfügung, Rz. 148), weist die Vorinstanz zu Recht darauf hin, dass diese Passage keine Aussage zum Ausschreibungswettbewerb enthält. Aussagen zu besagtem Thema, zu welchem sich die Beschwerdeführerinnen äussern wollten (vgl. Beschwerde, Rz. 362) und schliesslich auch geäussert haben (vgl. Beschwerde, Rz. 869 ff.), finden sich in Rz. 699 f. der Verfügung. Gegenüber den Beschwerdeführerinnen wurden dort keine Schwärzungen vorgenommen. Zudem weist die Vorinstanz zutreffend darauf hin, dass die angefochtene Verfügung Auskunft über den wesentlichen Inhalt der von den Beschwerdeführerinnen erwähnten Aktenstücke gibt (vgl. Rz. 143 und 149 der angefochtenen Verfügung).

Des Weiteren kritisieren die Beschwerdeführerinnen Abdeckungen betreffend die objektive Notwendigkeit des erweiterten Teleclub-Sportangebots (vgl. Beschwerde, Rz. 363 f., mit Verweis auf Rz. 630, 631, 676 und 745 der angefochtenen Verfügung). Um dem Informationsbedürfnis der Beschwerdeführerinnen besser entgegenzukommen, hätte die Vorinstanz auch Angaben in Bandbreiten machen können. Aus der Verfügung (namentlich Rz 631 ff.) geht jedoch auch ohne diese Bandbreiten-Angaben die Wichtigkeit des erweiterten Teleclub-Sportangebots für die Kunden hervor.

Die Beschwerdeführerinnen rügen auch die Abdeckungen betreffend die Verhandlungen im Zusammenhang mit der Aufschaltung des Teleclub-HD-Angebots zwischen Teleclub einerseits und Swisscable, Cablecom respektive Finecom andererseits (vgl. Beschwerde, Rz. 368, mit Verweis auf Rz. 166, 180 und 204 der angefochtenen Verfügung). Diesbezüglich ist einerseits anzumerken, dass diese Thematik nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens bildet. Andererseits waren die Beschwerdeführerinnen mit Teleclub selbst in diese Verhandlungen involviert und sind sie auf entsprechende Informationen über den Umweg via Vorinstanz nicht mehr angewiesen.

Was schliesslich die Anfragen und Verhandlungen der TV-Plattformanbieter für das Teleclub-Sportangebot betrifft, halten die Beschwerdeführerinnen zu Recht fest, dass dort zahlreiche Passagen geschwärzt worden sind (vgl. Beschwerde, Rz. 370 f., mit Verweis auf Rz. 188, 190, 194, 197-199, 201, 203, 205, 217-219, 227 und 623 der angefochtenen Verfügung). Da es sich um umfangreiche Schwärzungen handelt, ist nicht ersichtlich, wie die Beschwerdeführerinnen zu diesen Passagen hätten Stellung nehmen können. Dieser Nachteil wird jedoch dadurch ausgeglichen oder gemildert, dass die Beschwerdeführerinnen mit Teleclub selbst in die Anfragen und Verhandlungen der TV-Plattformanbieter involviert waren und insofern die Gelegenheit gehabt hätten, ihre Sicht der Dinge zu schildern und zu belegen.

5.2.5.3 Insgesamt hatten die Beschwerdeführerinnen trotz den von ihnen gerügten Abdeckungen Kenntnis vom wesentlichen Inhalt der abgedeckten Aktenstücke. Sie waren daher in der Lage, diesbezüglich angemessen Stellung zu nehmen. Im Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht erhielten die Beschwerdeführerinnen zudem mit Verfügung vom 27. Februar 2020 mindestens teilweise Einsicht in die von der Vorinstanz abgedeckten Aktenstücke, namentlich in die vorgenannten Rz. 148, 180, 188, 190, 197 f., 201, 203, 217, 219, 227, 623 und 802 der angefochtenen Verfügung (volle Einsicht) sowie Rz. 166, 194, 199, 218 und 745 (teilweise Einsicht). Daher wäre eine allfällige Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör als im Beschwerdeverfahren zumindest teilweise geheilt zu betrachten.

5.2.6 Schliesslich rügen die Beschwerdeführerinnen in formeller Hinsicht, das Sekretariat der Vorinstanz habe die Unschuldsvermutung verletzt, indem es mit einer Äusserung der Vizedirektorin des Sekretariats der Weko dem Grundsatz "Im Zweifel für das Härtere" gefolgt sei und sich dadurch von einem ungünstigen Sachverhalt überzeugt erklärt habe.

Die Vorinstanz wendet dagegen ein, die fragliche Äusserung sei nach Abschluss des vorinstanzlichen Verfahrens erfolgt. Zudem stehe die Aussage unmissverständlich vor dem Hintergrund der Höhe der von der Vorinstanz ausgesprochenen Sanktion. Es sei mithin nicht um die Sachverhaltsfeststellung, sondern um die Sanktionierung gegangen. Der Grundsatz der Unschuldsvermutung betreffe die vorinstanzliche Sachverhaltsfeststellung und nicht die Sanktionsbemessung (Vernehmlassung, Rz. 35).

Gegenüber "Klein Report", einem Mediendienst in der Schweizer Kommunikationsbranche, erklärte die Vizedirektorin des Sekretariats der Weko den Umstand, dass die von der Vorinstanz verhängte Sanktion nur halb so hoch wie die ursprünglich vom Weko-Sekretariat geforderten 143 Millionen Franken ausfalle, wie folgt: Beim Sekretariat gelte eher der Grundsatz "Im Zweifel für das Härtere", während die Vorinstanz "Im Zweifel für den Angeklagten" zu urteilen habe (vgl. Beschwerdebeilage 19).

Jeder Amtsträger kann die Unschuldsvermutung (Art. 6 Ziff. 2 EMRK; SR 0.101) verletzen, wenn er öffentlich Äusserungen tätigt, in denen er von der Schuld des Angeklagten ausgeht oder diese unterstellt und der Bewertung durch das zuständige Gericht vorgreift (vgl. FRANK MEYER, in: Karpenstein/ Mayer [Hrsg.], EMRK, 2. Aufl., München 2015, Art. 6, Rz. 164; MEYER-LADEWIG/HARRENDORF/KÖNIG, in: Meyer-Ladewig/Nettesheim/

von Raumer, EMRK, 4. Aufl., Baden-Baden 2017, Art. 6, Rz. 213; ASTRID WASER, Grundrechte der Beteiligten im europäischen und schweizerischen Wettbewerbsverfahren, Zürich 2002, S. 163).

Aus der Äusserung der Vizedirektorin des Weko-Sekretariats zum Verfahren geht indessen nicht hervor, dass sie im Zweifel von der Schuld der zu sanktionierenden Unternehmen ausgeht, sondern lediglich, dass sich die zu treffende Sanktion bei festgestellter Schuld tendenziell im oberen Rahmen bewegen soll. Hinzu kommt, dass die strittige Äusserung vom 22. Juni 2016, also einige Wochen nach der Eröffnung des angefochtenen Entscheids, datiert. Insofern ist nicht ersichtlich, inwiefern der Vizedirektorin in Bezug auf das bereits abgeschlossene Untersuchungsverfahren Voreingenommenheit und damit eine Verletzung der Unschuldsvermutung vorzuwerfen ist (vgl. WASER, a.a.O., S. 170).

Soweit sich jedoch nachfolgend zeigen würde, dass sich die Wettbewerbsbehörden geweigert haben, die von den Beschwerdeführerinnen geltend gemachten Entlastungsgründe ernsthaft zu prüfen, würde dadurch das Recht der betroffenen Unternehmen auf Unschuldsvermutung verletzt (vgl. WASER, a.a.O., S. 161 f.).

6. Ökonomische Grundlagen zum Fernsehsektor

6.1 Die Wertschöpfungskette im Fernsehsektor

Die Erstellung des Dienstleistungsangebots "Fernsehen" umfasst im Wesentlichen drei aufeinanderfolgende Produktionsschritte respektive Ebenen, die prinzipiell eigenständig betrieben werden oder auch vertikal integriert sein können (vgl. zum Ganzen: SIEGBERT MESSMER, Digitales Fernsehen in Deutschland, Frankfurt a.M. 2002, S. 85; JÖRN KRUSE, Zugang zu Premium Content, Diskussionspapier Nr. 44, 2005, S. 2 f.; THOMAS VON STOKAR et al., Vom analogen zum digitalen Fernsehen in der Schweiz, Zürich/Basel 1999, S. 61 ff.; vgl. auch Urteil des BVGer B-2798/2018 vom 16. Februar 2021, Sachverhalt Bst. A.a, "Naxoo" [angefochten beim BGer]):

Bezeichnung	Beschreibung	Akteure
Contentebene	Produktion von TV-Inhalten	Filmstudios, TV-Produzenten
Programmebene	Zusammenstellung von TV-Inhalten zu TV-Programmen (Publizität)	Öffentlich-rechtliche und private TV-Sender
Distributionsebene	Übertragung der Fernsehsignale zu den Konsumenten (Multiplikation)	Kabelnetzbetreiber, Telekommunikationsunternehmen, Satellitenbetreiber etc.

Auf der ersten Ebene, der sog. "Contentebene" (auch "Produktionsebene" oder "Inputebene"), werden Inhalte (oder Rechte) produziert, die Elemente oder Vorleistungen von Fernsehsendungen und -programmen sind. Die Signalproduktion für die Programmausstrahlung erfolgt auf Stufe Verwertungsunternehmen oder Programmveranstalter (vgl. angefochtene Verfügung, Rz. 82 ff.).

Die zweite Marktstufe, die sog. "Programmebene" (auch "Publizistische Ebene") umfasst die Beschaffung der Inhalte und ihre Zusammenstellung zu einem fortlaufenden, inhaltlich zusammenhängenden Fernsehprogramm durch die Programmveranstalter, gegliedert in die Programmarten Free-TV und Pay-TV. Im Free-TV werden Programminhalte von den Programmveranstaltern (öffentlich-rechtliche Sender, nationale und lokale Privatsender) durch öffentlich-rechtliche Empfangsgebühren und/oder Werbeeinnahmen finanziert; im Pay-TV werden Programminhalte von den Programmveranstaltern gegen Bezahlung ausgestrahlt, wobei zu unterscheiden ist zwischen der Einzelvermarktung bestimmter Inhalte ("pay per view", PPV) und der Pauschalvermarktung eines vollständigen Fernsehkanals oder mehrerer Kanäle ("pay per channel", PPC). Zudem gibt es die Möglichkeit, über einen Videodienst Filme auf Abruf (VOD) zu betrachten (vgl. angefochtene Verfügung, Rz. 53 ff., 439 ff., 452 ff.; WEBER/DÖRR, Digitale Verbreitung von Rundfunkprogrammen und Meinungsvielfalt, Zürich 2001, S. 54 ff.; MESSMER, a.a.O., S. 142).

Auf der dritten Ebene, der sog. "Distributionsebene" (auch "Multiplikationsebene"), erfolgt schliesslich die Programmübermittlung respektive die Übertragung der Fernsehsignale (analog oder digital, verschlüsselt oder entschlüsselt) an die Zuschauer, z.B. über Kabelnetze. Auf dieser Ebene können auch die Schnürung von Programmen zu Programmpaketen ("Programmpackaging") und das Abonnementmanagement/Conditional Access (CA) angesiedelt werden (vgl. MESSMER, a.a.O., S. 86).

6.2 TV-Plattformen

Im Pay-TV-Bereich vermarkten die Programmveranstalter ihre Inhalte teilweise über sogenannte TV-Plattformen, teilweise direkt an Endkunden (Fernsehzuschauer; vgl. angefochtene Verfügung, Rz. 53 ff., 82 ff.). TV-Plattformen vermitteln Angebot und Nachfrage zwischen Programmveranstaltern bzw. Content Anbietern einerseits und Fernsehzuschauern andererseits und agieren insofern auf einem zweiseitigen Markt (vgl. MANI REINERT/BARBARA WÄLCHLI, BSK-KG, Art. 4 Abs. 2, Rz. 202; STEFAN HOLZWEBER, Der Marktmachttransfer bei digitalen Plattformen, Wien 2017, S. 21 f.), wobei das nachgefragte Gut die Vermittlungsleistung zwischen mehreren Marktteilnehmern ist (vgl. HOLZWEBER, a.a.O., S. 56; HEIKE SCHWEITZER/THOMAS FETZER/MARTIN PEITZ, Digitale Plattformen: Bausteine für einen künftigen Ordnungsrahmen, Diskussionspapier Nr. 16-042, 2016, S. 4). Auf solchen Märkten bestehen indirekte Netzwerkeffekte, d.h. die Nachfrage oder das Angebot auf einer Seite beeinflusst wechselseitig jene auf der anderen Seite der Plattform (vgl. ALFRED FRÜH, Immaterialgüterrechte und der relevante Markt, Köln 2012, S. 163; REINERT/WÄLCHLI, BSK-KG, Art. 4 Abs. 2, Rz. 202; RALF DEWENTER/JÜRGEN RÖSCH/ANNA TERSCHÜREN, Abgrenzung zweiseitiger Märkte am Beispiel von Internetsuchmaschinen, Hamburg 2014, S. 4).

Die meisten TV-Plattformen bieten einen möglichst breiten Mix aus Free-TV und Pay-TV an ("multi-homing"), teilweise verknüpft mit weiteren netzbasierten Dienstleistungen (Breitbandinternet, Festnetztelefonie: "triple play"; ggf. unter Einbezug der Mobiltelefonie: "quadruple play"), da auch der Konsument an einem möglichst brei-

ten Angebot aus einer Hand ("single-homing") interessiert ist (vgl. angefochtene Verfügung, Rz. 373 ff.; Zwischenverfügung des BVGer B-3983/2016 vom 13. September 2016 E. 6.1).

6.3 Zuordnung der hier relevanten Akteure

Zur Contentebene (vgl. E. 6.1) gehört Cinetrade, die mediale Verwertungsrechte an Sportveranstaltungen wie Fussball- und Eishockeyspielen (vgl. nachfolgende E. 8.4) beschafft und aufbereitet (vgl. Präambel zur Vereinbarung zwischen Swisscom und Cinetrade vom 28.11./14.12.2006 betreffend Beschaffung, Produktion und Aufbereitung von Event-Content im Bereich Sport; act. 101, Beilage 2).

Die von Cinetrade produzierten Inhalte werden von Teleclub zu Sportprogrammen für seine Sportkanäle (Teleclub Sport) zusammengestellt. Teleclub ist somit auf der Programmebene (vgl. E. 6.1) tätig.

Als Betreiberin eines Telekommunikationsnetzes ist schliesslich Swisscom der Distributionsebene zuzuordnen, indem sie das Signal des Teleclub-Programms via ihre IPTV-Plattform Swisscom TV (zuvor: Bluewin TV) an die Endkonsumenten (Fernsehzuschauer) weiterleitet (act. 101, Begleitschreiben, S. 2; zur Konvergenz der Medien vgl. hinten, E. 8.5.3.3).

7. Marktabgrenzung

7.1 Definition des relevanten Markts

Das Kartellgesetz definiert den Begriff des relevanten Markts nicht näher. Der Bundesrat formulierte jedoch in der Verordnung vom 17. Juni 1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU; SR 251.4) eine Legaldefinition, welche nach ständiger Rechtsprechung nicht nur für Unternehmenszusammenschlüsse, sondern auch für Wettbewerbsabreden und das Verhalten marktbeherrschender Unternehmen gilt (vgl. BGE 146 II 217 E. 9.2.1, "Preispolitik Swisscom ADSL"; 139 I 72 E. 9.1, "Publigroupe"; Urteil des BVGer B-506/2010 E. 9, "Gaba"). Danach lassen sich der sachlich, der räumlich und der zeitlich relevante Markt unterscheiden.

7.2 Sachlich relevanter Markt

Der sachlich relevante 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). Seine Definition erfolgt somit von der Marktgegenseite des Unternehmens aus gesehen, welchem das unzulässige Verhalten vorgeworfen wird (vgl. BORER, a.a.O., Art. 5, Rz. 11; RETO A. HEIZMANN, Der Begriff des marktbeherrschenden Unternehmens im Sinne von Art. 4 Abs. 2 i.V.m. Art. 7 KG, Zürich/Basel/Genf 2005, Rz. 280). Deren Optik ist dafür massgebend, ob Waren oder Dienstleistungen miteinander im Wettbewerb stehen, nämlich ob sie hinsichtlich ihrer Eigenschaften und des vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar erachtet werden. Entscheidend ist die Erwartung funktioneller Austauschbarkeit (sog. Bedarfsmarktkonzept) von Waren und Dienstleistungen (vgl. BGE 139 I 72 E. 9.2.3.1, "Publigroupe"; 129 II 18 E. 7.3.1, "Buchpreisbindung"; Urteil des BGer 2C_113/2017 vom 12. Februar 2020 E. 5.2.1, "Ticketvertrieb Hallenstadion Zürich"; Urteil des BVGer B-2050/2007 E. 9.1, "Terminierungspreise Mobilfunk"). Die Prüfung erfolgt in zwei Schritten: Bestimmung des Marktgegenstandes (Überblick über das Angebot) und die eigentliche Marktabgrenzung (vgl. Urteil des BGer 2C_113/2017 E. 5.2.1, "Ticketvertrieb Hallenstadion Zürich"; TORSTEN KÖRBER, in: Immenga/Mestmäcker [Hrsg.], Wettbewerbsrecht, Bd. 1 EU/Teil 2, 5. Aufl. 2012, Art. 2 FKVO, Rz. 26 ff.).

Für die sachliche Marktabgrenzung ist die Sicht der Nachfrager wichtig. Allerdings darf die Sicht der Nachfrager nicht so weit gehen, dass deren subjektive Vorstellung und Empfindungen als Massstab gelten. Auszugehen ist vom Durchschnittsverbraucher, vom vernünftig durchschnittlichen Nachfrager (vgl. Urteil des BGer 2C_113/2017 E. 5.2.4, "Ticketvertrieb Hallenstadion Zürich", mit Verweisen). Dessen Bedarf nach bestimmten Leistungen soll in akzeptabler Weise erfüllt werden, wobei einerseits nicht erforderlich ist, dass die Leistung in identischer Weise erbracht wird, andererseits ist eine bloss teilweise Austauschbarkeit nicht ausreichend. Für die Austauschbarkeit der Produkte innerhalb einer Produktgruppe ist es demzufolge erforderlich, dass alle Produkte den gleichen Verwendungszweck erfüllen. Andernfalls liegt keine einheitliche Produktgruppe vor und es kann keine entsprechende Abgrenzung des sachlich relevanten Markts erfolgen (vgl. Urteil des BVGer B-3618/2013 vom 24. November 2016 Rz. 54 f., "Ticketvertrieb Hallenstadion Zürich", mit Verweis u.a. auf Urteil des EuGH vom 13. Februar 1979 Rz. 28, "Hoffmann-La-Roche").

Soweit der direkte Nachfrager die von ihm gekauften Waren oder Dienstleistungen nicht selbst (ver)braucht, sondern diese kauft, um sie anschliessend an seine Abnehmer weiter zu veräussern, ist das Abstellen auf die Sicht der direkten Nachfrager unter Umständen sachfremd, weshalb - nach der abgeleiteten Nachfragemethode - der sachlich relevante Markt (auch) nach Massgabe der Präferenzen der Endverbraucher abgegrenzt werden muss (vgl. Urteil des BGer 2C_113/2017 E. 5.2.4, "Ticketvertrieb Hallenstadion Zürich", mit Verweis auf REINERT/BLOCH, BSK-KG 2010, Rz. 172 ff.; KÖRBER, a.a.O., Art. 2 FKVO, Rz. 41).

7.2.1 Marktabgrenzung durch die Vorinstanz

Die Vorinstanz grenzte aus Sicht der Fernsehzuschauer respektive der TV-Plattformanbieter, deren Nachfrage sich aus der Nachfrage der Fernsehzuschauer ableite, die folgenden Märkte ab (vgl. Verfügung, Rz. 496):

- Nationaler Markt für die Bereitstellung von Schweizer Fussballübertragungen im Rahmen eines Liga-Wettbewerbs im Pay-TV;
- Nationaler Markt für die Bereitstellung von Schweizer Eishockeyübertragungen im Rahmen eines Liga-Wettbewerbs im Pay-TV;
- Nationale Märkte für die Bereitstellung von ausländischen Fussballübertragungen im Rahmen eines Liga-Wettbewerbs (Bundesliga, Primera División & Copa del Rey, Serie A) im Pay-TV;
- Nationaler Markt für die Bereitstellung von Eishockeyübertragungen der NHL im Pay-TV;

- Nationaler Plattformmarkt für die leitungsgebundene Übertragung von Digital-TV.

7.2.2 Kritik an der vorinstanzlichen Marktabgrenzung

Aus Sicht der Beschwerdeführerinnen ist die von der Vorinstanz vorgenommene Marktabgrenzung in mancher Hinsicht falsch. So seien bisher noch nie eigenständige Bereitstellungsmärkte für Pay-TV-Inhalte abgegrenzt worden; solche hätten neben den Märkten für die Rechtevergabe denn auch keine eigenständige Bedeutung (vgl. Beschwerde, Rz. 386 ff.; Replik, Rz. 131 ff.). Sodann sei der Ausgangspunkt für die vorzunehmende Marktabgrenzung (Sportangebot von Teleclub) falsch gewählt worden; es hätte von einem Bündelprodukt (TV, Internet, Telefonie) ausgegangen werden sollen (vgl. Beschwerde, Rz. 413 ff.; Replik, Rz. 142). Des Weiteren sei fehlerhaft zwischen Sport- und anderen Pay-TV-Inhalten abgegrenzt worden; relevant sei nicht die Nachfrage der Pay-TV-Kunden nach Pay-TV-Sportinhalten, sondern die Nachfrage der Fernsehzuschauer nach einer attraktiven Plattform (vgl. Beschwerde, Rz. 421 ff.; Replik, Rz. 148 ff.). Hinzu komme, dass die Vorinstanz fälschlicherweise ein Ligaprodukt von Einzelspielen und Grossereignissen, Schweizer Fussball von Schweizer Eishockey, Schweizer Ligen von ausländischen Ligen sowie Fussball/Eishockey von anderen Sportarten wie Tennis, Golf und die Formel 1 abgrenze (vgl. Beschwerde, Rz. 462 ff.). Auch sei fehlerhaft zwischen Pay-TV und Free-TV abgegrenzt worden (vgl. Beschwerde, Rz. 468 ff.). Schliesslich rügen die Beschwerdeführerinnen die Verwendung einer falschen Empirischen Analyse, eine zeitlich falsche Marktabgrenzung sowie die Anwendung des SSNIP-Tests ("small but significant and nontransitory increase in price"-Test) durch die Vorinstanz (vgl. Beschwerde, Rz. 496 ff.; Replik, Rz. 149).

Wie die Beschwerdeführerinnen macht auch die Beschwerdegegnerin geltend, bei der Abgrenzung eigenständiger Bereitstellungsmärkte handle es sich um ein Konstrukt der Vorinstanz. Dieses habe weder eine Entsprechung in der Realität noch in der europäischen Rechtspraxis (vgl. Stellungnahme vom 27. April 2021, Rz. 37).

Die Vorinstanz hält in ihrer Vernehmlassung an ihrer Marktabgrenzung fest. Unter anderem erklärt sie, die TV-Plattformen fragten keine Rechte, sondern Inhalte nach. Für die Marktabgrenzung habe sie sich nicht auf die Praxis der EU-Kommission abgestützt. Wenn die Berichterstattung im Free-TV in Anlehnung an die Meinung der Beschwerdeführerinnen tatsächlich ein Substitut zur Pay-TV-Berichterstattung wäre, wäre notorisch davon auszugehen, dass die überwiegende Mehrheit der Zuschauer nicht für etwas bezahle (Pay-TV), das sie im Free-TV gratis bekomme. Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerinnen sei Sport sehr wohl für die Mehrzahl der Teleclub-Abonnenten entscheidend, habe sie keine falsche Empirische Analyse verwendet und beschränke sich der Anwendungsbereich des SSNIP-Tests keineswegs nur auf die Zusammenschlusskontrolle (Vernehmlassung, Rz. 37 ff.).

7.2.3 Marktgegenstand / Ausgangsprodukt für die Marktbestimmung

7.2.3.1 Die Vorinstanz hat ihre Marktabgrenzung auf das Sportangebot von Teleclub ausgerichtet (vgl. angefochtene Verfügung, Rz. 387 ff.), aber faktisch das vollständige Programmangebot von Teleclub als Ausgangsprodukt gewählt. Diese Generalisierung ist angesichts der Tatsache, dass Konsumenten für den Bezug des Sportangebots in deutscher Sprache das Basispaket von Teleclub abonnieren müssen (vgl. weiter unten), sachgerecht. Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerinnen musste die Vorinstanz jedoch nicht Bündelangebote von TV-Plattformanbietern als Ausgangspunkt nehmen, geht es doch vorliegend nur um die von Teleclub angebotenen Leistungen (vgl. auch Urteil des BGer 2C_113/2017 E. 5.3.3, "Ticketvertrieb Hallenstadion Zürich"); dazu gehören keine TV, Telefon und Internet umfassenden Bündelangebote.

7.2.3.2 Das Programmangebot von Teleclub umfasst deutsch- und französischsprachige Pay-TV-Programme. Im Untersuchungszeitraum bestand das deutschsprachige Programm aus vier Programmpaketen, welche von Endkunden in der deutschsprachigen Schweiz (Kabelnetz-, Sunrise TV- und Swisscom TV-Kunden) abonniert werden konnten (PPC; vgl. angefochtene Verfügung, Rz. 121 ff.):

- Paket "Basic" (ab September 2012: Paket "Cinema"), bestehend aus den Teleclub-Kanälen "Cinema", "Star" und "Disney Channel". Das Paket "Basic" ist Voraussetzung, um die anderen Programmpakete ("Movie", "Family" und "Sport") beziehen zu können. Monatlicher Preis: Fr. 39.90 (für Kabelnetz- und Sunrise TV-Kunden) respektive Fr. 29.90 (für Swisscom TV-Kunden).
- Paket "Movie" (ab September 2012: Paket "Entertainment"), bestehend aus Film- und Spartenkanälen (Krimi, Serien und Science-Fiction). Monatlicher Preis: Fr. 9.90 (für alle Kunden).
- Paket "Family", bestehend aus Disney- und Spartenkanälen (u.a. Natur, Motorsport und Geschichte). Monatlicher Preis: Fr. 9.90 (für alle Kunden).
- Paket "Sport", bestehend aus den Kanälen "Sport 1-3" mit den wichtigsten Sportereignissen des Tages (für alle Teleclub-Abonnenten) sowie aus den Kanälen "Sport 4-24" (ab September 2012: 4-29) mit Spielen verschiedener Fussball- und Eishockeymeisterschaften (für Teleclub-Abonnenten, die zugleich Swisscom TV-Kunden sind). Monatlicher Preis: Fr. 9.90 (für Kabelnetz- und Sunrise TV-Kunden) respektive Fr. 12.90 (für Swisscom TV-Kunden).
- "Superpaket", bestehend aus dem Paket "Basic" und den Zusatzpaketen "Movie", "Family" und "Sport".

Ergänzend ist festzuhalten, dass die Swisscom TV-Kunden bis Ende Juli 2013 mit einem Abonnement des Teleclub-Pakets "Sport" zusätzlich den US-Amerikanischen Sportsender "ESPN-America" sehen konnten. Im September 2012 führte Teleclub zudem ein kostenpflichtiges HD-Angebot ein (monatlicher Preis: Fr. 3.90 [alle Pakete exkl. Paket "Sport"] resp. Fr. 5.90 [Paket "Sport"]).

Für die französischsprachigen Swisscom TV-Kunden bot Teleclub ab September 2012 ein Programm an (nachfolgend: "Teleclub en français"), welches aus nachfolgend aufgeführten Paketen bestand (vgl. angefochtene Verfügung, Rz. 129 ff.):

- Paket "Teleclub Sports" mit zahlreichen Sportkanälen, u.a. "Teleclub Sports" und "Teleclub Sports 18-29". Monatlicher Preis: Fr. 19.90 (bei gleichzeitigem Bezug mit einem anderen Paket: Fr. 12.90).
- Paket "Teleclub Premium" mit zahlreichen Unterhaltungskanälen. Monatlicher Preis: Fr. 19.90.
- Paket "LES+" mit von "Canal+" zusammengestellten Kanälen. Monatlicher Preis: Fr. 19.90.

Im Unterschied zum deutschsprachigen Programm ist für "Teleclub en français" kein Basispaket vorgesehen, das für den Bezug weiterer Pakete vorausgesetzt wird.

Schliesslich haben Swisscom TV-Kunden die Möglichkeit, Live-Sport-Events (namentlich Fussball- und Eishockeyspiele, Golf- und Tennisturniere) einzeln und losgelöst von einem Teleclub-Abonnement zu beziehen (PPV; vgl. angefochtene Verfügung, Rz. 132). Der Bezug eines Fussball- oder Eishockeyspiels kostete für Kunden von "Swisscom TV basic" und "Swisscom TV plus" Fr. 2.50 (bis 13. Juli 2012) respektive Fr. 3.50 (ab 14. Juli 2012). Für Swisscom-Kunden mit anderen Abonnements galten höhere Tarife (Fr. 5.- bis 13. Juli 2012, Fr. 5.50 ab 14. Juli 2012). Ab 14. Juli 2012 konnte gegen einen Aufpreis von Fr. 1.- das Angebot in HD-Qualität bezogen werden.

7.2.3.3 Das Teleclub-Programmangebot wird einerseits von TV-Konsumenten nachgefragt, andererseits auch von TV-Plattformanbietern und Kabelnetzbetreibern, welche dieses ihren Kunden über ihre Plattform respektive ihr Netz zur Verfügung stellen. Es hat somit zwei verschiedene Verwendungsmöglichkeiten: Die Unterhaltung der Endkonsumenten und die Versorgung der TV-Plattformen und Kabelnetzbetreiber mit Pay-TV-Inhalten, welche dieses zusammen mit anderen Inhalten zu einem Programmbündel zusammenstellen und unter Umständen mit anderen Angeboten ergänzen. Was Teleclub den TV-Plattformen und Kabelnetzbetreibern in dieser Hinsicht zur Verfügung stellt, ist der Ausgangspunkt respektive der Marktgegenstand, aufgrund dessen der Markt sachlich abzugrenzen ist.

7.2.4 Märkte für die Bereitstellung von Pay-TV-Inhalten

7.2.4.1 Die Vorinstanz räumt in der angefochtenen Verfügung unter dem Titel "Bisherige Praxis der Wettbewerbsbehörden" ein, bisher weder zwischen Bezug und Bereitstellung von Pay-TV-Inhalten noch zwischen unterschiedlichen Pay-TV-Inhalten oder unterschiedlichen Bezahl- bzw. Bezugsformen unterschieden zu haben (vgl. Verfügung, Rz. 403).

In der Tat hat die Vorinstanz in den von den Beschwerdeführerinnen zitierten Zusammenschlussfällen Swisscom AG/Fastweb S.p.A. (RPW 2007/2, S. 312 ff.), Swisscom AG/Transmedia Communications SA (RPW 2007/3, S. 449 ff.) und Swisscom (Schweiz) AG/Publigroupe SA (RPW 2014/3, S. 515 ff.), im Zusammenschlussfall "Swisscom/Cinetrade" (RPW 2005/2, S. 363 ff.) und im Fall "Teleclub AG vs. Cablecom GmbH" (RPW 2002/4, S. 567 ff.) im Zeitraum vor Erlass der angefochtenen Verfügung folgende Fernsehmärkte abgegrenzt:

- "Markt für Bezahlfernsehen/Pay TV" (RPW 2007/2, S. 312 ff., Rz. 32, "Swisscom/Fastweb"; RPW 2007/3, S. 449 ff., Rz. 35, "Swisscom/Transmedia"; RPW 2014/3, S. 515 ff., Rz. 116, "Swisscom/Publigroupe"; RPW 2005/2, S. 363 ff., Rz. 44, "Swisscom/Cinetrade"),
- "Markt für die Beschaffung von Premium Content für das Bezahlfernsehen" (RPW 2007/2, S. 312 ff., Rz. 33, "Swisscom/Fastweb"; RPW 2014/3, S. 515 ff., Rz. 118, "Swisscom/Publigroupe"; RPW 2005/2, S. 363 ff., Rz. 59, "Swisscom/Cinetrade"),
- "Markt für die Übertragung von Fernsehsignalen zum Fernsehzuschauer" (RPW 2007/2, S. 312 ff., Rz. 34, "Swisscom/Fastweb"; RPW 2014/3, S. 515 ff., Rz. 120, "Swisscom/Publigroupe"; RPW 2002/4, S. 567 ff., Rz. 36, "Teleclub/Cablecom").

7.2.4.2 Die Vorinstanz ist nicht zwingend an ihre Abgrenzungen von Märkten in bisherigen Fällen gebunden, denn die kartellrechtliche Marktabgrenzung ist immer auf den jeweiligen Untersuchungszweck bezogen (vgl. BEAT ZIRLICK/MARC BLATTER/SIMON BANGERTER, Äpfel mit Birnen vergleichen?, in: Jusletter 11. September 2017, Rz. 7, mit Verweis auf TILL STEINVORTH, Probleme der geografischen Marktabgrenzung, WuW 10/2014, S. 924; ANDREAS HEINEMANN, Digitale Medien und das Kartellrecht, in: Medien und direkte Demokratie", 2018, S. 45 ff., 52). Dieser besteht in der Untersuchung eines Handelns, das möglicherweise wettbewerbsbeschränkend ist (vgl. ZIRLICK/BLATTER/BANGERTER, a.a.O., Rz. 6). Die Bestimmung des relevanten Markts hängt von zahlreichen einzelfallspezifischen Faktoren ab und ist deshalb nur schwer vorhersehbar (vgl. ZÄCH, Kartellrecht, Rz. 537). Insofern kann im konkret zu beurteilenden Fall das Resultat der Abgrenzung - trotz einheitlicher Methode und obwohl derselbe Wirtschaftsbereich betroffen ist - anders ausfallen als in einem anderen Fall der Missbrauchskontrolle (vgl. ZIRLICK/BLATTER/BANGERTER, a.a.O., Rz. 7). Illustrativ erwähnen ZIRLICK/BLATTER/BANGERTER zwei bundesgerichtliche Urteile, welche den Hartkäsemarkt betreffen. Im einen Urteil bildete aufgrund der konkreten Fragestellung einzig die geschützte Ursprungsbezeichnung "L'Etivaz" den relevanten sachlichen Markt (vgl. BGE 139 II 316 E. 5.5), im anderen Urteil wurde der Hartkäsemarkt generell als relevant angesehen (vgl. Urteil des BGer 5A_787/2014 E. 2.3).

7.2.4.3 Auslöser für das vorinstanzliche Untersuchungsverfahren war der Umstand, dass Teleclub seine Sportkanäle nur in beschränktem Umfang und ohne die Mög-

lichkeit von PPV an mit Swisscom TV konkurrierende TV-Plattformen bereitstellte. Aufgrund der Hauptfunktion von TV-Plattformen, ihren Kunden TV-Inhalte zu vermitteln (vgl. E. 6.2), ist die Auffassung der Vorinstanz, wonach TV-Plattformen keine Rechte, sondern Inhalte nachfragen, nachvollziehbar. Da sich die Nachfrage der TV-Plattformen von der Nachfrage der Fernsehkonsumenten ableitet (vgl. angefochtene Verfügung, Rz. 397), wird wie beim bisher abgegrenzten "Markt für Bezahlfernsehen/Pay-TV" gleichzeitig auch die Nachfrage der Fernsehzuschauer untersucht. Des Weiteren hatte die Vorinstanz keine Veranlassung einen Markt für die Übertragung von Fernsehsignalen abzugrenzen, weil im vorliegenden Fall die Bereitstellung der eigentlichen Pay-TV-Inhalte (und nicht die Übertragung der entsprechenden Signale) relevant sind.

7.2.4.4 Soweit die Beschwerdeführerinnen geltend machen, mit den behaupteten Bereitstellungsmärkten schaffe die Vorinstanz zwischen den gemäss bisheriger Praxis abgegrenzten Märkten für den Erwerb und die Vermarktung von Film- und Sportübertragungsrechten (vgl. etwa Zusammenschlussvorhaben "Groupe Canal+/RTL Group/Groupe Jean-Claude Darmon", in: RPW 2001/4, S. 744 ff., Rz. 14) und dem Endkundenmarkt für Pay-TV (vgl. etwa im Zusammenschlussfall "Swisscom/Cinetrade" (RPW 2005/2, S. 363 ff., Rz. 44) einen nicht existierenden künstlichen Zwischenmarkt (vgl. Beschwerde, Rz. 400 ff.; Replik, Rz. 131 ff.), ist den Beschwerdeführerinnen soweit zuzustimmen, dass es sich bei den vorliegend abgegrenzten Bereitstellungsmärkten um Märkte handelt, bei denen Angebot und Nachfrage zwischen zwei Playern (Programmveranstaltern bzw. Contentanbietern einerseits und Fernsehzuschauern andererseits) vermittelt werden. Diese Vermittlungsfunktion obliegt den TV-Plattformen (vgl. E. 6.2).

Der Umstand, dass etwa die deutsche Monopolkommission keine Bereitstellungsmärkte definiert hat (vgl. Replik, Rz. 135), bedeutet nicht, dass keine derartigen Märkte existieren. Zu Recht weist die Vorinstanz darauf hin, dass es sich bei der Darstellung der Monopolkommission um eine stark vereinfachte Darstellung handelt (vgl. Hauptgutachten der Monopolkommission vom 20. September 2016, Kapitel I: Zentralvermarktung in der deutschen Bundesliga, Rz. 376) und dass im Gegensatz zum Abruf von Internetseiten die TV-Endabnehmer nur solche Inhalte konsumieren können, die ihnen von der TV-Plattform zur Verfügung gestellt werden (vgl. Duplik, Rz. 57), was eine Bereitstellung durch die Programmveranstalter voraussetzt.

7.2.4.5 Als Fazit ist somit festzuhalten, dass die Vorinstanz zu Recht Märkte für die Bereitstellung von Pay-TV-Inhalten abgegrenzt hat.

7.2.5 Attraktivität der Plattform

Wiederholt bringen die Beschwerdeführerinnen vor, entscheidend für die Marktabgrenzung sei eine attraktive Plattform mit einem attraktiven Gesamtfernsehangebot (vgl. Beschwerde, Rz. 417, 424, 448, 451, 465 und 469; Replik, Rz. 142; Stellungnahme vom 31. März 2021, Rz. 66). Sie plädieren deswegen, unter anderem gestützt auf das Sortimentskonzept (vgl. REINERT/WÄLCHLI, BSK-KG, Art. 4 Abs. 2, Rz. 168), für eine Erweiterung des relevanten Markts auf Bündelangebote (vgl. Beschwerde, Rz. 413 ff.).

Die Vorinstanz bestreitet nicht, dass die TV-Plattformanbieter ein Interesse daran haben, eine attraktive Plattform anzubieten (vgl. Verfügung, Rz. 419). Dies gelingt mit einer möglichst umfangreichen Programmauswahl aus dem Free-TV und Pay-TV, gegebenenfalls ergänzt mit weiteren netzbasierten Dienstleistungen wie Breitbandinternet und Festnetztelefonie (vorne, E. 6.2). Aus der Sicht der TV-Plattformanbieter können Internet und Telefonie aber nicht austauschbar mit der Bereitstellung von (Pay-)TV-Inhalten sein, da das Kerngeschäft der TV-Plattformanbieter die Vermittlung von TV-Inhalten über ihre Netzwerkinfrastruktur ist (vgl. etwa Antwort von UPC Cablecom auf Auskunftsbegehren [act. 68], S. 21). Die TV-Plattformanbieter fragen mit anderen Worten nicht Bündelangebote wie Triple-Play (d.h. Pakete mit Telefonie, Breitbandinternet und Fernsehen) nach, sondern (Pay)-TV-Inhalte (vgl. auch Verfügung, Rz. 242). Das entsprechende TV-Angebot ist nur dann insgesamt attraktiv, wenn es eine breite Auswahl an frei empfangbaren und kostenpflichtigen Kanälen anbietet (vgl. Zwischenverfügung des BVGer B-3983/2016 vom 13. September 2016 E. 6.1), ansonsten Kunden unter Umständen zum Wechsel auf andere TV-Plattformen gezwungen wären.

7.2.6 Beschaffung von Pay-TV-Inhalten

Die Beschwerdeführerinnen plädieren des Weiteren für eine Erweiterung des relevanten Markts auf die Beschaffung von Pay-TV-Inhalten durch TV-Plattformanbieter (vgl. Beschwerde, Rz. 404 ff.; Replik, S. 143). Diese würde nach dem Kriterium der Angebotssubstituierbarkeit zum relevanten Markt gehören, wenn TV-Plattformanbieter dazu in der Lage wären, ohne spürbaren zusätzlichen Kosten und Risiken kurzfristig selbst Pay-TV-Inhalte zu erwerben (vgl. BORER, a.a.O., Art. 5, Rz. 12; BSK-MANI REINERT/BENJAMIN BLOCH, Art. 4 Abs. 2, Rz. 150 ff.; HEINEMANN/KELLERHALS, a.a.O., S. 60).

Nach der Praxis des Bundesverwaltungsgerichts findet die Angebotssubstituierbarkeit im Rahmen der Abgrenzung des sachlich relevanten Markts zur Untersuchung einer Wettbewerbsbeeinträchtigung gemäss Art. 7 KG im Regelfall keine Beachtung, da die betroffenen Unternehmen bis zur Vornahme von Massnahmen durch die Wettbewerbsbehörden tatsächlich nicht über eine reale Ausweichmöglichkeit auf derartige austauschbare Produkte verfügen; eine Ausnahme wird gemacht, wenn ein bestimmtes Verhalten des marktbeherrschenden Unternehmens in der Zukunft zu beurteilen ist (vgl. Urteile des BVGer B-831/2011 Rz. 256 ff., "Six Group"; B-7633/2009 Rz. 273 ff., "Preispolitik ADSL").

Selbst wenn im vorliegenden Fall das Konzept der Angebotssubstituierbarkeit grundsätzlich zur Anwendung käme, wäre eine Erweiterung des relevanten Markts auf die Beschaffung oder Produktion von Pay-TV-Inhalten ausgeschlossen. Denn die TV-Plattformanbieter müssten hierzu auf einer vorgelagerten Ebene (Rechteerwerb, Content-Produktion, Content-Beschaffung) aktiv werden (vgl. E. 6.1). Die Angebotssubstituierbarkeit kommt indessen insbesondere auf der gleichen Marktstufe zum Tragen, d.h. wenn verschiedene Sorten oder

Qualitäten eines Produkts existieren, die aus der Sicht der Marktgegenseite eigentlich nicht austauschbar sind (vgl. HEINEMANN/KELLERHALS, a.a.O., S. 60 f.; REINERT/WÄLCHLI, BSK-KG, Art. 4 Abs. 2, Rz. 156 ff., mit zahlreichen Beispielen aus der Praxis).

Hinzu kommt, dass gerade der Erwerb von Sportübertragungsrechten entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerinnen mit erheblichen Kosten verbunden ist, zumal die entsprechenden Verträge über mehrere Jahre abgeschlossen werden (vgl. OSTERWALDER, a.a.O., S. 35 ff.). Diese langjährigen, in der Regel exklusiven Verträge stehen auch der Möglichkeit, kurzfristig ein eigenes Pay-TV-Sportangebot zu schaffen, entgegen. Dazu gesellen sich die erheblichen finanziellen und unternehmerischen Risiken, die mit der Herstellung eines eigenen Pay-TV-Angebots verbunden sind, worauf sogar Cinetrade selbst hingewiesen hat (vgl. Stellungnahme Cinetrade vom 5. September 2012, Rz. 11, 69 und 72ff., [act. 115]; vgl. auch KLAUS HOLTMANN, Pay-TV-Programme, in: Kaumanns/Siegenheim/Sjurts [Hrsg.], Auslaufmodell Fernsehen? - Perspektiven des TV in der digitalen Medienwelt, Wiesbaden 2008, S. 193). Daran ändert nichts, dass UPC im Jahre 2016 die Schweizer Eishockeyligaübertragungsrechte exklusiv erwarb und auch bei den Schweizer Fussballrechten zuletzt für die Saisons 2017/20 18 "rigoros mitbot" (vgl. Stellungnahme der Beschwerdeführerinnen vom 31. März 2021, Rz. 64). Insofern hat die Vorinstanz zu Recht die Beschaffung und Produktion von Pay-TV-Inhalten vom relevanten Markt ausgeschlossen.

7.2.7 Sport- und andere Pay-TV-Inhalte

7.2.7.1 Die Vorinstanz liess bisher offen, ob die Bereitstellung von Film- und Sportkanälen jeweils eigene Märkte darstellen; sie unterschied lediglich zwischen "Premium Content" und "Nicht Premium Content" (vgl. RPW 2005/2, S. 363 ff., Rz. 67, "Swisscom/Cinetrade"). Unter "Premium Content" wird die Erstausstrahlung von Filmen und Erstübertragungen von Spitzensportveranstaltungen (vgl. RPW 2005/2, S. 363 ff., Rz. 60, "Swisscom/Cinetrade") respektive attraktive Sport- und Kulturereignisse sowie Blockbusterfilme mit "Superstar-Effekt" (vgl. angefochtene Verfügung, Rz. 369) verstanden.

7.2.7.2 In ihrer Empirischen Analyse untersuchte die Vorinstanz die Substitutionsbeziehungen zwischen Sport- und anderen Pay-TV-Inhalten wie Spielfilmen und Fernsehserien (Kapitel C.1 der Empirischen Analyse [act. 421]). Aufgrund der fehlenden Möglichkeit, die Teleclub-Sportkanäle (PPC) unabhängig vom Teleclub-Basisangebot zu beziehen, beschränkte sie die Analyse auf das Verhältnis zwischen dem PPV-Angebot von Live-Sport-Events und VoD-Spielfilmen. Diese ergab, dass Live-Sport-Events (in Form von PPV) und VoD-Spielfilme nicht zum gleichen Markt gehören, da kein Bruch bei VoD-Bezügen im Anschluss an die Preiserhöhung vom Juli 2012 bei den Live-Sport-Events (PPV) erkennbar sei, im Gegensatz zu den PPV-Bezügen von Live-Sport-Events (Empirische Analyse, Rz. 15 und 21 [act. 421]).

Der Nachfragerückgang beim PPV nach der Preiserhöhung im Juli 2012 von Fr. 2.50 auf Fr. 3.50 pro Spiel legt nach Ansicht der Beschwerdeführerinnen den Schluss nahe, dass die Preissetzungsspielräume in diesem Bereich begrenzt seien. Denn trotz Kundenwachstums bei Swisscom TV und absolut betrachtet geringer Preiserhöhung sei die Anzahl PPV-Bezüge pro Swisscom TV-Kunde von mehr als [...] in den Saisons 2010/11 und 2011/12 auf weniger als [...] in der Saison 2012/13 gefallen (vgl. Beschwerde, Rz. 433 ff.). Mit diesen Angaben bestätigen die Beschwerdeführerinnen das Ergebnis der Empirischen Analyse, dass im Zeitraum nach der Preiserhöhung die Nachfrage nach PPV-Sportevents trotz generellen Kundenwachstums zurückgegangen ist. Sie bestreiten auch nicht die vorinstanzliche Feststellung, dass die Nachfrage nach VoD-Spielfilmen im gleichen Zeitraum keinen derartigen Einbruch erlitten hat. Insofern sprechen die Äusserungen der Beschwerdeführerinnen in Rz. 433 ff. der Beschwerde nicht gegen die von der Vorinstanz festgestellten fehlenden Substituierbarkeit von PPV-Sportevents mit VoD-Spielfilmen.

Nach Ansicht der Beschwerdeführerinnen ist die von der Vorinstanz durchgeführte Analyse jedoch vom Ausgangspunkt her falsch, da sie sich auf die Nachfrage der Endkunden beziehe; sie könne daher höchstens für die Abgrenzung der Pay-TV-Endkundenmärkte relevant sein (Beschwerde, Rz. 422 f.; 450; Replik, Rz. 149). Zwar hat sich die Analyse tatsächlich auf die Nachfrage der Endkunden und nicht auf die Nachfrage der TV-Plattformanbieter bezogen. Da ein TV-Plattformanbieter möglichst viele Kunden an sich binden will, ist jedoch nachvollziehbar, dass er sein Fernsehangebot nach den Bedürfnissen und Interessen seiner Kunden ausrichtet (abgeleitete Nachfrage; vgl. E. 7.2). Insofern eignet sich die Empirische Analyse entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerinnen nicht nur zur Abgrenzung der Pay-TV-Endkundenmärkte, sondern auch zur Abgrenzung der Pay-TV-Bereitstellungsmärkte für TV-Plattformanbieter.

7.2.7.3 Im Übrigen ergibt sich aus der zweiten Marktbefragung vom Juni 2013, die trotz einzelner Mängel ausgewertet werden kann (vgl. E. 5.1.3.2, E. 7.2.8.8), dass die Mehrheit der TV-Plattformanbieter die Teleclub-Programmpakete Cinema, Entertainment und Family ("Übrige Teleclub-Programmpakete") im Vergleich zu den Teleclub-Sportangeboten als weniger wichtig einschätzen (vgl. act. 216, 218, 221, 222, 227, 228, 234, 238, 251, 252, 253, 260, 261, 262), eine Minderheit erachtete die Wichtigkeit als gleich hoch (vgl. act. 214, 223, 235, 236, 242, 257, 259). Kein TV-Plattformanbieter stufte die "Übrigen Teleclub-Programmpakete" als wichtiger als die Sportangebote ein.

7.2.7.4 Weiter wenden die Beschwerdeführerinnen zutreffend ein, dass zum von der Vorinstanz abgegrenzten Markt nicht nur das PPV-Sportangebot, sondern auch das PPC-Sportangebot gehöre (vgl. Beschwerde, Rz. 427); insofern hat die Vorinstanz nur, aber angesichts der schwierigen Ausgangslage (Koppelung des PPC-Sportangebots mit dem Basisangebot) immerhin, einen Teil des relevanten Markts analysiert. Gründe, weshalb eine erweiterte Analyse unter Einbezug des PPC-Sportangebots zu grundlegend anderen Resultaten geführt hätte, bringen die Beschwerdeführerinnen nicht vor.

7.2.7.5 Darüber hinaus bemängeln die Beschwerdeführerinnen, dass als Reaktion auf die Preiserhöhung im Juli 2012 nur die Konsumation eines zusätzlichen Films per VoD, nicht aber weitere Handlungsalternativen (Wechsel zum Sportabonnement, Fernsehkonsum im Free-TV) geprüft worden seien (vgl. Beschwerde, Rz. 429 f.; Replik, Rz. 149). Da es bei der Empirischen Analyse, ausgehend vom Marktgegenstand, um die Abgrenzung nach Pay-TV-Inhalten geht, hat die Vorinstanz sowohl den Wechsel zum Sportabonnement (mit mindestens den gleichen Inhalten wie im PPV) als auch den Fernsehkonsum im Free-TV als mögliches Substitut zu Recht nicht berücksichtigt. Auch der Umstand, dass Fernsehzuschauer eine Mischung unterschiedlicher Inhalte konsumieren (Beschwerde, Rz. 437), spielt bei der vorliegend zu prüfenden Abgrenzung zwischen zwei Produkten keine Rolle. Zudem ist nachvollziehbar, dass die Vorinstanz als Handlungsalternative zum PPV-Konsum eines Sportevents den Bezug eines VoD-Films geprüft hat: Beide Produkte können Premium-Contents darstellen (vgl. KRUSE, a.a.O., S. 8) und sind von der zeitlichen Länge her vergleichbar.

Dass die Beschwerdeführerinnen die Konsumation eines VoD-Films als Reaktion auf eine Preiserhöhung beim PPV als "unrealistisch" erachten (Beschwerde, Rz. 429), ist als weiterer Hinweis dafür zu werten, dass auch nach impliziter Ansicht der Beschwerdeführerinnen keine Substituierbarkeit zwischen diesen Produkten gegeben ist.

7.2.7.6 Auch die von der Vorinstanz in der angefochtenen Verfügung aufgeführten Gründe sprechen überzeugend dagegen, dass Sport- und andere Pay-TV-Inhalte miteinander austauschbar sind. Dort erklärte die Vorinstanz, dass aufgrund des Liga-, Meisterschafts- oder Tourneebetriebs Sportübertragungen eine sehr starke Kundenbindung erzielten, die einen Wechsel zu anderen Inhalten unwahrscheinlich machten. Auch in zeitlicher Hinsicht unterschieden sich die Inhalte, da vor ihrer Verbreitung im Pay-TV Spielfilme zunächst im Kino und danach auf physischen Datenträgern (DVD, Blu-ray etc.) und Fernsehserien zunächst auf physischen Datenträgern verfügbar seien, dies im Gegensatz zu Sportübertragungen. Schliesslich könnten Sportereignisse anders als Spielfilme und Fernsehserien nur innerhalb eines sehr kleinen Zeitfensters ohne Wertverlust konsumiert werden (vgl. angefochtene Verfügung, Rz. 408).

Diese Argumente teilt auch das deutsche Bundeskartellamt, das Medieninhalte wie Kinofilme, TV-Filme und TV-Serien als nicht mit Fussballübertragungen austauschbar erachtet. Es begründet dies mit der besonderen Zugkraft von massenattraktiven Sportereignissen (in Deutschland namentlich die Bundesliga) und deren geringen "Haltbarkeit", da die Hauptwertschöpfung im Live-Fenster stattfindet, also genau zu dem Zeitpunkt, in dem das Sportereignis tatsächlich stattfindet (vgl. Beschluss des deutschen Bundeskartellamts B 6-32/15 vom 11. April 2016 Rz. 87 f., "Verwertungsrechte an Fussballspielen der Bundesliga und der 2. Bundesliga").

7.2.7.7 Schliesslich ergibt sich aus der Auswertung der Anzahl Teleclub-Abonnemente, dass Sport für die Mehrzahl der Teleclub-Abonnenten eine wichtige Rolle einnimmt: Im untersuchungsrelevanten Zeitraum hatten zwischen ca. [...] % (Januar 2008) bis [...] % (Mai 2013) der Teleclub-Abonnenten nebst dem obligatorischen Basispaket das Sportpaket abonniert (vgl. angefochtene Verfügung, Rz. 389, inkl. Abbildung 14).

7.2.7.8 Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Vorinstanz zu Recht Sport- und andere Pay-TV-Inhalte als nicht substituierbar qualifiziert (vgl. auch CABRERA BLAZQUEZ et al., a.a.O., S. 20).

7.2.8 Abgrenzung nach Sportinhalten

7.2.8.1 Die Vorinstanz untersuchte des Weiteren die Substitutionsbeziehungen zwischen Einzelspielen und Ligaprodukt, zwischen Ligaprodukt und Grossereignissen, zwischen Schweizer Fussball und Schweizer Eishockey, zwischen Schweizer und ausländischen Ligen sowie zwischen Schweizer Fussball- und Eishockeyligen einerseits und anderen Sportereignissen andererseits.

Nach Ansicht in der Lehre erweist sich der Grad der funktionellen Austauschbarkeit umso geringer bzw. ist der Markt eigenständig, je grösser die Publikumsattraktivität eines Ereignisses ist (vgl. WEBER/OSTERWALDER, a.a.O., S. 150, mit Verweis auf OSTERWALDER, a.a.O., S. 392 ff.).

a) Ligaprodukt und Grossereignisse

7.2.8.2 Nach Auffassung der Beschwerdeführerinnen können Grossereignisse wie Fussball-Weltmeisterschaften und Fussball-Europameisterschaften nicht vom Ligaprodukt abgegrenzt werden; auch Grossveranstaltungen könnten eine kontinuierliche Berichterstattung gewährleisten (vgl. Beschwerde, Rz. 443 ff.).

7.2.8.3 Die Fussball-Weltmeisterschaft und Fussball-Europameisterschaft finden alle 4 Jahre, je in einem Abstand von 2 Jahren, statt (vgl. Weltweit/WM/Archiv, und Europa/EM/Archiv, <www.weltfussball.com>, zuletzt abgerufen am 26.01.2022). In diesem Rhythmus und Abstand werden normalerweise auch die Olympischen Sommer- und Winterspiele ausgetragen (vgl. <https://olympics.com/ioc/celebrate-olympic-games>, zuletzt abgerufen am 26.01.2022). Die Eishockey-Weltmeisterschaft findet dagegen jährlich statt (vgl. <https://de.wikipedia.org/wiki/Eishockey-Weltmeisterschaft>, zuletzt abgerufen am 26.01.2022).

Im Rahmen der UEFA Champions League und Europa League wird, abgesehen von einer Sommer- und Winterpause, jährlich an über das ganze Jahr verteilten Spieltagen gespielt (vgl. Europa/Champions League/Archiv, und Europa/Europa League/Archiv, www.weltfussball.com, zuletzt abgerufen am 26.01.2022). In den schweizerischen Top-Fussballligen (Super League und Challenge League) wird jedes Jahr, wiederum unterbrochen von zwei saisonalen Spielpausen, an insgesamt 36 sog. Spieltagen gespielt, wobei "Spieltag" nicht zwingend bedeutet, dass die Spiele am gleichen Tag stattfinden. In der Super League umfasst ein "Spieltag" in der Regel fünf Spiele an einem Wochenende, wobei der Spielbeginn zumeist auf Samstagabend respektive Sonntagnachmittag angesetzt ist (vgl. Schweiz/Super League/Archiv, www.weltfussball.com, zuletzt abgerufen am 26.01.2022). In der Challenge League umfassen die Spieltage in der Regel einen noch grösseren Zeitraum als in der Super League (donners-

tags oder freitags bis sonntags), wobei der Spielbeginn noch stärker variiert (vgl. Schweiz/Challenge League/Archiv, www.weltfussball.com, zuletzt abgerufen am 26.01.2022). Daneben gibt es im Schweizer Fussball den Schweizer Cup mit 6 Runden (Spieltagen) pro Jahr (vgl. Schweiz/ Cup/Archiv, www.weltfussball.com, zuletzt abgerufen am 26.01.2022). Auch im Schweizer Top-Eishockey wird in einem Liga-Betrieb, seit der Saison 2007/08 "National League" genannt, gespielt (vgl. https://de.wikipedia.org/wiki/National_League (Eishockey) , zuletzt abgerufen am 26.01.2022. Im Gegensatz zu Grossveranstaltungen können Fussball- und Eishockeyligen somit eine praktisch über das ganze Jahr verteilte und somit kontinuierliche Berichterstattung gewährleisten. Gerade diese Regelmässigkeit spielt für das Image eines Programms eine grosse Rolle (vgl. Entscheid der EU-Kommission COMP/C.2-37.398 vom 23. Juli 2003, Rz. 68, "UEFA Champions League"). Die Übertragung sportlicher Grossereignisse, die während der jährlichen Pause in den verschiedenen Sportligen stattfinden, stellt - allein zeitlich gesehen - lediglich eine Ergänzung zur Liga-Berichterstattung dar. Auch die EU-Kommission unterscheidet zwischen Sportanlässen, die wie die Fussballligen regelmässig über einen Grossteil des Jahres stattfinden und Grossanlässen, die wie die Fussball-WM alle paar Jahre während einer relativ kurzen Zeitperiode stattfinden (vgl. Entscheide der EU-Kommission COMP/C.2-37.398 vom 23. Juli 2003, Rz. 68, "UEFA Champions League"; COMP/M.2483 vom 13. November 2001, Rz. 20 f., "Group Canal+/ RTL/GJCD/JV").

Internationale Grossereignisse wie Olympische Spiele oder Welt- und Europameisterschaften beziehen ihre Anziehungskraft aus der geringen Häufigkeit ihres Stattfindens; die langen zeitlichen Abstände zwischen der Austragung zweier Grosswettkämpfe unterstreichen ihre Besonderheit (vgl. MESSMER, a.a.O., S. 102). Bei den Olympischen Spielen tragen auch die mit ihnen verbundene Geschichte, die weltweite Aufmerksamkeit, die politische Bedeutung und das umfassende Programm an Sportarten zur Attraktivität bei (vgl. ANDREAS HEINEMANN, Sportübertragungsrechte im europäischen Kartellrecht am Beispiel der Olympischen Spiele, in: ZEuP 2006 [nachfolgend: HEINEMANN, Sportübertragungsrechte], S. 348).

7.2.8.4 Da die Anzahl Spieltage respektive die Anzahl Spiele pro Spielzeit klar vorgegeben ist, kann entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerinnen nicht gesagt werden, dass das Ligaprodukt der Vorinstanz "völlig unbestimmt" ist (vgl. Beschwerde, Rz. 441).

Zudem müssen Grossereignisse, wozu die Schweizer Fussballligen indessen nicht gehören, über Free-TV ausgestrahlt werden (vgl. Anhang 2 der Verordnung des UVEK vom 5. Oktober 2007 über Radio und Fernsehen). Free-TV-Übertragungen von sportlichen Grossereignissen machen eine TV-Plattform im Vergleich zu anderen TV-Plattformen nicht attraktiver; sie gehören zum Grundangebot jeder TV-Plattform.

Zusammenfassend kann der Schluss gezogen werden, dass sportliche Grossereignisse wie Fussball-Weltmeisterschaften aus Sicht der TV-Plattformen nicht mit einem Ligaprodukt wie der Super League im Schweizer Fussball austauschbar sind, wie die Vorinstanz nachvollziehbar festgestellt hat.

b) Schweizer Fussball und Schweizer Eishockey

7.2.8.5 In der Lehre wird die Ansicht vertreten, dass Fussballübertragungen andere Sportübertragungen ersetzen, aber nicht selbst substituiert werden können. Dieser Teilmarkt kann sogar weiter, z.B. in Märkte für Europameisterschafts- und Weltmeisterschaftsspiele, Champions League- und UEFA-Cup-Spiele, Liga-, Cup- oder Amateurspiele unterteilt werden (vgl. OSTERWALDER, a.a.O., S. 393 f., mit zahlreichen Verweisen auf die Literatur; vgl. auch CABRERA BLAZQUEZ et al., a.a.O., S. 20).

7.2.8.6 Um seine Auffassung, wonach Spiele der Schweizer Fussballmeisterschaft nicht zum gleichen Markt gehören wie Spiele der Schweizer Eishockeymeisterschaft, zu untermauern, führte das Sekretariat der Vorinstanz eine weitere Empirische Analyse durch. Dabei wurde die Auswirkung einer Angebotsausdehnung der einen Sportart (unter anderem nach Ablauf einer saisonalen Spielpause) auf die Nachfrage der anderen Sportart untersucht (vgl. Kapitel C.2 der Empirischen Analyse [act. 421]). Gemäss der Analyse hat das Angebot an Live-Übertragungen einer Sportart keinen signifikanten Einfluss auf die Nachfrage der jeweils anderen Sportart. Auch die Nachfrage nach Spielen einer Sportart reagiert gemäss Analyse nicht statistisch signifikant auf die Nachfrage nach Spielen der anderen Sportart. Dies ist nach Auffassung der Vorinstanz ein deutlicher Hinweis darauf, dass die Übertragung von Spielen der Schweizer Fussballmeisterschaft nicht zum gleichen Markt gehörten wie Übertragungen der Spiele der Schweizer Eishockeymeisterschaft (vgl. Ziff. 36 der Empirischen Analyse [act. 421]).

Soweit die Beschwerdeführerinnen die Empirische Analyse als nicht relevant für die Marktabgrenzung erachten, ist auf vorne, E. 7.2.7.2 zu verweisen.

7.2.8.7 Trotz ihrer grundsätzlichen Kritik an den Marktbefragungen, namentlich zur Bedeutung des Sports (vgl. Beschwerde, Rz. 684 ff.), vermögen die Beschwerdeführerinnen daraus Schlüsse für die Marktbegrenzung abzuleiten (vgl. Beschwerde, Rz. 452) - zu Recht: Selbst wenn die Fragen 14 (wichtigste Leistungen und Inhalte für Kundengewinnung bzw. Kundenbindung) und 15 (Bedeutung der Live-Ausstrahlung exklusiver Sportereignisse für Kundengewinnung bzw. Kundenbindung) der ersten Marktbefragung vom Mai 2012 anders hätten formuliert werden können, können die Antworten der TV-Plattformanbieter verwertet werden. Denn die TV-Plattformanbieter konnten sich nicht nur bei diesen beiden Fragen, sondern auch bei Frage 18 (weitere Bemerkungen) zur Bedeutung des Sports äussern. Insgesamt ergibt sich ein genügend klares Bild zur Wichtigkeit des Sports und einzelner Sportinhalte aus Sicht der TV-Plattformanbieter. Ein Teil nannte explizit Fussball (vgl. act. 35, 39, 40, 47, 66, 70, 90), ein Teil nannte Fussball und Eishockey zusammen (vgl. act. 30, 36, 38, 48, 51, 58, 59, 84, 94, 95), ein einziger TV-Plattformanbieter nannte lediglich explizit Eishockey (vgl. act. 42) und der grösste Teil der Anbieter erwähnte allgemein die grosse Bedeutung von Sport respektive von Live-Sportevents im Allgemeinen (vgl. act. 24, 26, 27, 44, 45, 55, 60, 61,

63, 67, 68, 89, 93, 97, 101, 104, 105, 106, 108). Wie die Antworten ausfielen, hing namentlich auch von der Ausstrahlungskraft eines Fussball- oder Eishockeyclubs im Verbreitungsgebiet des befragten TV-Plattformanbieters ab. So wurde etwa die grosse Bedeutung des Fussballs in der Region Basel aufgrund des erfolgreichen FC Basel betont (vgl. act. 47, 70).

7.2.8.8 Auch die zweite Marktbefragung vom Juni 2013 kann trotz einzelner Mängel ausgewertet werden. So weisen die Beschwerdeführerinnen zu Recht darauf hin, dass die Frage, wie wichtig die Verfügbarkeit von bestimmten Sportligen für die Kundengewinnung und -bindung ist, eher einseitig formuliert war, da vor allem Fussballligen namentlich erwähnt wurden (vgl. etwa Frage 16 von act. 185). Trotzdem haben einige Unternehmen andere Sportligen speziell genannt (vgl. act. 223, 227, 262, 279) respektive das zusätzlich zu den Fussball- und Eishockeyligen aufgeführte ATP World Tour (Tennis) als wichtig bewertet, worauf die Beschwerdeführerinnen selbst hinweisen (vgl. Beschwerde, Rz. 693). Hinsichtlich der hier relevanten Abgrenzung des Schweizer Fussballs vom Schweizer Eishockey ergab die Marktbefragung, dass die meisten TV-Plattformanbieter die Verfügbarkeit der Super League (Fussball Schweiz) und der National League A (Eishockey Schweiz) auf Ihrer TV-Plattform als gleichermassen sehr wichtig für die Kundengewinnung und -bindung erachten (vgl. act. 214, 218, 221, 222, 223, 234, 235, 238, 242, 251, 252, 253, 257, 259, 260, 261, 262, 279). Drei Anbieter erachteten nur die Super League als sehr wichtig und damit wichtiger als die National League A (vgl. act. 216, 227, 236). Lediglich ein einziger Anbieter stufte die National League A als sehr wichtig und gleichzeitig wichtiger als die Super League A ein (vgl. act. 228).

7.2.8.9 Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerinnen ist der auf Monatsdaten basierende Erhebungszeitraum der Empirischen Analyse nicht ungeeignet (vgl. Beschwerde, Rz. 454), da sich die Analyse die saisonalen Spielpausen zu Nutze macht. Diese dauern mehrere Wochen und fanden im relevanten Untersuchungszeitraum wie folgt statt: In der Schweizer Fussballmeisterschaft (Super League) gab es eine Sommerpause zwischen ca. Ende Mai bis Mitte Juli und eine Winterpause zwischen Anfang Dezember bis Anfang Februar. Die Sommerpause in der Schweizer Eishockeymeisterschaft dauerte von ca. Mitte April bis Mitte September; eine Winterpause fand keine statt (vgl. die Spielplanübersichten vergangener Jahre auf: <www.sport.de/fussball/schweiz-super-league> und <www.sport.de/eishockey/schweiz-nla>). Somit starten und enden die verschiedenen Fussball- und Eishockeymeisterschaften in unterschiedlichen Monaten, was ein Abstellen auf monatliche Daten zulässt.

Da es bei der Analyse darum geht, ob Spiele der Schweizer Fussballmeisterschaft durch Spiele der Schweizer Eishockeymeisterschaft substituierbar sind, ist zudem unerheblich, ob die Fernsehzuschauer andere Sportübertragungen konsumieren (vgl. Beschwerde, Rz. 455).

7.2.8.10 Aus ökonomischer Sicht ist gemäss einer vom Bundesamt für Sport (BASPO) in Auftrag gegebenen Studie die in der Schweiz wichtigste Sportart der Fussball mit einem Anteil von 47 % an sämtlichen Sportveranstaltungen. Der direkte Gesamtumsatz der Fussballveranstaltungen betrug im Jahr 2006 367 Mio. Fr., was 31 % des direkten Gesamtumsatzes aller Sportveranstaltungen betrug. Auf dem zweiten Platz folgt Eishockey mit rund 10'000 Veranstaltungen (5 % aller Sportveranstaltungen und 158 Mio. Fr. direktem Gesamtumsatz. An dritter Stelle folgt Tennis (vgl. ERNI BAUMANN et al., Wirtschaftliche Bedeutung der Sportveranstaltungen in der Schweiz, Kurzfassung, Magglingen 2008, S. 4). Auf diese Sportarten sowie unter anderem auch Formel 1 fokussiert denn auch die Medienberichterstattung (vgl. ERNI BAUMANN et al., a.a.O., S. 16). Zudem wurde in der BASPO-Studie festgestellt, dass die meisten Sportgrossveranstaltungen (Sportveranstaltung mit einem Budget von mindestens 1 Mio. Fr., Ausstrahlung im Fernsehen sowie eine Mindestzahl von beteiligten Sportlern, Funktionären oder Zuschauern) im Fussball stattfinden (vgl. ERNI BAUMANN et al., a.a.O., S. 5 und 15).

7.2.8.11 Insofern ist die Feststellung der Vorinstanz, wonach Fussball in der Schweiz bezüglich Zuschauerinteresse, Medienberichterstattung und bezüglich der generierten Umsätze eine herausragende Stellung einnimmt, Eishockey aber über eine ähnlich gewichtige Stellung verfügt (vgl. Verfügung, Rz. 424), nachvollziehbar. Entsprechend fielen auch die bei den TV-Plattformanbietern gemachten Marktbefragungen aus (vgl. weiter vorne). Die Resultate lassen nicht den Schluss zu, dass die Spiele der Schweizer Fussballmeisterschaft aus Sicht der TV-Plattformbetreiber mit Spielen der Schweizer Eishockeymeisterschaft substituierbar sind.

Zusammenfassend ist somit festzuhalten, dass die Vorinstanz zutreffend einen Markt für Spiele der Schweizer Fussballmeisterschaft vom Markt für Spiele der Schweizer Eishockeymeisterschaft abgegrenzt hat.

c) Schweizer Ligen und ausländische Ligen

7.2.8.12 Nach Ansicht der Beschwerdeführerinnen grenzt die Vorinstanz zu Unrecht die relevanten Schweizer von den jeweiligen ausländischen Fussballübertragungen ab; mangels einer Empirischen Analyse sei die Vorinstanz auch gar nicht in der Lage, abschliessende Schlussfolgerungen zu ziehen (vgl. Beschwerde, Rz. 457 ff.).

Die Vorinstanz hat in der Tat zu dieser Fragestellung keine Empirische Analyse vorgenommen. Sie hat jedoch die Nachfrage der Teleclub-Zuschauer, gemessen an der Anzahl bezogener PPV-Spiele pro Saison und Liga ausgewertet. Sie kam dabei zum Schluss, dass die Zuschauerzahlen von Schweizer Fussball und Eishockey zusammen die Nachfrage nach "allen übrigen Ligen" (Bundesliga, Serie A, Premier League, Primera División & Copa del Rey, Ligue 1, UEFA Champions League, UEFA Europa League) deutlich übersteige (vgl. Verfügung, Rz. 431). Dieses Resultat erklärt sie damit, dass die emotionale Bindung bei ausländischen Ligen eine vergleichsweise kleine Bevölkerungsgruppe betreffe. Die Medienberichterstattung über die ausländischen Ligen fokussiere sich neben offensichtlichen Spitzenspielen auf Spiele und Mannschaften mit Schweizer Akteuren. Ein weiteres Indiz für eine Unterscheidung zwischen

nationalen und ausländischen Ligen seien die niedrigeren Preise für die ausländischen Übertragungsrechte, obwohl die sportliche Qualität der Spiele in diesen Ligen zu einem grossen Teil wohl höher zu bewerten seien (vgl. Verfügung, Rz. 431).

7.2.8.13 Die Beschwerdeführerinnen weisen zu Recht darauf hin, dass gerade für ausländische Ligen weitere Zuschauerzahlen hätten berücksichtigt werden müssen (vgl. Beschwerde, Rz. 459). Namentlich hat es die Vorinstanz versäumt, die Zuschauerzahlen für die US-amerikanische NHL zu ermitteln. Dies hätte immerhin einen Vergleich zwischen der Nachfrage nach Spielen der schweizerischen Eishockeymeisterschaft und der Nachfrage nach Spielen der ausländischen NHL-Eishockeymeisterschaft ermöglicht. Jedoch ist darauf hinzuweisen, dass nur ein geringer Teil der TV-Plattformanbieter die Verfügbarkeit der NHL auf ihrer Plattform als wichtig oder sehr wichtig einstufte (vgl. act. 242, 257, 260). Im Gegensatz dazu erachten 22 TV-Plattformanbieter die Schweizer Eishockeymeisterschaft (NLA) als wichtig oder sehr wichtig (vgl. act. 214, 216, 218, 221, 223, 227, 228, 230, 234, 235, 236, 238, 242, 251, 252, 253, 257, 259, 260, 261, 262, 279).

7.2.8.14 Abgesehen davon zeigt die Auswertung der PPV-Zuschauerzahlen, dass die schweizerische Eishockeymeisterschaft [...] Nachfrage nach sich zog. Im Weiteren belegt der von der Vorinstanz angestellte Vergleich die [...] grössere Beliebtheit der Schweizer Fussballigen im Unterschied zu den ausländischen Fussballigen bei den Zuschauern. Der Umstand, dass die Nachfrage nach der italienischen Serie A in der Saison 2012/13 nah an die Nachfrage nach den schweizerischen Fussballigen herankam, lässt sich mit der in der Saison 2012/13 erfolgten Angebotserweiterung betreffend die Super League-Spiele im Free-TV erklären (Übertragung von 36 statt 9 respektive 10 Spielen pro Saison).

Zwar weisen die Beschwerdeführerinnen schliesslich zu Recht darauf hin, dass gemäss der zweiten Marktbefragung vom Juni 2013 die Mehrheit der TV-Plattformanbieter ausländische Fussballübertragungen als ebenso wichtig erachtet wie die inländischen Fussballübertragungen (vgl. Beschwerde, Rz. 460; act. 214, 216, 218, 221, 222, 223, 227, 228, 234, 236, 242, 252, 257, 259, 262). Doch stuften sieben Anbieter inländische Ligen als wichtiger als ausländische Ligen ein (vgl. act. 235, 238, 251, 253, 260, 261, 279).

7.2.8.15 Als Zwischenergebnis ist festzuhalten, dass die Vorinstanz angesichts der klaren Ergebnisse bei der PPV-Zuschauerauswertung und der zweiten Marktbefragung zu Recht einen Markt für Schweizer Eishockeyübertragungen abgegrenzt hat. Hinsichtlich der Schweizer Fussballübertragungen zeigt sich bei der Marktbefragung ein etwas weniger deutliches Bild; zusammen mit den eindeutigen Ergebnissen bei der PPV-Zuschauerauswertung ergibt sich indessen, dass die Vorinstanz zu Recht auch einen Markt für Schweizer Fussballübertragungen abgegrenzt hat, da ausländische Fussballübertragungen eine geringere Breitenwirkung haben (vgl. bereits in diesem Sinne: Beschlüsse des deutschen Bundeskartellamts B6-32/15 vom 11. April 2016 Rz. 87 und B6-114/10 vom 2. Januar 2012 Rz. 32, "Verwertungsrechte an Fussballspielen der Bundesliga und der 2. Bundesliga"; Entscheidung der EU-Kommission COMP/C.2-37.398 vom 23. Juli 2003 Rz. 61, "Gemeinsame Vermarktung der gewerblichen Rechte an der UEFA Champions League").

7.2.8.16 Kaum begründet hat die Vorinstanz, weshalb sie ausser den drei nationalen Märkten für die Bereitstellung von ausländischen Fussballübertragungen im Rahmen der Bundesliga, der Primera División (La Liga) & Copa del Rey sowie der Serie A keine weiteren Märkte für die Bereitstellung von ausländischen Fussballübertragungen (namentlich UEFA Champions und Europa League, Premier League und Ligue 1) abgegrenzt hat. An der Korrektheit der Marktabgrenzung ändert sich aber nichts: Wie sich aus Tabelle 14 der angefochtenen Verfügung ergibt, handelt es sich bei der Bundesliga, der Primera División (La Liga) & Copa del Rey und der Serie A um diejenigen mit [...] PPV-Nachfrage. Abgrenzungskriterium ist somit wie bei der Abgrenzung gegenüber den Schweizer Fussballübertragungen gegenüber den ausländischen Fussballübertragungen die Breitenwirkung dieser Meisterschaften. Hinzu kommt, dass Champions- und Europa League-Spiele mit Schweizer Beteiligung im Free-TV übertragen werden (vgl. Verfügung, Rz. 449) und insofern nicht einen relevanten Markt betreffen (vgl. nachfolgende E. 7.2.9).

7.2.8.17 Die Beliebtheit der ausländischen Ligen lässt sich auch mit den Resultaten der zweiten Marktbefragung vom Juni 2013 belegen. Bei den als "sehr wichtig" oder "wichtig" eingestuften ausländischen Ligen stechen die UEFA Champions League und UEFA Europa League mit 18 respektive 17 Nennungen hervor (vgl. act. 214, 218, 221, 222, 223, 227, 228, 234, 235, 236, 242, 252, 253, 257, 259, 261, 262, 279). Danach folgen bereits die deutsche Bundesliga mit 14 Nennungen im Bereich "sehr wichtig" oder "wichtig" (vgl. act. 214, 216, 218, 221, 222, 223, 234, 235, 236, 238, 252, 259, 260, 262), die italienische Serie A mit 12 Nennungen (vgl. act. 214, 216, 218, 221, 222, 234, 235, 236, 238, 259, 260, 262), die englische Premier League mit 11 Nennungen (vgl. act. 214, 216, 218, 221, 227, 228, 236, 238, 260, 261, 262), die spanische La Liga mit 8 Nennungen (vgl. act. 214, 218, 221, 228, 238, 259, 261, 262) und die französische Ligue 1 mit 4 Nennungen (vgl. act. 218, 260, 261, 262).

d) Schweizer Fussball- und Eishockeyligen und andere Sportereignisse

7.2.8.18 Die Beschwerdeführerinnen plädieren für eine Marktabgrenzung unter Einbezug weiterer Premium-Sportinhalte wie Tennis, Formel 1, Golf, Boxen, Skisport, Basketball etc.). Zudem kritisieren sie, dass die Vorinstanz den Ausschluss von Tennis, Formel 1 und Golf vom relevanten Markt nicht mit einer Empirischen Analyse unterlegt hat (vgl. Beschwerde, Rz. 462 ff.).

In der Tat hat die Vorinstanz auch für diese Marktabgrenzung keine Empirische Analyse durchgeführt. Sie hat aber im Rahmen der zweiten Marktbefragung die TV-Plattformanbieter nach der Wichtigkeit einiger Sportveranstaltungen befragt. Dabei wurden ausser den Schweizer Fussball- und Eishockeyligen (23 respektive 22 Nennungen, vgl. act. 214, 216, 218, 221, 222, 223, 227, 228, 230, 234, 235, 236, 238, 242, 251, 252, 253, 257, 259, 260, 261, 262, 279) folgende Sportveranstal-

tungen als wichtig oder sehr wichtig erachtet: Tennis mit 11 Nennungen (vgl. act. 218, 222, 223, 228, 230, 234, 235, 252, 257, 259, 279), Formel 1 mit 3 Nennungen (vgl. act. 221, 223, 279), Skisport mit 2 Nennungen (vgl. act. 223, 230) sowie mit je einer Nennung Golf (vgl. act. 227) und die Basketballliga NBA (vgl. act. 257). Damit hat die Vorinstanz glaubwürdig belegt, dass aus Sicht der TV-Plattformanbieter Schweizer Fussball- und Eishockeyligen deutlich wichtiger sind als Tennis, Formel 1, Skisport, Golf oder Basketball. Offenbar haben diese letzteren Sportarten eine geringere Breitenwirkung als Fussball und Eishockey, weswegen keine Austauschbarkeit anzunehmen ist (vgl. bereits in diesem Sinne, jedoch auch Eishockey als Sport mit geringerer Breitenwirkung qualifizierend: Beschlüsse des deutschen Bundeskartellamts B6-32/15 vom 11. April 2016 Rz. 87 und B6-114/10 vom 2. Januar 2012 Rz. 32, "Verwertungsrechte an Fussballspielen der Bundesliga und der 2. Bundesliga"; Entscheidung der EU-Kommission COMP/C.2-37.398 vom 23. Juli 2003, Rz. 61, "Gemeinsame Vermarktung der gewerblichen Rechte an der UEFA Champions League").

7.2.8.19 Nach der Studie "Sport Schweiz 2008", auf welche die Beschwerdeführerinnen hinweisen (vgl. Beschwerde, Rz. 694), hat bei den Medienkonsumenten Fussball die grösste Bedeutung, gefolgt von Tennis und alpinem Skisport; Eishockey wird hingegen erst an vierter Stelle erwähnt (vgl. MARKUS LAMPRECHT/ADRIAN FISCHER/HANSPETER STAMM, Sport Schweiz 2008: Das Sportverhalten der Schweizer Bevölkerung, Magglingen 2008, S. 37). Da es bei dieser Umfrage um den Medienkonsum insgesamt (Fernsehen, Radio, Internet, Zeitungen) ging, ist indessen nicht erstellt, ob die befragten Personen bei der Frage nach den bevorzugten Pay-TV-Inhalten anders geantwortet hätten. Daher ist diese Umfrage von geringerer Beweiskraft.

7.2.9 Abgrenzung zwischen Pay-TV und Free-TV

7.2.9.1 Die ihrer Ansicht nach fehlende Substituierbarkeit von Pay-TV durch Free-TV begründet die Vorinstanz - entsprechend der Praxis der EU-Kommission - zunächst mit den unterschiedlichen Finanzierungsmodellen: Während beim Pay-TV von den Konsumenten direkte Entgelte entrichtet werden, finanziert sich das Free-TV mit der Rundfunkgebühr und/oder Werbeeinnahmen (vgl. Verfügung, Rz. 440; vgl. auch CHRISTINA KLAMBAUER, Zugang zu Sportübertragungsrechten, in: Rolf H. Weber/Simon Osterwalder [Hrsg.], Zugang zu Premium Content, Zürich 2006, S. 82 f.; HEINEMANN, Sportübertragungsrechte, S. 345; Entscheide der EU-Kommission COMP/M.2876 vom 2. April 2003, Rz. 37, "Newscorp/Telepiù"; COMP/M.2483 vom 13. November 2001, Rz. 20, "Group Canal+/RTL/ GJCD/JV"; COMP IV/M.993 vom 27. Mai 1998, Rz. 18, "Bertelsmann/ Kirch/Premiere").

Zudem erklärt die Vorinstanz zu Recht, dass Übertragungsrechte für Premium-Inhalte normalerweise separat fürs Pay-TV verkauft würden, so dass gewisse Veranstaltungen exklusiv dem Pay-TV vorbehalten seien, während andere Produkte parallel oder später im Free-TV verbreitet werden könnten (vgl. Verfügung, Rz. 441).

Hauptsächlich begründete die Vorinstanz die fehlende Substituierbarkeit von Pay-TV durch Free-TV dadurch, dass in der Saison 2012/13 die Anzahl PPC-Abonnemente konstant und die PPV-Bezüge für NLA- und Super League-Spiele weitgehend konstant geblieben seien, obwohl die SRG (und damit das Free-TV) für jene Saison die Super League-Berichterstattung von 9 bis 10 Spielen auf 36 Spiele massiv erweitert hat (vgl. angefochtene Verfügung, Rz. 443 ff., mit Verweis auf die Abbildung 14 in Rz. 389 und Abbildung 18 in Rz. 447).

7.2.9.2 Soweit die Beschwerdeführerinnen dagegen argumentieren, der fehlende Rückgang bei den PPC-Abonnementen könne ebenso dahingehend interpretiert werden, dass Sport für die Mehrzahl der Teleclub-Abonnenten gar nicht entscheidend sei (vgl. Beschwerde, Rz. 483 f.), kann ihr angesichts der steigenden Anzahl Sportabonnemente im Verhältnis zum obligatorischen Basisabonnement (vgl. angefochtene Verfügung, Tabelle 14 in Rz. 389) nicht gefolgt werden.

Dagegen weisen die Beschwerdeführerinnen wohl zu Recht darauf hin, dass Abwanderungsbewegungen von Kunden grundsätzlich erst mit einer gewissen Zeitverzögerung nach Produktänderungen stattfänden (vgl. Beschwerde, Rz. 479 ff.), selbst wenn die Ausweitung des Free-TV-Programmangebots im November 2011 angekündigt worden ist (vgl. Verfügung, Rz. 507). Da die Analyse nur den Zeitraum bis Mai 2013 berücksichtigt, ist die Tatsache, dass die Anzahl PPC-Abonnemente nach der Angebotserweiterung im Free-TV (Sommer 2012) konstant geblieben sind, mit Vorsicht zu geniessen. Dies gilt jedoch nicht für PPV-Bezüge, da dort keine Kündigungsfristen zu beachten sind, worauf die Vorinstanz zutreffend hingewiesen hat (vgl. Vernehmlassung, Rz. 52).

7.2.9.3 Bezüglich der PPV-Bezüge weisen die Beschwerdeführerinnen auf Tabelle 14 der angefochtenen Verfügung hin (vgl. Beschwerde, Rz. 486). Diese bestätigt, dass die Anzahl der PPV-Bezüge für Schweizer Eishockeyübertragungen trotz der Preiserhöhung im Juli 2012 relativ konstant geblieben ist ([...] Bezüge in der Saison 2011/12 im Vergleich zu [...] Bezügen in der Saison 2012/13, vgl. Tabelle 14 in der angefochtenen Verfügung). Mit den Beschwerdeführerinnen ist dafür zu halten, dass angesichts von [...] PPV-Bezügen für Schweizer Fussballübertragungen in der Saison 2011/12 und [...] Bezügen in der Saison 2012/13 nicht von einer leichten Abnahme (vgl. Verfügung, Rz. 447), sondern von einem [...] Rückgang gesprochen werden muss (vgl. Beschwerde, Rz. 486, mit Verweis auf Tabelle 14 in Rz. 431 der angefochtenen Verfügung). Welche Faktoren letztlich zu diesem Rückgang geführt haben (Angebotserweiterung im Free-TV, Preiserhöhung im Pay-TV oder andere von den Beschwerdeführerinnen aufgezählte Gründe), kann nicht mit letzter Sicherheit bestimmt werden. Dennoch kann festgehalten werden, dass in der Saison 2012/13 die Nachfrage nach Fussballübertragungen im PPV trotz Angebotserweiterung im Free-TV und Preiserhöhung im Juli 2012 immer noch hoch war.

Zudem bemängeln die Beschwerdeführerinnen, dass die Vorinstanz alternative Erklärungsmöglichkeiten für den fehlenden Rückgang bei den PPC-Abonnementen (vgl. Abbildung 14) unberücksichtigt lasse (vgl. Beschwerde, Rz. 482 ff.). Wie die Vorinstanz anhand des hohen Anteils an abonnierten Teleclub-Sportpaketen (über [...] %)

aufzeigte, sind die im Pay-TV gezeigten Sportinhalte ein wahrscheinlicher Grund für die fehlende Substituierbarkeit von Pay-TV mit Free-TV (vgl. Vernehmlassung, Rz. 53, mit Verweis auf Abbildung 14 in Rz. 389 der angefochtenen Verfügung). Aufgrund der deutlichen Zahlen, wie sie aus Abbildung 14 der angefochtenen Verfügung hervorgehen, ist nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz nicht nach alternativen Erklärungsmöglichkeiten gesucht hat.

7.2.9.4 Soweit die Beschwerdeführerinnen beanstanden, dass die Marktabgrenzung auf falschen Sachverhaltsannahmen beruhe (mehr Fussballübertragungen auf Free-TV, weniger Fussballübertragungen auf Pay-TV, vgl. Beschwerde, Rz. 473 ff.), ist Folgendes festzuhalten: Die Argumente der Beschwerdeführerinnen betreffen teilweise einen Zeitraum (Saisons 2006/07, 2007/08), den die Vorinstanz für ihre Analyse gar nicht berücksichtigt hat (vgl. Abbildung 14: ab Januar 2008, Abbildung 18: ab Juli 2009) respektive Ligen, die in der Analyse der Vorinstanz keine oder insgesamt eine untergeordnete Rolle spielen. Hinzu kommt, dass die Beschwerdeführerinnen nicht substantiiert haben, inwiefern ihre Sachverhaltsdarlegungen die Analyse der Vorinstanz und letztlich die Marktabgrenzung in relevanter Weise beeinflussen.

Ihren Einwand, dass die Abwanderungsbewegungen keine Rückschlüsse für die Abgrenzung ausländischer Pay-TV-Märkte erlaubten (vgl. Beschwerde, Rz. 481), haben die Beschwerdeführerinnen lediglich mit einer angeblich "umfangreichen Live-Berichterstattung" von ausländischen Fussballübertragungen im ausländischen Free-TV (insbesondere betreffend die UEFA Champions und Europa League) begründet, aber nicht weiter substantiiert, weshalb darauf nicht weiter einzugehen ist.

Schliesslich weisen die Beschwerdeführerinnen darauf hin, dass gemäss ihrem Modell 3a die Zahl der im Free-TV verfügbaren Spiele einen [...] Einfluss auf die Nachfrage nach Spielen der Super League im Pay-TV habe (vgl. Beschwerde, Rz. 487 ff.). Diesen Einfluss stellt die Vorinstanz nicht in Abrede. Wesentlich sei jedoch, dass die Nachfrage nach PPV trotz der Angebotserweiterung im Free-TV immer noch hoch sei und nicht gegen Null tendiere (vgl. Vernehmlassung, Rz. 56). In der Tat bestand, wie zuvor gezeigt wurde, auch nach der Angebotserweiterung bei den Super League-Spielen im Free-TV und trotz der Preiserhöhung für PPV-Bezüge eine Nachfrage nach Super League-Spielen im Pay-TV. Auch dieser Grund spricht dagegen, dass Sportübertragungen im Free-TV ein Substitut zu Sportübertragungen im Pay-TV darstellen.

7.2.10 Nationaler Plattformmarkt für die leitungsgebundene Übertragung von Digital-TV

Schliesslich hat die Vorinstanz rudimentär einen nationalen Plattformmarkt für die leitungsgebundene Übertragung von Digital-TV abgegrenzt (vgl. angefochtene Verfügung, Rz. 475 ff.). An dieser Marktabgrenzung kritisieren die Beschwerdeführerinnen lediglich, dass in der relevanten Zeitperiode bei den KNU die Übertragung von analogem TV im Vordergrund gestanden habe (vgl. Beschwerde, Rz. 385). Auf dieses Argument muss nicht weiter eingegangen werden, da die Vorinstanz auf diesem Markt weder eine marktbeherrschende Stellung noch ein missbräuchliches Verhalten der Beschwerdeführerinnen erkannte und daher den Markt nicht abschliessend bestimmte (vgl. Verfügung, Rz. 402).

7.2.11 Weitere Kritik an der Marktabgrenzung (Empirische Analyse, abgeklärter Zeitpunkt, SSNIP-Test)

7.2.11.1 Soweit die Beschwerdeführerinnen geltend machen, die für die Marktabgrenzung getätigte Empirische Analyse weise gravierende Mängel auf und verletze die Richtlinien der Vorinstanz für ökonomische Gutachten (vgl. Beschwerde, Rz. 490), weist die Vorinstanz zu Recht darauf hin, dass sie in der angefochtenen Verfügung bereits auf die entsprechenden Rügen eingegangen sei (vgl. Vernehmlassung, Rz. 57, mit Verweis auf Verfügung, Rz. 508 ff.). Da es die Beschwerdeführerinnen unterlassen haben, sich mit der ausführlichen Begründung der Vorinstanz auseinanderzusetzen und ihre Rügen weiter zu substantiieren, ist auf diese nicht weiter einzugehen.

7.2.11.2 Des Weiteren rügen die Beschwerdeführerinnen, dass die Marktabgrenzung nur die Jahre 2012/13 betreffe (vgl. Beschwerde, Rz. 493 ff.). Diesbezüglich ist einerseits festzuhalten, dass die Vorinstanz zwar einen Fokus auf die Spielsaison 2012/13 legt. Dieser Fokus betrifft namentlich die Abgrenzung zwischen Pay-TV und Free-TV und ist nicht willkürlich, wie die Beschwerdeführerinnen behaupten (vgl. Beschwerde, Rz. 491), sondern lässt sich mit der von ihnen vorgenommenen Preiserhöhung im Juli 2012 begründen. Diese nahm die Vorinstanz zum Anlass, einen sog. SSNIP-Test durchzuführen (vgl. Empirische Analyse, Rz. 12 ff. [act. 421]; Verfügung, Rz. 471 ff.). Andererseits hat die Vorinstanz für die Marktabgrenzung auch Zahlen aus vorangehenden Jahren erhoben, wie die Abbildung 14 mit Daten ab Januar 2008 (vgl. Rz. 389), die Tabelle 14 mit Daten ab Spielsaison 2010/11 (vgl. Rz. 431) und die Abbildung 18 mit Daten ab Juli 2009 (vgl. Rz. 447) zeigen. Im Übrigen ist auf die vorangehenden Erwägungen zum Untersuchungszeitraum zu verweisen (vgl. E. 2.3.4). Der Vorwurf der Beschwerdeführerinnen greift daher zu kurz.

7.2.11.3 Schliesslich machen die Beschwerdeführerinnen geltend, der von der Vorinstanz angewandte SSNIP-Test ("small but significant and nontransitory increase in price"-Test) sei auf den zu beurteilenden Sachverhalt nicht anwendbar und lasse deshalb keinerlei relevanten Schlüsse zu (vgl. Beschwerde, Rz. 496 ff.; Replik, Rz. 149; Stellungnahme vom 31. März 2021, Rz. 69). Mit dem SSNIP-Test wird untersucht, wie die Unternehmen der Marktgegenseite oder Konkurrenten auf eine kleine, aber spürbare und dauerhafte Preiserhöhung eines Monopolisten reagieren (vgl. BGE 139 I 72, E. 9.2.3.5, "Publigroupe"; Urteil des BVGer B-831/2011 Rz. 269, "Six-Group"; ALEXANDER BISCHOFF, Der SSNIP-Test, Zürich 2010, S. 13 f. 36 f.; WEBER/VOLZ, a.a.O., Rz. 2.38). Die Beschwerdeführerinnen weisen zu Recht darauf hin, dass der SSNIP-Test vor allem zur Untersuchung von Unternehmenszusammenschlüssen (und Kartellen) geeignet ist (vgl. BISCHOFF, a.a.O., S. 158). Der SSNIP-Test hat denn auch seinen Ursprung im US-amerikanischen Fusionskontrollrecht (vgl. STÄUBLE/SCHRANER, DIKE-KG, Art. 4 Abs. 2, Rz. 53). Bei zwei- oder mehrseitigen Märkten ist der SSNIP-Test dagegen weniger geeignet (vgl. ZIRLICK/BLATTER/BANGERTER,

a.a.O., Rz. 55, mit Verweis u.a. auf MARC BLATTER, Digitalisierung - Herausforderungen für die Wettbewerbspolitik, in sic! 2016, S. 378 ff., 380, und BUNDESKARTELLAMT, Arbeitspapier: Marktmacht von Plattformen und Netzwerken, Juni 2016, S. 44 ff.; DEWENTER/RÖSCH/TERSCHÜREN, a.a.O., S. 8). Es gibt jedoch verschiedene Vorschläge, einen für zweiseitige Plattformen modifizierten SSNIP-Test anzuwenden (vgl. DEWENTER/RÖSCH/TERSCHÜREN, a.a.O., S. 8 ff.).

Für den vorliegenden Fall räumt die Vorinstanz zudem ein, dass der für den SSNIP-Test relevante Wettbewerbspreis zum Zeitpunkt der Preiserhöhung nicht feststand (vgl. Vernehmlassung, Rz. 59). Die Vorinstanz stützte sich stattdessen auf den effektiv verlangten Preis ab. Dieser entsprach zwar nicht zwingend einem Wettbewerbspreis. Immerhin begründete die Vorinstanz, dass der vorliegend relevante Wettbewerbspreis "wahrscheinlich" unter dem effektiven Preis von Fr. 2.50 lag. In diesem Fall sei wegen der Problematik in Zusammenhang mit der sog. "cellophane fallacy" (Tendenz zur Mitberücksichtigung zu weit entfernter Angebote als substituierbar, da die effektiv verlangten Preise bereits maximiert sind) davon auszugehen, dass der Markt eher noch zu weit und damit zu Gunsten der Beschwerdeführerinnen abgegrenzt worden sei (vgl. Vernehmlassung, Rz. 59; zur "cellophane fallacy" vgl. REINERT/WÄLCHLI, BSK-KG, Art. 4 Abs. 2, Rz. 128).

Die Beschwerdeführerinnen und die Vorinstanz sind sodann uneins, ob der SSNIP-Test seine Gültigkeit auch bei Preiserhöhungen von mehr als 5 bis 10 % behalten kann (vgl. Replik, S. 59; Stellungnahme vom 31. März 2021, Rz. 69; Duplik Vorinstanz, Rz. 65). Diesbezüglich ist festzuhalten, dass bei der vorliegend festgestellten Preiserhöhung um 40 % nicht mehr von einer geringfügigen Preiserhöhung die Rede sein kann. Die Frage, ob der SSNIP-Test dennoch gültig ist, ist ökonomischer Natur und braucht im vorliegenden Beschwerdeverfahren nicht beantwortet zu werden.

Soweit die Vorinstanz die (fehlende) Austauschbarkeit allerdings bloss mit dem SSNIP-Test (unter Verwendung der von den Beschwerdeführerinnen im Juli 2012 vorgenommenen Preiserhöhung) begründet hat, sind die entsprechenden Resultate somit mit Vorsicht zu geniessen.

7.3 Räumlich relevanter Markt

Der räumlich relevante Markt umfasst das Gebiet, in welchem die Marktgegenseite die den sachlichen Markt umfassenden Waren oder Leistungen nachfragt oder anbietet (Art. 11 Abs. 3 Bst. b VKU).

Die Vorinstanz grenzte alle sachlich relevanten Märkte national ab (vgl. Verfügung, Rz. 490 ff.), was die Beschwerdeführerinnen nicht beanstandeten.

7.4 Zeitlich relevanter Markt

Im Rahmen der zeitlichen Marktbestimmung ist zu klären, während welcher Dauer bzw. zu welchem Zeitpunkt substituierbare Angebote im massgeblichen geografischen Gebiet verfügbar sind bzw. nachgefragt werden (vgl. STÄUBLE/SCHRANER, DIKE-KG, Art. 4 Abs. 2, Rz. 116). Der zeitliche Aspekt der Marktabgrenzung erlangt Bedeutung, wenn bestimmte Märkte nur saisonal oder über eine kurze Zeit bestehen, beispielsweise bei Fachmessen und Submissionen (vgl. BORER, a.a.O., Art. 5 Rz. 16; CHRISTOPH HEITZ, Die Sanktionierung von Submissionsabsprachen, Zürich 2008, S. 88; BENEDICT F. CHRIST, Die Submissionsabsprache, Freiburg 1999, Rz. 307; STÄUBLE/SCHRANER, DIKE-KG, Art. 4 Abs. 2, Rz. 118, mit weiteren Beispielen; WEBER/VOLZ, a.a.O., Rz. 2.50).

Einen zeitlich relevanten Markt hat die Vorinstanz aufgrund der langfristigen Verfügbarkeit der Angebote zu Recht nicht abgegrenzt. Doch ist in zeitlicher Hinsicht zu berücksichtigen, dass Teleclub bestimmte Exklusivrechte nicht während des gesamten Untersuchungszeitraums innegehabt hat. Auf diesen Umstand hat die Vorinstanz im Rahmen der Marktstellung unter dem Titel "Zeitliche Dimension" hingewiesen (vgl. Verfügung, Rz. 560).

7.5 Zwischenfazit zu den relevanten Märkten

Die Beschwerdeführerinnen vermögen demnach mit ihren Rügen die vorinstanzliche Marktabgrenzung nicht umzustossen. Aufgrund der Akten bestehen darüber hinaus auch keine Anhaltspunkte, die Zweifel an der Richtigkeit der vorinstanzlichen Marktabgrenzung hervorrufen. Es ist daher von folgender Marktabgrenzung auszugehen:

- Nationaler Markt für die Bereitstellung von Schweizer Fussballübertragungen im Rahmen eines Liga-Wettbewerbs im Pay-TV
- Nationaler Markt für die Bereitstellung von Schweizer Eishockeyübertragungen im Rahmen eines Liga-Wettbewerbs im Pay-TV
- Nationale Märkte für die Bereitstellung von ausländischen Fussballübertragungen im Rahmen eines Liga-Wettbewerbs (Bundesliga, Primera División & Copa del Rey, Serie A) im Pay-TV
- Nationaler Markt für die Bereitstellung von Eishockeyübertragungen der NHL im Pay-TV
- Nationaler Plattformmarkt für die leitungsgebundene Übertragung von Digital-TV.

8. Marktstellung

8.1 Grundlegendes zur Marktstellung

Als marktbeherrschende Unternehmen gelten einzelne oder mehrere Unternehmen, die als Anbieter oder Nachfrager in der Lage sind, sich von andern Marktteilnehmern (Mitbewerbern, Anbietern oder Nachfragern) in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten (Art. 4 Abs. 2 KG), insbesondere wenn diese keine zumutbaren Ausweichmöglichkeiten haben (vgl. BGE 139 I 72 E. 9.3.1 "Publigroupe"; 129 II 497 E. 6.3.1 "Entreprises Electriques Fribourgeoises (EEF)/Watt Suisse AG"; Urteil des BGer 2C_113/2017 E. 5.5.1, "Ticketvertrieb Hallenstadion Zürich"; ROGER ZÄCH, Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen [nachfolgend: ZÄCH, Verhaltensweisen], in: von Büren/David [Hrsg.], SIWR V/2, S. 137 ff., S. 172; ZÄCH, Kartellrecht, S. 281; ROLAND KÄCHLI/PHILIPPE M. REICH, in: Baker & McKenzie [Hrsg.], Kartellgesetz, Bern 2007, Art. 4, Rz. 31 und 34; LUCA STÄUBLE/FELIX SCHRANER, DIKE-KG, Art. 4 Abs. 2, Rz. 175). Marktbeherrschende Unternehmen können in wichtigen Belangen entscheidende Wettbewerbspara-

meter ohne Rücksicht auf Mitbewerber bzw. Kunden nach eigenem Gutdünken festlegen (vgl. Urteil des BGer 2C_113/2017 E. 5.5.1, "Ticketvertrieb Hallenstadion Zürich"; MARBACH/DUCREY/WILD, a.a.O., Rz. 1626; STÄUBLE/SCHRANER, DIKE-KG, Art. 4 Abs. 2, Rz. 175).

Eine marktbeherrschende Stellung lässt sich nicht anhand fixer Kriterien bestimmen, sondern ist im Einzelfall mit Blick auf die konkreten Verhältnisse auf dem relevanten Markt zu messen (vgl. BGE 139 I 72 E. 9.3.1 "Publigroupe"; Urteil des BGer 2C_113/2017 E. 5.5.1, "Ticketvertrieb Hallenstadion Zürich"). Die Lehre hat dazu verschiedene Beurteilungskriterien entwickelt. Üblich ist insbesondere, die Marktstruktur, die Unternehmensstruktur und das Marktverhalten festzustellen (vgl. etwa ZÄCH, Kartellrecht, a.a.O., Rz. 582 ff.; HEINEMANN/KELLERHALS, a.a.O., S. 62 ff.).

In der Praxis erfolgt die Beurteilung der Marktmacht eines Unternehmens regelmässig bezüglich aktuellen Wettbewerbs, potentiellen Wettbewerbs und der Stellung der Marktgegenseite (vgl. STÄUBLE/SCHRANER, DIKE-KG, Art. 4 Abs. 2, Rz. 180 und 222 ff.; ZÄCH, Kartellrecht, Rz. 582; WEBER/VOLZ, a.a.O., Rz. 2.524 f.). Unter Umständen wird die Prüfung jedoch auf weitere in Frage kommende disziplinierende Einflüsse ausgedehnt und geprüft, ob diese ausreichend stark sind, um ein unabhängiges Verhalten einschränken zu können (vgl. Urteil des BVGer B-2977/2007 E. 6.1 "Publigroupe", mit Verweisen; WEBER/VOLZ, a.a.O., Rz. 2.530 ff.).

8.2 Vorbringen zur Marktstellung

Mangels Anhaltspunkten für eine unzulässige Verhaltensweise am nationalen Plattformmarkt für die leitungsgebundene Übertragung von Digital-TV hat die Vorinstanz die Marktstellung der Beschwerdeführerinnen auf diesem Markt nicht weiter überprüft (vgl. Verfügung, Rz. 549). Zudem hat die Vorinstanz in Bezug auf den nationalen Markt für die Bereitstellung von Eishockeyübertragungen der NHL im Pay-TV eine marktbeherrschende Stellung von Teleclub verneint (vgl. Verfügung, Rz. 592 f.). In den übrigen relevanten Märkten (nationale Märkte für die Bereitstellung für Schweizer Fussballübertragungen, Schweizer Eishockeyübertragungen und ausländischen Fussballübertragungen im Rahmen eines Liga-Wettbewerbs im Pay-TV) hat die Vorinstanz eine marktbeherrschende Stellung von Teleclub beziehungsweise Swisscom festgestellt (vgl. Verfügung, Rz. 605). Diese Stellung habe ihren Ursprung in verschiedenen Übertragungsrechten, welche die Vermarktungsgesellschaft Cinetrade erworben habe. Grundsätzlich gelte, dass dem Inhaber von Übertragungsrechten umso mehr Marktmacht verliehen werde, je umfassender, exklusiver und langfristiger diese ausgestaltet seien. Teleclub habe für die höchsten Schweizer Eishockey- und Fussballligen über 100 % der relevanten Sportübertragungsrechte verfügt (vgl. Verfügung, Rz. 563, 566). Da die Anzahl der im Free-TV übertragenen Spiele über einen längeren Zeitraum stark begrenzt sei und Teleclub als einziger Marktteilnehmer eine umfassende Liga-Berichterstattung anbieten könne, bestehe kein aktueller Wettbewerb (vgl. Verfügung, Rz. 567 f.). Es bestehe aufgrund verschiedener vertraglicher Vereinbarungen und struktureller Gegebenheiten auch kein potentieller Wettbewerb, der in der Lage sei, Teleclub in ihrem Marktverhalten zu disziplinieren (vgl. Verfügung, Rz. 580). Dies gelte auch für den Bereitstellungsmarkt für ausländische Fussballübertragungen; lediglich in den (hier nicht relevanten) Märkten für die Premier League und die Ligue 1 sei aufgrund der Übertragungen durch Canal+ ein aktueller Wettbewerb festzustellen (vgl. Verfügung, Rz. 589, 591). In Bezug auf alle relevanten Märkte sei nicht davon auszugehen, dass Teleclub von der Marktgegenseite hinreichend diszipliniert werden könne (vgl. Verfügung, Rz. 582).

Die Beschwerdegegnerin geht wie die Vorinstanz davon aus, dass die Beschwerdeführerinnen als marktbeherrschend zu qualifizieren sind, da sie im Untersuchungszeitraum sämtliche Sportübertragungsrechte sowohl im Fussball als auch im Eishockey innegehabt hätten. Für Plattformanbieter ohne jede Sportinhalte sei es nicht möglich gewesen, ein im Vergleich zum Angebot der Beschwerdeführerinnen konkurrenzfähiges Pay-TV-Angebot bereitzustellen (vgl. Stellungnahme, Rz. 26).

Die Beschwerdeführerinnen machen geltend, im Untersuchungszeitraum nicht marktbeherrschend gewesen zu sein. Die Vorinstanz habe die Marktstellung ungenügend überprüft und begründet (vgl. Beschwerde, Rz. 502 ff.; Replik, Rz. 151). Des Weiteren seien die Ausführungen der Vor-instanz zur früheren Beurteilung der Marktstellung von Teleclub irrelevant und falsch; so bezögen sich die zitierten Aussagen des Bundesgerichts nicht auf die von der Vorinstanz abgegrenzten Bereitstellungsmärkte, sondern auf den Pay-TV-Endkundenmarkt (vgl. Beschwerde, Rz. 506 ff.; Replik, Rz. 152). Hinzu komme, dass Teleclub im relevanten Zeitraum wichtigen disziplinierenden Faktoren (Übertragungen im Free-TV durch SRG und Sat1 Schweiz, attraktives Gesamtangebot, Umfang der weiteren Plattformfunktion, Bündelangebote, Piraterieangebote) ausgesetzt gewesen sei (vgl. Beschwerde, Rz. 512 ff.; Replik, Rz. 153). Entgegen den Ausführungen der Vorinstanz habe im untersuchungsrelevanten Zeitraum Wettbewerb bestanden; dieser sei durch Cablecom, die SRG, Sky und DAZN ausgeübt worden (vgl. Beschwerde, Rz. 535 ff.; Replik, Rz. 68 ff., 154). Sodann hätten die Kabelnetzbetreiber (KNU) dominierende Gegenmacht ausgeübt. Dies zeige sich daran, dass die Monopolstellung der KNUs auch nach dem Markteintritt von Swisscom TV fortgedauert habe. Der Markteintritt weiterer Wettbewerber wie der Beschwerdegegnerin (Ende Januar 2012) sei für den überwiegenden Teil des untersuchungsrelevanten Zeitraums irrelevant (vgl. Beschwerde, Rz. 541 ff.). Zudem sei Teleclub auf die Verbreitung durch die KNU angewiesen gewesen, um auf möglichst vielen TV-Plattformen präsent zu sein (multi-homing; Beschwerde, Rz. 560 ff.). Die Gegenmacht der Kabelnetzbetreiber sei durch den Branchenverband Swisscable verstärkt worden, der das Geschäftsverhalten der KNUs koordiniert habe (Beschwerde, Rz. 572). Die Verhandlungsmacht der KNUs zeige sich an einseitig die KNUs begünstigenden Vertragskonditionen (kein Vorleistungspreis für die Bereitstellung von Teleclub, Verbreitungs- und Vermarktungsentschädigung für Cablecom, durch Cablecom und Finecom verweigerte Aufschaltung des HD-Angebots; vgl. Beschwerde, Rz. 573 ff.).

8.3 Zur Begründung der Marktstellung

In ihrer Beurteilung der Marktstellung hat die Vorinstanz zunächst dargelegt, dass Teleclub "auf dem Markt für Pay-TV" nach Auffassung des Bundesgerichts im Jahr 2003 wohl eine marktmächtige Anbieterin sei (vgl. Verfügung, Rz. 550, mit Verweis auf Urteil des BGer 2A.142/2003 E. 5.2.2, "Cablecom/Teleclub"). Diesen Hinweis auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung kritisieren die Beschwerdeführerinnen, da die Einschätzung nicht auf den vorliegenden Fall übertragen werden könne (vgl. Beschwerde, Rz. 506 ff.; Replik, Rz. 152). In der Tat lag dem vom Bundesgericht zu beurteilenden Fall namentlich ein Endkundenmarkt zu Grunde. Auf diesen Umstand wies indessen bereits die Vorinstanz in der angefochtenen Verfügung hin. Die Vorinstanz hat zur Beurteilung der Bereitstellungsmärkte denn auch nicht weiter auf die bundesgerichtliche Einschätzung abgestellt (vgl. auch Vernehmlassung der Vorinstanz, Rz. 60). Da von angrenzenden Märkten eine disziplinierende Wirkung ausgehen kann (vgl. WEBER/VOLZ, a.a.O., Rz. 2.533), ist der Hinweis auf die Stellung von Teleclub im angrenzenden Endkundenmarkt letztlich aber nicht zu kritisieren.

Soweit die Beschwerdeführerinnen rügen, die angefochtene Verfügung werde den Begründungsanforderungen nicht gerecht, ist zunächst auf vorne, E. 5.2.1 ff. hinzuweisen, die bereits auf die Begründungspflicht eingingen, und zudem festzuhalten: Die Vorinstanz hat aufgezeigt, bezüglich welcher Ligen Cinetrade respektive Teleclub über exklusive Übertragungsrechte verfügen (vgl. Verfügung, Rz. 138 ff., 554), und sich zur zeitlichen Dimension geäussert (vgl. Verfügung, Rz. 560-563; vgl. hinten, E. 8.4). Weshalb im Bereitstellungsmarkt für Schweizer Fussballübertragungen weder aktueller noch potentieller Wettbewerb bestehe und die Marktgegenseite keinen disziplinierenden Faktor darstelle, hat die Vorinstanz ausführlich begründet (vgl. Verfügung, Rz. 566 ff.), während sie hinsichtlich der übrigen Bereitstellungsmärkte in Bezug auf den potentiellen Wettbewerb und die Marktgegenseite auf diese Begründung verwies (vgl. Verfügung, Rz. 585 und 590). Insgesamt erweist sich die Marktstellung entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerinnen als genügend begründet.

8.4 Überblick über die relevanten Übertragungsrechte

Die Fernsehübertragungsrechte für Meisterschaftsspiele einer Sportliga werden in der Regel im Rahmen eines Bieterwettbewerbs exklusiv für einen bestimmten Zeitraum an Verwertungsunternehmen oder direkt an Programmveranstalter veräussert (vgl. Verfügung, Rz. 142 ff., 569 ff.; OSTERWALDER, a.a.O., S. 52 ff.; KRUSE, a.a.O., S. 12 ff.). Die Vergabe von Sportübertragungsrechten erfolgt teils gemeinsam, teils getrennt für Free-TV und Pay-TV (vgl. Verfügung, Rz. 142 ff.; KRUSE, a.a.O., S. 21).

Bezogen auf die relevanten Märkte (vorne, E. 7.5), verfügte Cinetrade im Untersuchungszeitraum (2006 bis 2013) über folgende schweizweiten exklusiven Live-Übertragungsrechte für Fussball- und Eishockeyspiele im Pay-TV, welche sie an Teleclub weitergab:

Sportereignis	Sportart	Seit Saison	Bis mindestens Saison	Sprache
Super League (Schweiz)	Fussball	2006/07	2016/17	De/frz./it.
Challenge League (Schweiz)	Fussball	2012/13	2016/17	De/frz./it.
National League A/ NLA (Schweiz)	Eishockey	2006/07	2016/17	De/frz./it.
National League B/NLB (Schweiz)	Eishockey	2012/13	2016/17	De/frz./it.
Bundesliga (1. und 2. Liga) (Deutschland)	Fussball	2009/10	2012/13	De/it./engl. (frz. nicht exklusiv)
Serie A (Italien)	Fussball	2009/10	2014/15	De/frz./it./engl. (frz. für die Saisons 2012-2015 nicht exklusiv [Canal+])
Primera División & Copa del Rey (Spanien)	Fussball	2009/10	2014/15	De/engl./sp.(frz. und it. nicht exklusiv)

Quelle: angefochtene Verfügung (Rz. 138 ff.; Vorakten act. 115 [Beilagen 22 und 23a ff.], 370 [Beilagen d1, d3 und d4], 371 [Beilagen 11 und 12) Beschwerde (Rz. 461)

Entgegen den Ausführungen der Beschwerdeführerinnen hat die Vorinstanz differenziert, auf welchen Zeitraum sich die festgestellte starke Marktstellung bezieht (vgl. Beschwerde, Rz. 503 f.): Sie hat in der angefochtenen Verfügung erklärt, dass die Marktstellung stark von den Exklusivrechten abhänge. Die entsprechende Beurteilung gelte daher nur für den Zeitraum, in welchem Teleclub die fraglichen Exklusivrechte tatsächlich innegehabt habe (vgl. Verfügung, Rz. 560). Wie die obige Tabelle zeigt, besass Cinetrade nur für zwei schweizerische Meisterschaften (Super League und NLA) während des ganzen Untersuchungszeitraums exklusive Übertragungsrechte. Die übrigen Übertragungsrechte (respektive Sublizenzen) erwarb Cinetrade erst im Laufe des Untersuchungszeitraums.

8.5 Nationaler Markt für die Bereitstellung von Schweizer Fussballübertragungen im Rahmen eines Liga-Wettbewerbs im Pay-TV

8.5.1 Aktueller Wettbewerb

8.5.1.1 Aufgrund ihrer Exklusivrechte war Teleclub das einzige Unternehmen, welches Schweizer Fussballübertragungen im Rahmen eines Liga-Wettbewerbs (Super League ab Saison 2006/07 und Challenge League ab Saison 2012/13) im Pay-TV bereitstellen konnte. Der Vertrag zwischen dem Schweizerischen Fussballverband und Cinetrade vom Mai 2006 war für die Saisons 2006/07 bis 2008/09 abgeschlossen worden. Er enthielt eine Option auf die folgenden Saisons 2009/10 bis 2011/12, welche von Cinetrade ausgeübt wurde. Damit ergab sich letztlich eine Vertragsdauer von 6 Jahren. Der nachfolgende Vertrag vom Juli 2012 zwischen denselben Vertragsparteien galt für die Saisons 2012/13 bis 2016/17, somit für eine Dauer von 5 Jahren (vgl. Vorakten act. 371 [Beilagen 11 und 12]). Der Marktanteil von Teleclub betrug folglich während des ganzen Untersuchungszeitraums 100 % (vgl. Verfügung, Rz. 566). Diese Marktstellung entscheidet über die Marktstellung im

nachgelagerten Markt (vgl. Beschluss des deutschen Bundeskartellamts B6-32/15 vom 11. April 2016 Rz. 119, "Verwertungsrechte an Fussballspielen der Bundesliga und der 2. Bundesliga"), d.h. vorliegend im Bereitstellungsmarkt.

8.5.1.2 Was einen allfälligen disziplinierenden Einfluss des angrenzenden Free-TV-Markts betrifft, ist festzuhalten: Die Schweizerische Radio- und Fernsehgesellschaft (SRG) verfügte im Untersuchungszeitraum über Übertragungsrechte für 10 (ab Saison 2006/07) respektive 36 (ab 2012/13) Live-Spiele der Super League im Free-TV (vgl. Vorakten act. 371 [Beilagen 11 und 12]). Zudem hatte Sat.1 das Recht auf Übertragung von 26 sonntäglichen Super League-Spielen während der Saison 2006/07 (vgl. Vorakten act. 371 [Beilage 12]).

Angesichts von insgesamt 180 Spielen, welche in der Super League durchgeführt werden, war die Anzahl der ab Saison 2006/07 bis 2011/12 (10 [plus 26 in der Saison 2006/07]) im Free-TV im Vergleich zur Anzahl der von Teleclub übertragenen Spiele gering, selbst wenn berücksichtigt wird, dass Teleclub in der Saison 2006/07 lediglich 2 von 5 Live-Spielen pro Spieltag und in der Saison 2007/08 4 von 5 Spielen pro Spieltag übertrug (vgl. Beschwerde, Rz. 520). Die per Saison 2012/13 erfolgte Erweiterung auf 36 im Free-TV übertragene Spiele bedeutete immerhin, dass (wie in der Saison 2006/07) pro Spieltag eine Partie im Free-TV bereitgestellt werden konnte; die restlichen vier Spiele pro Spieltag konnte dagegen nur Teleclub bereitstellen. Die Wahrscheinlichkeit, dass ein Spiel eines bestimmten Super League-Clubs im Free-TV übertragen wurde, stieg zwar per Saison 2012/13 an, blieb aber relativ klein. Den Beschwerdeführerinnen kann daher nicht zugestimmt werden, wenn sie geltend machen, dass das Schweizer Free-TV die Verfolgung der Schweizer Fussballliga als Gesamtprodukt ermöglicht hätte. Daran ändert nichts, dass auf dem Free-TV eine Nachberichterstattung über die Fussballliga gezeigt wird, da diese per definitionem nicht live sein kann und sich auf Highlights beschränken muss. Auch aus den Schlussfolgerungen des Runden Tisches des UVEK vom 16. März 2016 können die Beschwerdeführerinnen nichts zu ihren Gunsten ableiten: Darin wird zurückhaltend erklärt, dass Sportübertragungen auf Free-TV wichtig blieben und "eine gewisse Vielfalt" garantieren könne; Pay-TV sei aber kommerziell attraktiver (vgl. Replikbeilage 43). Insgesamt ist nicht erstellt, dass vom angrenzenden Free-TV-Markt aufgrund der geringen Dichte des Angebots ein disziplinierender Einfluss ausgehen kann.

Im Übrigen trifft es angesichts der Ausführungen der Vorinstanz zur Situation im Free-TV, namentlich zur Anzahl der dort übertragenen Spiele (vgl. Verfügung, Rz. 567 i.V.m. Rz. 439 ff.) entgegen der Rüge der Beschwerdeführerinnen nicht zu, dass die Vorinstanz den Einfluss des Free-TV "weitgehend unberücksichtigt" gelassen habe (vgl. Beschwerde, Rz. 514).

8.5.1.3 Des Weiteren erachten die Beschwerdeführerinnen ein attraktives Gesamtangebot als einen disziplinierenden Faktor (vgl. Beschwerde, Rz. 529 ff.). Da herausragende Sportereignisse wie Fussballübertragungen ein wesentlicher Bestandteil eines attraktiven Pay-TV-Programms (vgl. KLAMBAUER, a.a.O., S. 74 f.; RPW 2005/2, S. 363 ff., Rz. 65, "Swisscom/Cinetrade") und damit wiederum Bestandteil eines attraktiven Gesamtangebots sind, ist fraglich, inwiefern ein Gesamtangebot ohne ein namhaftes Fussballangebot überhaupt als attraktiv wahrgenommen wird und damit einen disziplinierenden Faktor darstellt. Auch die Beschwerdeführerinnen vermögen nicht zu substantiieren, über welche Inhalte ein Gesamtangebot verfügen muss, um attraktiv zu sein; sie erwähnen lediglich "viele andere Leistungen und Inhalte", weitere Plattformfunktionen und Bündelangebote (vgl. Beschwerde, Rz. 529 ff.).

8.5.1.4 Schliesslich dürften sich auch unverschlüsselte illegal im Internet zugänglich gemachte Streamingangebote respektive Piraterieangebote (vgl. Beschwerde, Rz. 531 f.), ob sie für den Eigengebrauch legal sind oder nicht (vgl. Replik, Rz. 154), nicht disziplinierend auswirken. Wie die Beschwerdeführerinnen selbst ausführen, ist mit Einbussen bei der Übertragungsqualität zu rechnen. Hinzu kommt nicht nur, dass der Bezug solcher Angebote technisches Know-how und eine gewisse Skrupellosigkeit voraussetzt, sondern auch, dass Pirateriеübertragungen nicht zuverlässig erwartet werden können. Schliesslich haben auch die Pay-TV-Sender ein grosses wirtschaftliches Interesse daran, Piraterieangebote zu unterbinden. In diesem Sinne verpflichteten sich etwa Teleclub und [...] im "Lizenzvertrag Sender" (act. 202, Beilage 22, Ziff. 16), alle ihnen zumutbaren Massnahmen rechtlicher und technischer Natur zu ergreifen, um Piraterie auszuschliessen. Wer bestimmte Spiele als Direktübertragung sehen will, wird sich darum nicht auf illegales Streaming verlassen. Dass die Vorinstanz unverschlüsselte illegal im Internet zugänglich gemachte Streamingangebote nicht weiter untersucht hat, ist unter diesen Umständen nicht zu beanstanden.

8.5.2 Potentieller Wettbewerb

8.5.2.1 Wie aufgezeigt wurde, hat Cinetrade langfristige Exklusivverträge mit dem Schweizerischen Fussballverband abgeschlossen. Damit hat sie, wie die Vorinstanz korrekt festgestellt hat (vgl. Verfügung, Rz. 576 ff.), gegenüber potentiellen Konkurrenten eine strategische respektive strukturelle Marktzutrittsschranke geschaffen (vgl. etwa WEBER/VOLZ, a.a.O., Rz. 2.62 und 2.73), da der Marktzutritt während 5 respektive 6 Jahren verschlossen blieb. Nach dem Leitentscheid der EU-Kommission i.S. UEFA Champions League (vgl. COMP/C.2-37.398 vom 23. Juli 2003 "UEFA Champions League") sind eine Exklusivität von 3 Jahren sowie eine Aufteilung der Übertragungsrechte in verschiedene kleine Pakete üblich (vgl. Verfügung, Rz. 576).

8.5.2.2 Auch aus anderen Gründen beurteilte die Vorinstanz die Markteintrittschancen potentieller Konkurrenten (Cablecom, Sky Deutschland, Canal+, Infront/Ringier, Sunrise) als gering. So verwies sie im Zusammenhang mit Cablecom und Sunrise auf eine vertraglich festgelegte Content-Akquirierungsklausel (vgl. Verfügung, Rz. 575):

In Ziffer 4.2 des Vertrags vom Oktober 2006 "über die Verbreitung und Vermarktung des Teleclubprogrammangebots durch Cablecom" hat sich Cablecom gegenüber Teleclub für mindestens 5 Jahre (Ziff. 13) verpflichtet, "keine Contentakquisition hinsichtlich der im Zeitpunkt des Abschlusses dieses Vertrags im Teleclub-

Kabelangebot enthaltenen Programme zu betreiben, solange und soweit der betreffende Content im Teleclub Kabelangebot enthalten ist" (act. 68, Beilage 9.5). Diesen Vertrag hat Cablecom zwar mit Schreiben vom 17. Januar 2012 per 23. Juli 2012 gekündigt; die Parteien sind indessen übereingekommen, dass die Kündigung erst per 30. Juni 2013 wirksam werden soll (vgl. Vereinbarung vom April 2012 betreffend "Vorsorgliche Verlängerung des von UPC Cablecom per 23. Juli 2012 gekündigten 'Vertrags über die Verbreitung und Vermarktung des Teleclub-Programmangebots durch Cablecom'"; act. 68, Beilage 9.4). Das Cablecom durch Teleclub auferlegte Content-Akqusitionsverbot galt somit ab dem geplanten Startdatum des Vertrags (spätestens 1. Juni 2007, vgl. Ziff. 13.1 des Vermarktungsvertrags; act. 68, Beilage 9.5) bis Ende Juni 2013.

In vergleichbarer Weise hat sich Sunrise in Ziffer 3 der Vereinbarung vom Mai 2012 betreffend "Teleclub Digital" gegenüber Teleclub für mindestens 3 Jahre (Ziff. 13) verpflichtet, keine Content-Akquisition hinsichtlich der im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses im "Teleclub Digital"-Angebot enthaltenen SD-Programme zu betreiben oder solchen Content auf der "Sunrise TV"-Plattform zu vertreiben, solange und soweit der betreffende Content im "Teleclub Digital"-Angebot enthalten ist (vgl. Vorakten, Beilage act. 93).

Die Beschwerdeführerinnen bestreiten nicht, dass diese Content-Akquirierungsverbote bestehen, machen aber geltend, dass sich Cablecom in der Vergangenheit nicht an dieses Verbot gehalten habe. Denn Cablecom habe sich im Rahmen des Konsortiums "Swisscable" anlässlich der Rechtevergabe im Jahr 2011 um die Medienrechte bemüht (vgl. Beschwerde, Rz. 536 f.). Dem ist indessen entgegen zu halten, dass Cinetrade und Teleclub den Rechteinhaber und Cablecom auf das Content-Akquirierungsverbot hingewiesen haben (vgl. Verfügung, Rz. 186). Bereits 2 Jahre zuvor hat Teleclub in einem Schreiben an Cablecom festgestellt, dass Cablecom entgegen der Content-Akqusitionsklausel die beiden Pay-TV-Kanäle Discovery Channel und Animal Planet aufgeschaltet habe und dass sie sich sämtliche Rechtsbehelfe, welche Teleclub bezüglich dieser Vertragsverletzung zustünden, vorbehalte (vgl. Schreiben Teleclub vom 9. und 17. September 2009, act. 68, Beilagen 11.1 und 11.2). Damit hat Teleclub selbst für die Einhaltung des Verbots gesorgt und darauf hingewirkt, dass die potentielle Konkurrenz durch Cablecom höchstens als gering einzustufen ist. Daran ändert auch nichts, dass UPC (Cablecom) am 1. Juli 2016 von der Swiss Ice Hockey Federation für 5 Jahre exklusive Pay-TV-Übertragungsrechte für die obersten Schweizer Eishockeyligen ab Saison 2017/ 18 erworben hat (vgl. Replik, Rz. 19, 73, 154; Replikbeilagen 2 und 3). Denn aufgrund des Umstands, dass die Übertragungsrechte bis Ende Saison 2016/17 fest vergeben waren, war dieser Erwerb auch gegen Ende des Untersuchungszeitraums nicht absehbar.

8.5.2.3 Mit den ausländischen Pay-TV-Anbietern Sky Deutschland und Canal+ verbindet Cinetrade und Teleclub nach den Feststellungen der Vor-instanz eine langjährige Partnerschaft. Weder Sky Deutschland noch Canal+ hätten versucht, die für einen Markteintritt notwendigen Übertragungsrechte selbst zu erwerben (vgl. Verfügung, Rz. 573). Die Beschwerdeführerinnen weisen dagegen darauf hin, dass Sky Übertragungsrechte wie namentlich die Rechte an der UEFA Champions und Europa League im Hinblick auf ein "möglicherweise künftiges eigenes Sport-Online-Angebot für die Schweiz" erwerben würden (vgl. Beschwerde, Rz. 539); in ihrer Replik wiesen sie auf den in der Zwischenzeit erfolgten Rechteerwerb durch Sky hin (vgl. Replik, Rz. 71, 154). Wie sich aus dem Lizenzvertrag "Output Sender" zwischen Teleclub und Sky Deutschland Fernsehen GmbH & Co. KG (vormals Premiere Fernsehen GmbH &. Co. KG) vom 1. Mai 2012 ("Lizenzvertrag Sender"; vgl. act. 202, Beilage 22) ergibt, besteht zwischen den Parteien eine langjährige Zusammenarbeit im Bereich der Lizenzierung von Pay TV-Rechten, insbesondere auch von Programmkanälen, wobei entsprechende Verträge aus den Jahren 1999, 2002 und 2009 genannt werden (vgl. Präambel des "Lizenzvertrags Sender", act. 202). Mit diesem Vertrag räumt Sky Teleclub Pay-TV-Rechte an den verschiedenen Kanälen und an Sky Sport (u.a. Sky Fussball Bundesliga) zum Vertrieb und zur Vermarktung an Teleclub-Abonnenten ein (vgl. Ziff. 14 und Anlage A des "Lizenzvertrags Sender", act. 202). Der Vertrag sieht auch [...] vor (Ziff. 11 des "Lizenzvertrags Sender", act. 202). Aufgrund dieses Vertrags, der langjährigen Zusammenarbeit und fehlender dokumentierter Versuche seitens Sky Deutschland, selbst Übertragungsrechte betreffend den hier relevanten Markt für die Bereitstellung von Schweizer Fussballübertragungen zu erwerben, kann mit der Vorinstanz darauf geschlossen werden, dass von Sky Deutschland keine ernsthafte potentielle Konkurrenz ausging.

Gründe, weshalb Canal+ trotz der bestehenden Partnerschaft mit Teleclub (vgl. act. 57, Beilage 3) zur potentiellen Konkurrenz zu zählen wäre, geben die Beschwerdeführerinnen keine an. Sie weisen lediglich darauf hin, dass Teleclub entgegen den Ausführungen in der angefochtenen Verfügung (Rz. 573) nicht "neuerdings" einzelne Kanäle von Canal+ in das französischsprachige Teleclub-Angebot aufgenommen habe, sondern das von Canal+ definierte Paket LES+ im Namen und im Auftrag von Canal+ vertreibe (vgl. Beschwerde, Rz. 539, Fn. 375).

8.5.2.4 Die SRG, von der kein aktueller Wettbewerb ausgeht (vgl. vorne, E. 8.5.1.2-4), würde als potentielle Konkurrentin nur dann in Frage kommen, wenn sie selbst als Pay-TV-Anbieterin aufträte oder wenn Anzeichen auf eine bedeutende Vergrösserung des Umfangs ihrer Übertragungsrechte im Free-TV hindeuten würden. Derartige Anzeichen sind keine ersichtlich; auch die Beschwerdeführerinnen haben nicht substantiiert, aufgrund welcher Liveübertragungsrechte von der SRG bedeutender potentieller Wettbewerb ausgehen könnte (vgl. Beschwerde, Rz. 538). Was die Situation im Pay-TV betrifft, sieht die Konzession vom 28. November 2007 für die SRG SSR idée suisse ("Konzession SRG") nicht vor, dass die SRG ein Programm veranstalten muss oder kann, für welches andere Kosten als die vorgesehenen Empfangsgebühren (vgl. Art. 25 Abs. 3 Bst. b und Art. 34 RTVG) erhoben werden (vgl. auch "Die SRG - Sport für die ganze Schweiz", https://www.srgssr.ch/fileadmin/dam/documents/publikationen/ factsheets/Factsheet_Sport_DE.pdf>, zuletzt ab-

gerufen am 27.01.2022). Somit hat die Vorinstanz zu Recht festgestellt, dass die SRG nicht als Pay-TV-Programmveranstalterin in Frage kommt (vgl. Verfügung, Rz. 602).

8.5.2.5 Soweit die Beschwerdeführerinnen des Weiteren argumentieren, Salt sei im März 2018 mit Salt TV erfolgreich in den TV-Plattformwettbewerb eingetreten (vgl. Replik, Rz. 40 f., 73), haben die Beschwerdeführerinnen selbst festgestellt, dass bei Salt der Zugang zu Premium Sport-Angeboten über Sky Sports erfolgt (vgl. Replik, Rz. 41). Entsprechend ist nicht ersichtlich, inwiefern Salt als potentielle Konkurrentin auf den hier relevanten Bereitstellungsmärkten zu qualifizieren wäre.

8.5.2.6 Schliesslich erachten die Beschwerdeführerinnen die Ausführungen in der Verfügung zum Umfang der vergebenen Übertragungsrechte und den "sunk costs" (d.h. Investitionen, die bei einem Marktaustritt verloren gehen, weil sie nicht anderweitig verwendet oder die entsprechenden Güter nicht veräussert werden können) als Markteintrittsschranke als nicht nachvollziehbar: Umfassende Rechtepakete und die daraus resultierende wirtschaftliche Verwertbarkeit schafften überhaupt erst einen Anreiz für Programmanbieter, in den Markt einzutreten. Inwieweit "sunk costs" von Swisscom andere finanzkräftige Unternehmen wie Cablecom von einem Markteintritt abhalten könnten, sei unerfindlich (vgl. Beschwerde, Rz. 540). Die Vorinstanz erklärte in der angefochtenen Verfügung mit Verweis auf Stellungnahmen der Beschwerdeführerinnen, der Aufbau einer eigenen Übertragungsinfrastruktur bedinge grosse Investitionen, die im Falle eines Verlusts der Übertragungsrechte im Rahmen der nächsten Vergabe von einem Tag auf den nächsten wertlos würden. Solche "sunk costs" seien geeignet, den potentiellen Wettbewerb abzuschwächen (vgl. Verfügung, Rz. 579, mit Verweis auf act. 115 und 101).

Marktaustrittsschranken wie "sunk costs" vermindern nach klassischer Ansicht potentiellen Wettbewerb, weil potentielle Wettbewerber solche Kosten antizipieren (vgl. REINERT/WÄLCHLI, BSK-KG, Art. 4 Abs. 2, Rz. 317). Wie Cinetrade in einer Stellungnahme gegenüber der Vorinstanz erklärte, stelle der Erwerb von Rechten, namentlich die Übertragungsrechte an der Swiss Football League, ein sehr grosses unternehmerisches Risiko dar, denn ob die Übertragungen vom Publikum tatsächlich konsumiert würden und damit die Investitionen und langfristigen Verbindlichkeiten, welche einzugehen seien, rechtfertigten, sei unsicher. Daher habe sie sich im Hinblick auf diese Kosten und Investitionen eine Option für eine Verlängerung des Vertrages um weitere 3 Jahre sowie ein Erstverhandlungs- und Matching-Offer-Right für die danach folgende Zeit einräumen lassen (vgl. Stellungnahme vom 5. September 2012, act. 115, Rz. 73 f.). Mit der Einräumung der vorgenannten Rechte wollte Cinetrade offenbar verhindern, dass ihre Investitionen bereits nach kurzer Zeit verloren gehen. Dass potentielle Wettbewerber dieselben Überlegungen anstellen und daher unter Umständen das Risiko von "sunk costs" nicht eingehen wollen oder können, ist nachvollziehbar. Es ist daher nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz "sunk costs" auch im vorliegenden Fall als geeignet erachtet, den potentiellen Wettbewerb abzuschwächen.

8.5.3 Stellung der Marktgegenseite

8.5.3.1 Bei der Beurteilung der Stellung der Marktgegenseite sind die Aspekte, aus denen sich eine besondere Verhandlungsposition ergibt, heranzuziehen (vgl. Urteil des BGer 2C_113/2017 E. 5.5.2, "Ticketvertrieb Hallenstadion Zürich"). Faktoren sind etwa die Grösse der Nachfrager sowie deren Wichtigkeit für das untersuchte Unternehmen, die Zahl der Nachfrager, der Organisationsgrad der Marktgegenseite sowie deren Sachkunde und Professionalität (vgl. REINERT/WÄLCHLI, BSK-KG, Art. 4 Abs. 2, Rz. 307 ff.). Zu prüfen sind auch Ausweichmöglichkeiten; das Fehlen solcher kann die Verhandlungsposition schwächen (vgl. Urteil des BGer 2C_113/ 2017 E. 5.5.2, "Ticketvertrieb Hallenstadion Zürich"; REINERT/WÄLCHLI, BSK-KG, Art. 4 Abs. 2, Rz. 305).

8.5.3.2 Marktgegenseite in den hier relevanten Bereitstellungsmärkten sind alle TV-Plattformanbieter, die technisch grundsätzlich in der Lage waren, das Pay-TV-Angebot von Teleclub über ein leitungsgebundenes Netzwerk den Endkunden anzubieten (vgl. Verfügung, Rz. 581). Nach den Darlegungen der Vorinstanz besteht die Marktgegenseite je nach Region aus drei bis fünf Anbietern (regionales KNU, Swisscom, Sunrise, Unternehmen mit Glasfasernetz); gegenüber der Situation im Jahr 2003 (Bundesgerichtsurteil i.S. Cablecom/Teleclub) sei die Marktgegenseite fragmentierter und geschwächt (vgl. Verfügung, Rz. 581 f.).

Das Bundesgericht hielt im von der Vorinstanz zitierten Urteil aus dem Jahr 2003 (vgl. Urteil des BGer 2A.142/2003 E. 4.2.3, "Cablecom/Teleclub") Folgendes zur Marktstellung von Cablecom (dortige Beschwerdeführerin) fest:

> "Bei der Übertragung von Fernsehsignalen über CATV-Netze dürfte die Beschwerdeführerin auch marktbeherrschend sein: Die Wettbewerbskommission hat festgestellt, Swisscable, der Verband für Kommunikationsnetze, verfüge über einen Marktanteil von 94.5 % bei allen Kabelfernsehanschlüssen; Cablecom komme ihrerseits eine Marktabdeckung von 46 % zu. Den übrigen Markt teilten sich zahlreiche grössere und kleinere Kabelunternehmen, bei denen es sich aber nicht um eigentliche Konkurrenten handle, da de facto jeweils ein Gebietsmonopol bestehe. Es ist gestützt hierauf anzunehmen, dass sich die Beschwerdeführerin von anderen Marktteilnehmern in wesentlichem Umfang unabhängig verhalten kann. Ihr Verweis auf die disziplinierende Wirkung der Konvergenz verschiedener Dienste und anderer Übertragungswege, wie terrestrischer Sendeanlagen zur Verbreitung von digitalen Programmen (DVB-T), ändert hieran - zumindest zurzeit - nichts; wie es sich künftig damit verhalten wird, kann vorerst noch dahin gestellt bleiben."

Sieben Jahre später, im Jahr 2010 und damit in der Mitte des vorliegend relevanten Untersuchungszeitraums, kam der Preisüberwacher bei der Untersuchung von Kabelfernsehpreisen (vgl. Bericht des Preisüberwachers "Kabelfernsehpreise in der Schweiz" vom September 2010, S. 24), bereits zu folgendem Schluss:

"Die technische Entwicklung der letzten Jahre, im Speziellen die Weiterentwicklung der Digitalisierung des Fernsehangebots, hat das Umfeld, in welchem die Kabelnetzbetreiber tätig sind, tiefgreifend verändert. Wenngleich die Unternehmen bei der Verbreitung der analogen Radio- und TV-Programme nach wie vor über ein Monopol verfügen, so sind sie doch in der digitalen Verbreitung sowie der damit verbundenen Dienste (elektronische Programmführer, digitale Videoaufzeichnungen, Video-on- Demand sowie HDTV) vermehrt der Konkurrenz durch Anbieter mit anderen Verbreitungsformen (xDSL, Satelliten, Glasfasernetze) ausgesetzt."

8.5.3.3 Die von der Vorinstanz beschriebene Fragmentierung der Marktgegenseite ist auf die Konvergenz der verschiedenen Übertragungstechnologien in der Telekommunikation zurückzuführen: In den Anfängen der Telekommunikation wurde für jede Anwendung (Telefon, Radio, Fernsehen, Datenverkehr) eine spezifische Übermittlungstechnologie eingesetzt; heute werden diese Anwendungen dank der Digitalisierung und Weiterentwicklung der Informationstechnologie grundsätzlich durch sämtliche Übertragungswege unterstützt (vgl. Bericht des Bundesrates vom 17. September 2010 "Zukunft der nationalen Infrastrukturnetze in der Schweiz", S. 40, <www.uvek.admin.ch>, abgerufen am 04.06.2020; STEFAN WATTENDORFF, Konvergenz der Medien, in: Uwe Manschwetus/Andrea Rumler, Strategisches Internetmarketing, Wiesbaden 2002, S. 52; SOFIA DELGADO GOMEZ, Konvergenz der Medien unter besonderer Berücksichtigung neuer Sendeformate, Diss. Karlsruhe 2007, S. 65; STEFANIE DÄNZLER, Digitalisierung und die Auswirkung auf die Fernsehfinanzierung, Diss. Berlin 2010, S. 139 ff.; VON STOKAR et al., a.a.O., S. 138). Entsprechend verfügten die Kabelnetzbetreiber im Bereich des analogen Fernsehens ursprünglich jeweils über ein faktisches Gebietsmonopol (vgl. Urteil des BGer 2A.142/2003 E. 4.2.3, "Cablecom/Teleclub"; Analyse des Preisüberwachers "Marktstellung UPC Cablecom" vom 17. August 2015, Rz. 16 und 74), während seit dem Einzug der Digitalisierung nicht nur von Kabelnetzbetreibern (auch KNU oder CATV-Unternehmen genannt), sondern namentlich auch von Telekommunikationsunternehmen und Betreibern von Glasfasernetzen digitales Fernsehen übertragen werden kann.

8.5.3.4 Konkret können zur Anzahl und Grösse der Nachfrager in den hier relevanten Bereitstellungsmärkten folgende Feststellungen getroffen werden: Die rund 350 schweizerischen Kabel-TV-Netze erreichten nach einem Bericht des Bundesrates aus dem Jahr 2010 ca. 85 % der Haushalte, wobei Cablecom mit rund 55 % Marktanteil die Branche klar anführte (vgl. Bericht des Bundesrates vom 17. September 2010 "Zukunft der nationalen Infrastrukturnetze in der Schweiz", S. 40). Cablecom betreibt nach eigenen Ausführungen das Kabelnetz mit der grössten geografischen Ausdehnung in der Schweiz (vgl. Stellungnahme von Cablecom und Finecom vom 22. November 2013, S. 8, Rz. 29, act. 347). Zudem war Cablecom die einzige Anbieterin, die schweizweit über mehr als 100'000 Kunden verfügte. Die Mehrzahl der anderen Anbieter wies weniger als 5'000 Abonnenten auf (vgl. Bericht des Preisüberwachers "Kabelfernsehpreise in der Schweiz" vom September 2010, S. 1, 7f.). Insgesamt belief sich in der Schweiz die Anzahl Kabelanschlüsse im Jahr 2010 (wie bereits in den Jahren 2005 - 2009) auf 2,8 Millionen. Die Anzahl der Kabelkunden, welche digitales Fernsehen nutzten, stieg von 280'000 im Jahr 2006 auf 510'000 im Jahr 2008 und 679'708 Mitte 2010 (vgl. Bericht des Preisüberwachers "Kabelfernsehpreise in der Schweiz" vom September 2010, S. 1 f.). Bei Cablecom stieg die Anzahl der Digital-TV-Kunden von 253'000 Ende 2007 auf 347'000 Ende 2008 (vgl. Medienmitteilung Cablecom vom 24. Februar 2009 "Cablecom weiterhin auf Wachstumskurs"); Mitte 2010 waren es 415'000 (vgl. Medienmitteilung Cablecom vom 4. August 2010 "Cablecom gewinnt Kunden bei allen digitalen Produkten"; Vorakten, act. 68, Antwort auf Frage 16), und im Mai 2012 [...] Digital-TV-Kunden (vgl. Vorakten, act. 68, Antwort auf Frage 16).

Des Weiteren boten im Untersuchungszeitraum die Telekommunikationsunternehmen Swisscom und Sunrise über das kupferbasierte Telekommunikationsnetz von Swisscom Fernsehprogramme mittels IP-Technologie (sog. "IPTV") an (vgl. Analyse des Preisüberwachers "Marktstellung UPC Cablecom" vom 17. August 2015, Rz. 32). Das Swisscom-Netz muss gemäss der Grundversorgungskonzession (vgl. Art. 14 ff. des Fernmeldegesetzes vom 30. April 1997; SR 784.10), welche Swisscom für die Jahre 2008 - 2017 erteilt worden ist, allen Bevölkerungskreisen zur Verfügung stehen und einen Breitbandanschluss vorsehen (vgl. Medienmitteilung der ComCom vom 22. Juni 2007 "Grundversorgungskonzession geht an Swisscom"). Es deckt im Gegensatz etwa zum Kabelnetz von Cablecom praktisch die ganze Schweiz respektive nahezu 100 % der Haushalte ab (vgl. RPW 2005/2, S. 363 ff., Rz. 158, "Swisscom/Cinetrade"; Bericht des Bundesrates vom 17. September 2010 "Zukunft der nationalen Infrastrukturnetze in der Schweiz", S. 40) und ermöglicht aufgrund der sicherzustellenden Breitbandanschlüsse digitales Fernsehen. Swisscom hat im November 2006 ihr TV-Angebot unter dem Namen "Bluewin-TV" (später: "Swisscom-TV") lanciert und steigerte seither stetig die Kundenzahlen: 20'000 Ende 2006, 118'000 Ende 2008, 421'000 Ende 2010, 728'000 Ende 2012 und 1'165'000 Ende 2014 (vgl. Analyse des Preisüberwachers "Marktstellung UPC Cablecom" vom 17. August 2015, Rz. 41).

Die Beschwerdegegnerin lancierte am 23. Januar 2012 ihre IPTV-Plattform "Sunrise TV" (vgl. Medienmitteilung Sunrise vom 19. Januar 2012 "Eine neue Generation des Fernsehens: Sunrise TV mischt den Markt auf"). Dabei steigerte sie die Anzahl TV-Kunden von [...] im Februar 2012 auf [...] im Juni 2012 und [...] Ende 2013 (vgl. Vorakten, act. 93, Antwort auf Frage 16; Analyse des Preisüberwachers "Marktstellung UPC Cablecom" vom 17. August 2015, Rz. 42). Seit 2. Juni 2012 überträgt Sunrise TV ein Teleclub-Angebot im gleichen Umfang wie die KNU (vgl. Verfügung, Rz. 163; Medienmitteilung Sunrise vom 31. Mai 2012 "Teleclub Digitalplattform ab sofort bei Sunrise TV"). Anfänglich (Juni 2012) bezogen [...] Kunden das Teleclub Basispaket (davon [...] das Sportpaket). Diese Zahl steigerte sich per Mai 2013 auf [...] Kunden, wovon [...] zusätzlich das Sportpaket abonnierten (vgl. act. 262, Antwort auf Frage 28).

Daneben betrieben im Jahr 2010 in städtischen Gebieten bereits einige Unternehmen, vor allem Elektrizitätswerke (EVU), aber auch Swisscom, Glasfasernetze. Diese werden von den Netzbetreibern selbst, aber primär von Dritten (u.a. Telekommunikationsunternehmen wie Sunrise) zur Übertragung von digitalem TV genutzt (vgl. Bericht des Preisüberwachers "Kabelfernsehpreise in der Schweiz" vom September 2010, S. 3; Evaluation zum Fernmeldemarkt - Bericht des Bundesrates in Erfüllung des Postulats KVF-S vom 13. Januar 2009 [09.3002], S. 110 f., 117; Stellungnahme Sunrise vom 26. Juli 2013, Antwort auf Frage 25, act. 262). So boten 2010 bereits mehrere Betreiber im Grossraum Zürich digitales Fernsehen über das Glasfasernetz der EWZ an (vgl. Bericht des Preisüberwachers "Kabelfernsehpreise in der Schweiz" vom September 2010, S. 3).

8.5.3.5 Aufgrund dieser Basis ist die Verhandlungsmacht der KNU und insbesondere von Cablecom zu prüfen, welche die Beschwerdeführerinnen als "ausgeprägt" einschätzen (vgl. Beschwerde, Rz. 573). Die Verhandlungsmacht der KNU werde dadurch belegt, dass sie mit Teleclub 1-3 Zugang zu den wichtigsten Teleclub-Sportinhalten besässen und die grösseren KNU wie Cablecom und die Partner der DCG gegenüber Teleclub die Möglichkeit einer Direktvermarktung auf ihrer eigenen Set-Top-Box durchgesetzt hätten (vgl. Beschwerde, Rz. 570). Des Weiteren hätten die KNU einseitig die sie begünstigende Vertragskonditionen durchgesetzt (kein Vorleistungspreis für die Bereitstellung von Teleclub, Verbreitungs- und Vermarktungsentschädigung für Cablecom, durch Cablecom und Finecom verweigerte Aufschaltung des HD-Angebots (vgl. Beschwerde, Rz. 573 ff.).

Zunächst ist das Verhältnis Teleclub/Cablecom zu beleuchten: Teleclub und Cablecom führten seit 1998 eine Auseinandersetzung über die Frage, ob und unter welchen Bedingungen Cablecom dazu verpflichtet ist, das digitale Angebot von Teleclub über die Netze der Cablecom zu verbreiten. Zur Beilegung der Auseinandersetzung haben die Parteien sich darauf verständigt, dass Teleclub bis auf Weiteres zur Verbreitung seiner digitalen Programme über die Netze der Cablecom unter Einsatz seiner eigenen Aufbereitungsvorrichtungen befugt sein soll. Die Aufbereitung der Programme durch Teleclub, die Verbreitung durch Cablecom und deren Vermarktung durch Teleclub wird geregelt im "Vertrag über die Verbreitung und Vermarktung des Teleclub-Programmangebots durch Teleclub". Zugleich schlossen die Parteien den "Vertrag über Verbreitung und Vermarktung des Teleclub-Programmangebots durch Cablecom", um Cablecom ihrerseits zu ermöglichen, das Teleclub-Programmangebot als integralen Bestandteil des digitalen Fernsehangebots von Cablecom parallel zu vermarkten (vgl. Vertrag über die Verbreitung und Vermarktung des Teleclub-Programmangebots durch Cablecom vom 11. Oktober 2006 [nachfolgend: Cablecom-Vermarktungsvertrag], act. 68, Beilage 9.4, Präambel; Vertrag über die Verbreitung und Vermarktung des Teleclub-Programmangebots durch Teleclub vom 11. Oktober 2006 [nachfolgend: Teleclub-Vermarktungsvertrag], act. 68, Beilage 9.5, Präambel). Das damalige digitale Programmangebot von Teleclub bestand aus 17 Kanälen, nämlich TeleclubBasic (3 Kanäle) MovieWorld (5 Kanäle) FamilyWorld (6 Kanäle) und SportsWorld (3 Kanäle; vgl. Ziff. 3.1 der vorgenannten Verträge). Im Cablecom-Vermarktungsvertrag verpflichtete sich Teleclub, von einer Ausdünnung des Programmangebots zugunsten von Teleclub-Angeboten auf anderen Verbreitungsplattformen Abstand zu nehmen (vgl. Cablecom-Vermarktungsvertrag, Ziff. 4.1). Teleclub behielt sich indessen im Teleclub-Vermarktungsvertrag auch das Recht vor, das Programmangebot sowie dessen Zusammenfassung in Paketen zu bestimmen (vgl. Teleclub-Vermarktungsvertrag, Ziff. 4). In beiden Vermarktungsverträgen wurden zudem Vergütungen an Cablecom vereinbart (vgl. Cablecom-Vermarktungsvertrag, Ziff. 9.3.1, und Teleclub-Vermarktungsvertrag, Ziff. 7.1).

Es trifft somit zu, dass Cablecom die Möglichkeit hat, Teleclub selbst zu vermarkten und dass Cablecom unabhängig davon, ob das Teleclub-Programm durch sie oder durch Teleclub selbst vermarktet wird, eine Vergütung erhält. Zudem streiten Cablecom und Finecom nicht ab, entsprechend einer Anzeige von Teleclub vom 2. September 2013 die Aufschaltung des HD-Angebots von Teleclub verweigert zu haben; sie begründen die Verweigerung mit kommerziell nicht annehmbaren Bedingungen (vgl. Stellungnahme vom 22. November 2013, act. 347, S. 4). Diese Beispiele belegen indessen keine Verhandlungsmacht in Bezug auf die Teleclub-Programinhalte. Im Gegenteil musste Cablecom hinnehmen, dass Teleclub das Programmangebot sowie dessen Zusammenfassung in Paketen bestimmt (vgl. Teleclub-Vermarktungsvertrag, Ziff. 4) und lediglich darauf verzichtete, das Teleclub-Programm auszudünnen (vgl. Cablecom-Vermarktungsvertrag, Ziff. 4.1). Aufgrund der Pay-TV-Exklusivrechte, über welche Cinetrade respektive Teleclub namentlich im Bereich der Sportübertragungen verfügten, hatte Cablecom bezüglich des Programminhalts eine schwache Verhandlungsposition, wie die vorgenannten Vertragsklauseln zeigen, und gleichzeitig keine Ausweichmöglichkeit auf einen anderen Pay-TV-Anbieter.

8.5.3.6 Auch in anderen Verträgen mit KNU behielt sich Teleclub vor, "Änderungen am Programmangebot vorzunehmen, insbesondere weitere Programme hinzuzufügen, einzelne Programme durch andere zu ersetzen oder zu entfernen, neue Programmpakete zusammenzustellen" (vgl. Vereinbarung Teleclub mit den Partnern der Digital Cable Group betreffend Teleclub Digital vom August 2005, Ziff. 2.4 [act. 67]).

Zudem verringerte sich im Untersuchungszeitraum bei den CATV-Kunden die Anzahl Abonnenten von Teleclub "Basic" von [...] (davon [...] Abonnenten Paket "Sport") im Januar 2009 auf [...] (davon [...] Abonnenten Paket "Sport") im Mai 2012. Demgegenüber steigerte sich die Teleclub-Teilnehmerzahl bei den Swisscom-TV-Kunden von [...] im Januar 2009 (davon [...] Abonnenten Paket "Sport") auf [...] im Dezember 2011 (davon [...] Abonnenten Paket "Sport") und [...] im Mai 2012 (davon [...] Abonnenten Paket "Sport") (vgl. Vorakten, act. 115, Beilage 24). Insgesamt bezogen somit im Januar 2009 [...] % aller Teleclub-Abonnenten ([...] von total [...]) ihr Signal bei einem CATV-Unternehmen. Im Mai 2012 waren es nur noch [...] % ([...] von insgesamt [...]). Weiter ist festzustellen, dass Cablecom im Januar 2007 [...] Tele-

club-Abonnenten zählte. Diese Zahl sank allmählich von [...] im Januar 2009 auf [...] im Mai 2012 (vgl. Vorakten, act. 68, Beilage 6.6). Somit waren im Januar 2009 [...] ([...] %) aller Teleclub-Teilnehmer, die ihr Signal bei einem CATV-Unternehmen bezogen, Kunden von Cablecom ([...] von [...] Abonnenten). Im Mai 2012 waren es [...] von [...] Abonnenten, somit [...] %.

Wie diese Kundenzahlen belegen, verfügte Swisscom ab [...] über mehr Teleclub-Abonnenten als die Hauptkonkurrentin Cablecom und bereits ab der zweiten Jahreshälfte [...] über mehr Digital-TV-Kunden. Die anfänglich starke Stellung von Cablecom ist somit sowohl beim digitalen Fernsehen als auch in Bezug auf Teleclub kontinuierlich geschwächt worden. Noch schwächer dürfte die Marktstellung der anderen Anbieter von digitalem Fernsehen angesichts des relativ späten Einstiegs in das TV-Geschäft (Sunrise) respektive des räumlich eingeschränkten Angebots (TV-Anbieter via Glasfasernetz und übrige KNU) gewesen sein.

8.5.3.7 In Bezug auf den weiter zu prüfenden Organisationsgrad der Marktgegenseite argumentieren die Beschwerdeführerinnen, die Gegenmacht der Kabelnetzbetreiber sei durch den Branchenverband Swisscable verstärkt worden (vgl. Beschwerde, Rz. 572). Grundsätzlich ist festzuhalten, dass das Bestehen und die Tätigkeit von Branchen- und Interessenverbänden im heutigen Wirtschaftsleben einen allgemein bekannten und üblichen Parameter darstellt. Insofern lässt sich daraus kein zwingender Rückschluss auf die Möglichkeit oder Unmöglichkeit eines unabhängigen Verhaltens ziehen (vgl. Urteil des BVGer B-831/2011 Rz. 490, "Six Group"). Bei Swisscable verhält es sich folgendermassen: Swisscable ist der Wirtschaftsverband der Schweizer Kabel-TV-Unternehmen. Während des Untersuchungszeitraums waren zwischen 225 (im Jahr 2013) bis 250 (im Jahr 2007) privatwirtschaftlich wie auch öffentlich-rechtlich organisierte Unternehmen angeschlossen, die 2,7 (im Jahr 2013) bis 2,8 (im Jahr 2007) Millionen Haushalte unter anderem mit TV bedienten (vgl. Medienmitteilungen Swisscable vom 3. Juli 2007 "HDTV: ab Dezember 2007 im Kabel" und vom 20. August 2013 "TV-Markt: Kabelnetze sind mit grossem Abstand an der Spitze"; Verfügung der WEKO vom 23. September 2002, in: RPW 2002/4, S. 567 ff., Rz. 21, "Teleclub/Cablecom/Swisscable"). Wie sich aus einem im Jahr 2002 von Teleclub bei der Vorinstanz angestrengten Untersuchungsverfahren gegen Cablecom und Swisscable ergibt, hat Swisscable offenbar die dem Verband angeschlossenen Kabelnetzbetreiber ursprünglich aufgefordert, bezüglich digitaler Verbreitung nicht mit Teleclub in Geschäftsbeziehung zu treten bzw. die Geschäftsbeziehung von der Bedingung der Abgabe der Kundenverwaltung abhängig zu machen und Teleclub zu behindern, die eigene Set-Top-Box einzusetzen. Aus diesem Verhalten habe die Verunmöglichung der Ausstrahlung des Teleclub-Programms über Kabelnetz in digitaler Form resultiert. Wie indessen weiter festgestellt wurde, hielt Swisscable seit Dezember 2004 nicht länger an dieser Aufforderung fest (vgl. Verfügung der WEKO vom 4. Juni 2007, in: RPW 2007/3, S. 400 ff., Rz. 79 und 92, "Teleclub/Cablecom/Swisscable"). Dass Swisscable in den darauffolgenden Jahren weitere Aktionen gegen Teleclub durchgeführt hat, ergibt sich weder aus den Akten noch werden solche von den Beschwerdeführerinnen geltend gemacht. Was Verhandlungen betrifft, hat Swisscable gemäss eigenen Angaben unter anderem versucht, mit Teleclub einen neuen Zusammenarbeitsvertrag betreffend Anlieferung des Teleclub-Programms sowie gestützt auf ein 2012 von 44 KNU erhaltenes Verhandlungsmandat namentlich über Programminhalte zu verhandeln. Beide Unternehmungen seien indessen nicht erfolgreich gewesen (vgl. Stellungnahme von Swisscable vom 23. August 2012, act. 108, S. 2 und 5). Tatsächlich lehnte es Teleclub in einem Schreiben vom 26. Juni 2012 an Swisscable ab, trotz des bestehenden Verhandlungsmandats weiterhin mit Swisscable zu verhandeln; Teleclub ziehe Verhandlungen mit den einzelnen Kabelnetzbetreibern vor (vgl. Stellungnahme von Swisscable vom 23. August 2012, act. 108, Beilage 7). Angesichts dieser Umstände ist nicht erkennbar, inwiefern Swisscable eine für das vorliegende Verfahren nennenswerte Gegenmacht ausgeübt haben könnte.

8.5.3.8 Soweit die Beschwerdeführerinnen schliesslich geltend machen, Teleclub sei wegen Multi-homing auf die Verbreitung durch die KNU angewiesen (vgl. Beschwerde, Rz. 560 ff.), und das Interesse des ehemaligen Verwaltungsratspräsidenten und CEO sei als Investor von Cinetrade und Teleclub auf die grösstmögliche Verbreitung des Teleclub-Programms gerichtet gewesen (vgl. Beschwerde, Rz. 567), dürfte dies - angesichts der zahlreichen Teleclub-Abonnenten bei den KNU - auf das Grundangebot von Teleclub zugetroffen haben. Bezüglich der zusätzlichen Sportkanäle (Teleclub Sport 4-24 respektive 4-29) hat Teleclub indessen mit ihrem Verhalten gezeigt, dass sie auf die Verbreitung durch die KNU und andere TV-Plattformbetreiber verzichten wollte.

8.5.3.9 Als Zwischenfazit zur Marktgegenseite von Teleclub kann somit Folgendes festgehalten werden: Zu Beginn des Untersuchungszeitraums bestand die Marktgegenseite von Teleclub je nach Region mindestens aus einem der zahlreichen CATV-Unternehmen (darunter Cablecom) und Swisscom. Am Ende des Untersuchungszeitraums gehörten zudem Sunrise und unter Umständen ein oder mehrere Anbieter von digitalem Fernsehen via Glasfasernetz zu den Nachfragern von Teleclub-Programmen. Als Folge der Digitalisierung haben die KNU ihre (auf das analoge Fernsehen beschränkten) Gebietsmonopole für die Übertragung von Fernsehen verloren; neue Anbieter, namentlich die über ein flächendeckendes Netz verfügende Swisscom und die das Swisscom-Netz nutzende Sunrise, aber auch Betreiber von Glasfasernetzen, sind dazu gestossen. Diese Entwicklung hat zu einer Verminderung der Kunden, die bei den KNU (u.a. Cablecom) digitales Fernsehen und Teleclub bezogen, geführt. Auch die Verträge mit Teleclub belegen keine starke Verhandlungsposition von Cablecom, anderen KNU und Swisscable im Bereich der Teleclub-Programminhalte. Die exklusiven Pay-TV-Rechte von Cinetrade verhindern ein Ausweichen auf andere Pay-TV-Anbieter. Es ist somit entgegen den Ausführungen der Beschwerdeführerinnen nicht erkennbar, dass die Marktgegenseite Teleclub in relevanter Weise disziplinieren konnte.

8.5.4 Zwischenergebnis

Teleclub verfügte somit auf dem Markt für die Bereitstellung von Schweizer Fussballübertragungen im Rahmen eines Liga-Wettbewerbs im Pay-TV über eine marktbeherrschende Stellung. In Bezug auf die NLA gilt diese Feststellung für den gesamten Untersuchungszeitraum, in Bezug auf die NLB für die Zeit ab Saison 2012/13.

8.6 Nationaler Markt für die Bereitstellung von Schweizer Eishockeyübertragungen im Rahmen eines Liga-Wettbewerbs im Pay-TV

8.6.1 Aktueller Wettbewerb

Cinetrade hatte für die Spiele der National League A (NLA) seit der Saison 2006/07 und für die Spiele der National League B (NLB) seit der Saison 2012/13 exklusive Pay-TV-Übertragungsrechte. Dies bedeutet, dass deren vertikal integrierter Pay-TV-Anbieter Teleclub pro Liga sämtliche Spiele der Qualifikation (44 Runden mit je 6 Spielen plus 6 zusätzliche Spiele) und alle Play-off-Spiele live im Pay-TV übertragen durfte. Der Vertrag zwischen der Schweizerischen Eishockey Nationalliga GmbH (später: Swiss Ice Hockey Federation) und Cinetrade vom Mai 2006 war für die Saisons 2006/07 bis 2008/09, mit einer Option für die Saisons 2009/10 bis 2011/12 abgeschlossen worden, der darauffolgende Vertrag für die Saisons 2012/13 bis 2016/17 (Vorakten act. 370, Anlagen d1 und d3). Da Cinetrade von seinem Optionsrecht Gebrauch gemacht hatte, verfügte Teleclub hinsichtlich der NLA während des ganzen Untersuchungszeitraums und hinsichtlich der NLB am Ende des Untersuchungszeitraums (ab Saison 2012/13) über einen Marktanteil von 100 %.

Wie beim Bereitstellungsmarkt für Schweizer Fussballübertragungen ist auch beim vorliegenden Bereitstellungsmarkt für Schweizer Eishockeyübertragungen zu untersuchen, ob vom angrenzenden Free-TV-Markt ein disziplinierender Einfluss ausgeht. Die SRG verfügte lediglich hinsichtlich bestimmter Spiele der National League A über Übertragungsrechte für das Free-TV:

- Ab Saison 2006/07: 8 Spiele der Qualifikation ("Regular Season"), im Play-off-Viertel- und Halbfinal ab 3. Runde 1 Spiel pro Runde und das Play-off-Finale ab 3. Runde, das Play-out Finale ab 4. Runde sowie die Liga-Qualifikation ab 4. Runde, zusätzlich ab 1. Runde alle Derbies (vgl. Vorakten act. 370, Beilage d1 [Anlage A: Rechteumfang]).
- Ab Saison 2012/13: in der "Regular Season" alle Tessiner Derbies, ab Januar 1 Spiel pro Wochenende, in den übrigen Phasen (Play-off, Play-out und Ligaqualifikation) eine regionale Auswahl (sog. "Regionaler Pick") von Spielen, z.B. jeweils bis zu drei verschiedene Spiele parallel auf dem deutschsprachigen SRF (Schweizer Radio und Fernsehen), im französischsprachigen RTS (Radio Télévision Suisse) und im italienischsprachigen RSI (Radiotelevisione Svizzera) (vgl. Vorakten act. 370, Beilage d4).

Angesichts von 50 Qualifikationsspielen pro Mannschaft (vgl. <https://de.wikipedia.org/wiki/National_League_A_2012/13>, zuletzt abgerufen am 27.01.2022) deckt das Free-TV die Qualifikationsrunde schlecht ab. Auch in den übrigen Phasen beschränkt sich das Free-TV-Angebot auf eine kleine Auswahl von Spielen. Das Free-TV war somit im Untersuchungszeitraum weit davon entfernt, den ganzen Meisterschaftsbetrieb übertragen zu können und kann nicht als disziplinierender Faktor qualifiziert werden.

8.6.2 Potentieller Wettbewerb und Stellung der Marktgegenseite

Wie ausgeführt (vgl. E. 8.5.2.2), war der Erwerb der Pay-TV-Übertragungsrechte für die obersten Schweizer Eishockeyligen ab Saison 2017/18 durch UPC Cablecom im Untersuchungszeitraum nicht absehbar. Auch sonst fehlen Anhaltspunkte dafür, dass der potentielle Wettbewerb und die Stellung der Marktgegenseite auf dem Markt für die Bereitstellung von Schweizer Eishockeyübertragungen im Rahmen eines Liga-Wettbewerbs im Pay-TV anders zu beurteilen ist als auf dem entsprechenden Markt für Schweizer Fussballübertragungen.

8.6.3 Zwischenfazit

Teleclub verfügte somit auf dem Markt für die Bereitstellung von Schweizer Eishockeyübertragungen im Rahmen eines Liga-Wettbewerbs im Pay-TV über eine marktbeherrschende Stellung. In Bezug auf die NLA gilt diese Feststellung für den gesamten Untersuchungszeitraum, in Bezug auf die NLB für die Zeit ab Saison 2012/13.

8.7 Nationale Märkte für die Bereitstellung von ausländischen Fussballübertragungen im Rahmen eines Liga-Wettbewerbs (Bundesliga, Primera División & Copa del Rey, Serie A) im Pay-TV

8.7.1 Aktueller Wettbewerb

Auch hinsichtlich der hier relevanten ausländischen Fussballigen verfügte Cinetrade für das Territorium der Schweiz über exklusive Übertragungsrechte: Für die Spiele der 1. und 2. Bundesliga (Saisons 2009-2013) in deutscher und italienischer Sprache (französisch nicht exklusiv, vgl. Vorakten act. 115, Beilage 23b), in der Primera Division & Copa del Rey (Saisons 2009-2015) u.a. in deutscher Sprache (französisch und italienisch nicht exklusiv, vgl. Vorakten act. 115, Beilage 23d) und in der Serie A (Saisons 2009-2015) in allen Landessprachen (französisch auf Grund eines Vorbehalts für Canal+ für die Saisons 2012-2015 nicht exklusiv; Vorakten act. 115, Beilage 23c). Von diesen Exklusivlizenzen profitierte wiederum Teleclub als Tochtergesellschaft von Cinetrade.

Der Pay-TV-Anbieter Canal+ verfügte ebenfalls über Übertragungsrechte für die Schweiz, namentlich für die Serie A (für die Saisons 2012/2013 bis 2014/2015; nicht exklusiv), Premier League und UEFA Champions League (vgl. Vorakten act. 57, Beilage 4 act. 115, Beilage 23c).

Das Angebot von Sky Deutschland konnte in der Schweiz nur über Satellit und nur direkt bei Teleclub bezogen werden; es stand auf dem relevanten Bereitstellungsmarkt nicht zur Verfügung (vgl. Verfügung, Rz. 588).

Zudem besteht für die meisten ausländischen Fussballligen kein Angebot im Free-TV. Wie die Vorinstanz aus-

führt, werden beispielsweise nur gewisse Spiele der Deutschen Bundesliga im Free-TV (ARD und ZDF) übertragen (vgl. Verfügung, Rz. 442 inkl. Fn. 521). Die von den Beschwerdeführerinnen zusätzlich genannten Spiele der UEFA Champions League und UEFA Europa League (vgl. Beschwerde, Rz. 522) sind vorliegend nicht als disziplinierend zu berücksichtigen. UEFA Champions und Europa League-Spiele sind zwar attraktiv, aber aufgrund der deutlich niedrigeren Austragungskadenz höchstens eine Ergänzung zu den in- und ausländischen Fussballspielen.

8.7.2 Potentieller Wettbewerb und Stellung der Marktgegenseite

Die Beschwerdeführerinnen weisen in ihrer Replik darauf hin, dass DAZN 2016 die Übertragungsrechte für die englische Premier League und die spanische La Liga für die Schweiz erworben habe. Zudem habe Sky 2017 das eigene Sky Sport-Angebot als Sport-Online-Angebot für die Schweiz lanciert, worauf unter anderem die Spiele der Bundesliga zu sehen seien. Somit hätten sich die Ausführungen in der Beschwerde zum bestehenden potentiellen Wettbewerb als korrekt herausgestellt (vgl. Replik, Rz. 68 ff.). Auch in diesen Fällen war der Erwerb der genannten Übertragungsrechte im Untersuchungszeitraum nicht absehbar. Abgesehen davon ist angesichts lediglich einzelner hier relevanter Übertragungsrechte kein Markteintritt in hinreichender Grösse erkennbar (vgl. WEBER/VOLZ, a.a.O., Rz. 2.76), so dass weder DAZN noch Sky als relevante potentielle Konkurrenz bezeichnet werden können. Es gibt darüber hinaus keinen Anlass, den potentiellen Wettbewerb auf den hier relevanten nationalen Märkten für ausländische Fussballübertragungen anders zu beurteilen als auf dem entsprechenden Markt für Schweizer Fussballübertragungen.

Was die Marktgegenseite betrifft, ermöglichten die nur teilweise exklusiven Übertragungsrechte im Gegensatz zu den Märkten für Schweizer Fussball- und Eishockeyübertragungen ein Ausweichen der TV-Plattformanbieter auf andere Pay-TV-Anbieter. Dokumentiert ist indessen soweit hier interessierend nur, dass Canal+ das Recht hatte, Spiele der Serie A während der Saisons 2012-2015 in französischer Sprache zu übertragen (vgl. act. 115, Beilage 23c; act. 57, Antwort auf Frage 6). Davon dürfte auch Cablecom profitiert haben, welche in der Romandie unter anderem Sport-Angebote von Canal+ verbreitet (vgl. act. 68, S. 8). Es ist jedoch kaum anzunehmen, dass Übertragungsrechte für französischsprachige Übertragungen einer italienischen Liga die Stellung der Marktgegenseite spürbar gestärkt haben dürften.

8.7.3 Zwischenfazit

Teleclub hatte somit ab 2009 auf den drei nationalen Märkten für die Bereitstellung von ausländischen Fussballübertragungen im Rahmen eines Liga-Wettbewerbs (Bundesliga, Primera División & Copa del Rey, Serie A) im Pay-TV eine marktbeherrschende Stellung inne.

8.8 Stellung auf den relevanten Märkten: Fazit

Teleclub verfügte somit in folgenden Märkten über eine marktbeherrschende Stellung (vgl. Art. 4 Abs. 2 KG):

- Nationaler Markt für die Bereitstellung von Schweizer Fussballübertragungen im Rahmen eines Liga-Wettbewerbs im Pay-TV;
- Nationaler Markt für die Bereitstellung von Schweizer Eishockeyübertragungen im Rahmen eines Liga-Wettbewerbs im Pay-TV;
- Nationale Märkte für die Bereitstellung von ausländischen Fussballübertragungen im Rahmen eines Liga-Wettbewerbs (Bundesliga, Primera División & Copa del Rey, Serie A) im Pay-TV.

9. Missbräuchliches Verhalten im Sinne von Art. 7 KG

9.1 Generalklausel von Art. 7 Abs. 1 KG und Tatbestände nach Art. 7 Abs. 2 KG

Zunächst ist das Verhältnis der in Art. 7 Abs. 1 KG erwähnten Missbrauchsformen der Behinderung und Ausbeutung und das Verhältnis von Art. 7 Abs. 1 und Abs. 2 KG zu klären: E. 9.1.1 f.

Die Vorinstanz wirft Teleclub und Swisscom vor, sie hätten in Ausnützung ihrer beherrschenden Stellung auf den vorgenannten Märkten Geschäftsbeziehungen verweigert, Handelspartner diskriminiert und unangemessene Geschäftsbedingungen erzwungen.

Sodann werden deshalb die folgenden Verhaltensweisen geprüft:

Verweigerung von Geschäftsbeziehungen (Art. 7 Abs. 2 Bst. a KG):

E. 9.2 ff.

- Verweigerte Bereitstellung der Teleclub-Sportkanäle 1-3
- Verweigerte Bereitstellung von "Teleclub en français".

Diskriminierung von Handelspartnern (Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG):

E. 9.3 ff.

- Bereitstellung eines eingeschränkten Teleclub-Sportangebots (Kanäle 1-3) bei einem gegenüber Swisscom-Kunden teureren Endkundenpreis für das kombinierte Basis- und Sportangebot und ohne Möglichkeit, anstelle eines gekoppelten Basis- und Sportangebots Sportübertragungen mittels PPV zu beziehen
- Nur bestimmten TV-Plattformen gebotene Möglichkeit, das Teleclub-Programm selbst (direkt/parallel) zu vermarkten.

Erzwingung unangemessener Geschäftsbedingungen (Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG): E. 9.4 ff.

- Vereinbarung von Content-Akquisitionsklauseln mit UPC und Sunrise.

9.1.1 Behinderungs- und Ausbeutungsmissbrauch

Marktbeherrschende Unternehmen verhalten sich unzulässig, wenn sie durch den Missbrauch ihrer Stellung auf dem Markt andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindern oder die Marktgegenseite benachteiligen (Art. 7 Abs. 1 KG).

Das Kartellrecht verbietet eine marktbeherrschende Stellung nicht, und eine solche ist für sich allein auch nicht missbräuchlich, besteht doch der Sinn des Wettbewerbs gerade darin, durch Markterfolg und internes Wachstum eine dominierende Stellung zu erreichen (und diese Marktstellung mittels angemessener, d.h. leistungsbezogener Massnahmen zu bewahren). Marktbeherrschung wird allerdings dann problematisch, wenn als qualifizierendes Element eine unzulässige Verhaltensweise hinzutritt, weshalb das marktbeherrschende Unternehmen eine besondere Verantwortung für sein Marktverhalten trägt (vgl. BGE 146 II 217 E. 4.1 "Preispolitik Swisscom ADSL"; 139 I 72 E. 10.1.1 "Publigroupe"; Urteil des BGer 2C_113/2017 E. 6.1, "Ticketvertrieb Hallenstadion Zürich"; Urteil des BVGer B-2597/2017 vom 19. Januar 2022 E. 11.1, "Kommerzialisierung von elektronischen Medikamenteninformationen" [angefochten beim BGer]; STÄUBLE/SCHRANER, DIKE-KG, Art. 7, Rz. 5 f.). Diese Verantwortung gilt, soweit der selbständige wirtschaftliche Handlungsspielraum des Unternehmens nicht durch verbindliche Vorgaben ausgeschlossen wird (vgl. Urteil des BVGer B-7633/2009 Rz. 461, "Preispolitik ADSL").

Das von Art. 7 KG verpönte missbräuchliche Verhalten kann sich gegen andere Anbieter sowie gegen die Marktgegenseite richten. Gestützt darauf unterscheidet Art. 7 Abs. 1 KG zwei Behinderungsformen: Durch den Missbrauch werden einerseits andere Unternehmen (i.d.R. aktuelle oder potentielle Konkurrenten, aber auch andere Marktteilnehmer) in der Aufnahme (d.h. durch Errichtung von Marktzutrittsschranken) oder Ausübung des Wettbewerbs behindert (Behinderungsmissbrauch), wodurch das behindernde Unternehmen indirekt eine stärkere wirtschaftliche Position erwirbt. Durch den Missbrauch wird sodann andererseits die Marktgegenseite (d.h. Lieferanten oder Abnehmer des behindernden Unternehmens) benachteiligt (Benachteiligungs- bzw. Ausbeutungsmissbrauch), indem diesen direkt zu Gunsten des missbräuchlich handelnden Unternehmens ausbeuterische Geschäftsbedingungen oder Preise aufgezwungen werden (vgl. BGE 146 II 217 E. 4.1, "Preispolitik Swisscom ADSL"; 139 I 72 E. 10.1.1 "Publigroupe"; Urteil des BGer 2C_113/2017 E. 6.1, "Ticketvertrieb Hallenstadion Zürich"; STÄUBLE/SCHRANER, DIKE-KG, Art. 7, Rz. 45 f.).

Charakteristisch für die Kategorie des Ausbeutungsmissbrauchs ist das Streben des marktbeherrschenden Unternehmens nach ökonomischen Vorteilen durch eine Beeinträchtigung der Interessen von Handelspartnern und Verbrauchern unter Ausnutzung seiner marktbeherrschenden Stellung. Behinderungsmissbrauch umfasst dagegen sämtliche Massnahmen beherrschender Unternehmen ausserhalb eines fairen Leistungswettbewerbs, die sich unmittelbar gegen aktuelle und potentielle Wettbewerber (Konkurrenten und Handelspartner) richten und diese in ihren Handlungsmöglichkeiten auf dem beherrschten Markt oder benachbarten Märkten einschränken (vgl. BGE 146 II 217 E. 4.1, "Preispolitik Swisscom ADSL"; 139 I 72 E. 10.1.1 "Publigroupe"; Urteil des BGer 2C_113/2017 E. 6.1, "Ticketvertrieb Hallenstadion Zürich").

Gewisse Verhaltensweisen von marktbeherrschenden Unternehmen können zugleich behindernd und benachteiligend (ausbeutend) sein; insofern ist es grundsätzlich irrelevant, ob sich eine zu beurteilende Verhaltensweise als das eine oder andere charakterisiert. Allemal ist die Missbräuchlichkeit einschliesslich der Wettbewerbsschädigung der strittigen Verhaltensweise in einer Einzelfallanalyse festzustellen (vgl. BGE 146 II 217 E. 4.1, "Preispolitik Swisscom ADSL"; 139 I 72 E. 10.1.1 "Publigroupe").

Verdeutlicht werden die Behinderung und Benachteiligung nach Art. 7 Abs. 1 KG durch die nicht abschliessende Liste von Verhaltensweisen in Art. 7 Abs. 2 KG. Ob die darin aufgeführten Verhaltensweisen missbräuchlich sind, ist allerdings im Einzelfall immer an den Anforderungen von Art. 7 Abs. 1 KG zu beurteilen, da die Tatbestände von Art. 7 Abs. 2 KG nicht per se eine unzulässige Verhaltensweise indizieren. In einem zweiten Schritt sind mögliche Rechtfertigungsgründe ("legitimate business reasons") zu prüfen (vgl. BGE 146 II 217 E. 4.2, "Preispolitik Swisscom ADSL"; 139 I 72 E. 10.1.2, "Publigroupe"; Urteil des BGer 2C_113/2017 E. 6.1, "Ticketvertrieb Hallenstadion Zürich"; Urteil des BVGer B-2597/2017 E. 11.5, 12.6.2, "Kommerzialisierung von elektronischen Medikamenteninformationen").

9.1.2 Rechtfertigungsgründe, rechtfertigende Effizienz und Verhältnismässigkeit

Unzulässiges Verhalten liegt dann vor, wenn für die Benachteiligung bzw. Ausbeutung oder die Behinderung kein sachlicher Grund besteht. Solche Gründe gelten insbesondere dann, wenn sich das betreffende Unternehmen für sein Verhalten auf kaufmännische Grundsätze (z.B. Verlangen der Zahlungsfähigkeit des Vertragspartners) stützen kann. Andere sachliche Gründe sind etwa veränderte Nachfrage, Kosteneinsparungen, administrative Vereinfachungen, Transport- und Vertriebskosten oder technische Gründe. Massstab für die Frage, ob es sich um zulässige oder unzulässige Verhaltensweisen handelt, bildet einerseits der Institutionen- und andererseits der Individualschutz oder mit anderen Worten die Gewährleistung von wirksamem Wettbewerb (vgl. BGE 146 II 217 E. 4.2, "Preispolitik Swisscom ADSL"; 139 I 72 E. 10.1.2, "Publigroupe"). Ob im Rahmen von Art. 7 KG Effizienzgründe, d.h. das Überwiegen wettbewerbsfördernder Wirkungen (vgl. PATRICK L. KRAUSKOPF/OLIVER KAUFMANN, Das System der Rechtfertigungsgründe im Kartellrecht: Einwendungen bei Wettbewerbsabreden, in sic! 2013 S. 67, S. 68 ff. [nachfolgend: Rechtfertigungsgründe bei Wettbewerbsabreden]), geltend gemacht und berücksichtigt werden können, ist vom Bundesgericht bisher nicht eindeutig beantwortet worden: In einem früheren Urteil wies es auf die entsprechende Möglichkeit hin (vgl. BGE 129 II 497 E. 6.5.4, "EEF/Watt Suisse AG"), während es in einem späteren Urteil diese Frage für die schweizerische Praxis offen liess (vgl. BGE 146 II 217 E. 4.2. "Preispolitik Swisscom ADSL", mit Hinweis auf Urteil EuGH TeliaSonera, Rz. 76, das Effizienzgründe anerkennt, soweit diese Verbrauchern zukommen). Sachliche Gründe zur Rechtfertigung eines Behinderungs- oder eines Ausbeutungsmissbrauchs müssen vom marktbeherrschenden Unternehmen hinreichend detailliert vorgetragen werden (vgl. BGE 146 II 217 E. 4.2 "Preispolitik Swisscom ADSL", 139 I 72 E. 10.4.2 a. E., "Publigroupe"). Zudem ist das Verhältnismässigkeitsprinzip zu

wahren, d.h. das Verhalten des beherrschenden Unternehmens muss geeignet sein, das von ihm angestrebte Ziel zu erreichen und es muss zur Erreichung dieses Ziels auch erforderlich sein, d.h. es dürfen keine als milder zu beurteilenden alternativen Handlungsweisen zur Verfügung stehen, mit welchen dasselbe Ziel zu erreichen wäre (vgl. WEBER/VOLZ, a.a.O., Rz. 2.567; MARC AMSTUTZ/BLAISE CARRON, BSK-KG, Art. 7, Rz. 180; PATRICK L. KRAUSKOPF/OLIVER KAUFMANN, Das System der Rechtfertigungsgründe im Kartellrecht: Einwendungen bei Marktmachtmissbrauch, in: sic! 2013 S. 499, S. 502 f.; JACQUELINE A. SIEVERS, Legitimate business reasons beim Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung gemäss Art. 7 KG, Zürich 2014, S. 82 ff.).

Im vorliegenden Fall ist zu prüfen, ob die Vorinstanz den Beschwerdeführerinnen zu Recht die Verweigerung von Geschäftsbeziehungen (Art. 7 Abs. 2 Bst. a KG; vgl. E. 9.2), die Diskriminierung von Handelspartnern (Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG; vgl. E. 9.3) sowie die Erzwingung unangemessener Geschäftsbedingungen (Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG; vgl. E. 9.4) vorgeworfen hat.

9.2 Verweigerung von Geschäftsbeziehungen im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. a KG

9.2.1 Rechtliche Grundlagen

9.2.1.1 Der Grundsatz der Vertragsfreiheit gilt auch für ein marktbeherrschendes Unternehmen: Es ist grundsätzlich frei in der Wahl seiner Geschäftspartner, denn eine beherrschende Stellung schafft keinen generellen Kontrahierungszwang (vgl. Botschaft vom 23. November 1994 zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen; BBl 1995 468 ff. [Botschaft KG 1995], S. 570; Urteil des BVGer B-831/2011 Rz. 776 f., "Six Group"; BORER, a.a.O., Art. 7, Rz. 11; HEINEMANN/KELLERHALS, a.a.O., S. 70; WEBER/VOLZ, a.a.O., Rz. 2.577; AMSTUTZ/CARRON, BSK-KG, Art. 7, Rz. 215; STÄUBLE/SCHRANER, DIKE-KG, Art. 7, Rz. 191 f.). Im Einzelfall kann die Verweigerung von Geschäftsbeziehungen aber missbräuchlich sein, namentlich wenn sie darauf abzielt, Konkurrenten vom Markt zu drängen oder ihnen den Marktzugang zu versperren (vgl. HEINEMANN/KELLERHALS, a.a.O., S. 70; WEBER/VOLZ, a.a.O., Rz. 2.577). Art. 7 Abs. 2 Bst. a KG erlaubt eine Intervention durch die Wettbewerbsbehörden, wenn folgende Tatbestandselemente kumulativ gegeben sind:

a) Marktbeherrschung durch ein Unternehmen (vgl. vorne, E. 8.3),

b) das sich weigert, Geschäftsbeziehungen zu unterhalten,

c) die Verweigerung zeitigt wettbewerbsverfälschende Effekte,

d) die Verweigerung ist weder objektiv gerechtfertigt noch auf Effizienzgründe gestützt (vgl. AMSTUTZ/CARRON, BSK-KG, Art. 7, Rz. 236 ff.; WEBER/VOLZ, a.a.O., Rz. 2.580 ff.; RAMIN SILVAN GOHARI, Verweigerung von Geschäftsbeziehungen, Bern 2016, S. 647).

9.2.1.2 Die Geschäftsbeziehung kann direkt (ausdrücklich, explizit) oder indirekt (z.B. mit einem Ausweichmanöver, Verzögerungsstrategien oder der Forderung unangemessener Geschäftsbedingungen) verweigert werden (vgl. WEBER/VOLZ, a.a.O., Rz. 2.583 f.; AMSTUTZ/CARRON, BSK-KG, Art. 7, Rz. 217; STÄUBLE/SCHRANER, DIKE-KG, Art. 7, Rz.205; vgl. auch GOHARI, a.a.O., S. 117 ff. und 125 ff., welcher die Terminologie "ausdrückliche und konstruktive Verweigerungen" bevorzugt) und direkte Konkurrenten oder Unternehmen vor- oder nachgelagerter Marktstufen betreffen (vgl. WEBER/VOLZ, a.a.O., Rz. 2.582; STÄUBLE/SCHRANER, DIKE-KG, Art. 7, Rz. 195). Der Tatbestand umfasst sowohl die Nichtaufnahme potentieller Geschäftsbeziehungen als auch die Einschränkung oder den Abbruch bestehender Geschäftsbeziehungen (vgl. STÄUBLE/SCHRANER, DIKE-KG, Art. 7, Rz. 202; BORER, a.a.O., Art. 7, Rz. 10; WEBER/VOLZ, a.a.O., Rz. 2.581; AMSTUTZ/CARRON, BSK-KG, Art. 7, Rz. 215; GOHARI, a.a.O., S. 112; Botschaft KG 1995, S. 570). Tatbestandsvarianten sind die Weigerung, den Zugang zu einer wesentlichen Einrichtung (essential facility) zu gewähren, sowie die Verweigerung von Lizenzen an Immaterialgüterrechten (vgl. Urteil des BVGer B-831/2011 Rz. 780, "Six Group"; STÄUBLE/SCHRANER, DIKE-KG, Art. 7, Rz. 229 ff., 254 ff.; BORER, a.a.O., Art. 7, Rz. 13 ff.; WEBER/VOLZ, a.a.O., Rz. 2.597 ff., 2.608 ff.; AMSTUTZ/CARRON, BSK-KG, Art. 7, Rz. 215).

9.2.1.3 Mindestens bei der letztgenannten Missbrauchsvariante der Zugangs- und Lizenzverweigerung wird zudem gefordert, dass das verweigerte Gut für die Geschäftstätigkeit des (bestehenden oder möglichen) Geschäftspartners unerlässlich (objektiv notwendig) ist (vgl. Urteil des BVGer B-831/2011 Rz. 976 ff., "Six Group"; zum Merkmal der Unerlässlichkeit vgl. auch: Botschaft KG 1995, S. 571; WEBER/VOLZ, a.a.O., Rz. 2.585; AMSTUTZ/CARRON, BSK-KG, Art. 7, Rz. 218 ff.; differenzierend: STÄUBLE/SCHRANER, DIKE-KG, Art. 7, Rz. 207 ff., 212 ff., 238 ff.; GOHARI, a.a.O., S. 446). Bei den Missbrauchsvarianten des Lieferabbruchs und der Lieferverweigerung gilt die Unerlässlichkeit nicht als zwingendes Tatbestandselement (vgl. Urteil des BVGer B-831/2011 Rz. 981 ff., "Six Group"). Für die Beurteilung der Wettbewerbsbehinderung spielt die Unerlässlichkeit eines Inputs dennoch eine Rolle, denn je wichtiger ein Produkt für ein nachfragendes Unternehmen ist, desto grösser dürfte die Wettbewerbsbehinderung sein (vgl. STÄUBLE/SCHRANER, DIKE-KG, Art. 7, Rz. 207). Trotz dieses Bezugs zur Wettbewerbsbehinderung wird die Unerlässlichkeit des Inputs nachfolgend in einem eigenständigen Kapitel behandelt (vgl. E. 9.2.5).

Ein Gut ist unerlässlich, wenn die Ausübung der wirtschaftlichen Tätigkeit ohne das entsprechende Produkt nicht möglich oder zumutbar ist, weil kein gleichwertiges Alternativprodukt vorhanden ist und es dem nachfragenden Unternehmen innerhalb eines angemessenen Zeitraums auch nicht möglich ist, das betreffende Produkt in ökonomisch und sachlich sinnvoller Art und Weise selbst herzustellen (vgl. Urteil des BVGer B-831/2011 Rz. 993, "Six Group"; WEBER/VOLZ, a.a.O., Rz. 2.585; AMSTUTZ/CARRON, BSK-KG, Art. 7, Rz. 220 ff.; vgl. auch die Definition nach GOHARI, a.a.O., S. 598 f.).

9.2.1.4 Weiter muss die Geschäftsverweigerung den Wettbewerb beeinträchtigen. Es wird nicht zwingend eine Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs vorausgesetzt, wie teilweise vertreten wird (vgl. WEBER/VOLZ, a.a.O., Rz. 2.592; AMSTUTZ/CARRON, BSK-KG, Art. 7,

Rz. 225 ff., 233); je nach Missbrauchsvariante reicht eine Wettbewerbsbehinderung aus (vgl. Urteil des BVGer B-831/2011 Rz. 1155 ff., "Six Group"; ohne weitere Differenzierung: STÄUBLE/SCHRANER, DIKE-KG, Art. 7, Rz. 196). So muss ein Lieferabbruch oder eine Lieferverweigerung nach der Wettbewerbspraxis keine vollständige Aufhebung des Wettbewerbs auf dem relevanten Markt zur Folge haben; es genügt eine Wettbewerbsbeeinträchtigung (vgl. Urteil des BVGer B-831/2011 Rz. 1156, "Six Group", mit Verweisen auf die europäische Praxis). Es müssen keine tatsächlichen Auswirkungen einer Verhaltensweise nachgewiesen werden; der Nachweis einer potentiell nachteiligen Einwirkung ist bereits ausreichend (vgl. Urteil des BVGer B-831/2011 Rz. 1198 ff., "Six Group"). Schliesslich ist entgegen der Auffassung der Beschwerdegegnerin nicht erforderlich, dass im Falle des fehlenden Zugangs zum strittigen Gut ein faktischer Marktausschluss des nachfragenden Unternehmens droht (vgl. Urteil des BVGer B-831/2011 Rz. 1184 ff., "Six Group").

9.2.1.5 Als sachliche Rechtfertigungsgründe für die Verweigerung von Geschäftsbeziehungen kommen zunächst allgemeine kaufmännische Grundsätze (z.B. Verlangen der Zahlungsfähigkeit des Vertragspartners) in Betracht (vgl. BGE 139 I 72 E. 10.1.2, "Publigroupe"; STÄUBLE/SCHRANER, DIKE-KG, Art. 7, Rz. 215). Andere sachliche Gründe sind veränderte Nachfrage, Kosteneinsparungen, administrative Vereinfachungen, Transport- und Vertriebskosten sowie technische Gründe (vgl. BGE 139 I 72 E. 10.1.2, "Publigroupe", mit weiteren Hinweisen). Aus Effizienzgründen ist eine Rechtfertigung von Geschäftsverweigerungen vor allem gestützt auf investitions- oder innovationsschützenden Überlegungen möglich (vgl. WEBER/VOLZ, a.a.O., Rz. 2.593; AMSTUTZ/CARRON, BSK-KG, Art. 7, Rz. 238; STÄUBLE/SCHRANER, DIKE-KG, Art. 7, Rz. 216 ff.; SIEVERS, a.a.O., S. 226); andere mögliche Gründe sind ein besseres Preis-/Leistungsverhältnis oder ein grösseres Produktesortiment für die Endkonsumenten (vgl. BGE 129 II 497 E. 6.5.4, "EEF/Watt Suisse AG"; ROGER GRONER, Missbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen - quo vadis?, in recht 20/2002, S. 63 ff., S. 70; WEBER/VOLZ, a.a.O., Rz. 2.565). Keine legitimitate business reasons können demgegenüber das Ansinnen des Marktbeherrschers darstellen, seine Marktanteile auf Kosten eines Konkurrenten beizubehalten (bzw. sogar auszubauen) oder seine Marktmacht auf einen benachbarten Markt auszudehnen, indem entweder Wettbewerber aus diesem Markt verdrängt werden oder der Markteintritt potenzieller Wettbewerber verhindert wird (vgl. AMSTUTZ/CARRON, BSK-KG, Art. 7, Rz. 239).

9.2.1.6 Subjektive Beweggründe, die zu einer Wettbewerbsverfälschung (d.h. Behinderung bzw. Benachteiligung von Marktteilnehmern) führen, sind für die Beurteilung nicht massgebend (vgl. Urteil des BVGer B-831/2011 Rz. 1130 und 1194, "Six Group").

9.2.1.7 Der Tatbestand der Verweigerung von Geschäftsbeziehungen hat wettbewerbspolitisch zentrale Bedeutung, dient er doch indirekt auch der besseren Verwirklichung der Verhinderung von anderen missbräuchlichen Verhaltensweisen. Erfahrungsgemäss wagen es nämlich kleinere Unternehmen aus Angst vor einem Abbruch der Geschäftsbeziehungen meistens nicht, sich gegen marktbeherrschende Unternehmen in dem ihnen zustehenden Masse zu wehren, wenn sie von diesen abhängig sind (vgl. Botschaft KG 1995, S. 570 f.; WEBER/VOLZ, a.a.O., Rz. 2.577; STÄUBLE/SCHRANER, Dike-KG, Art. 7 Rz. 198 f.; Urteil des BVGer B-831/2011 Rz. 778, "Six Group").

9.2.2 Vorgebrachte Argumente

Die Vorinstanz wirft Teleclub vor, von Dezember 2010 bis mindestens Sommer 2013 die Geschäftsbeziehung gegenüber verschiedenen TV-Plattformanbietern in den nationalen Märkten für die Bereitstellung von Schweizer Fussball- und Eishockeyübertragungen im Rahmen eines Liga-Wettbewerbs im Pay-TV in ungerechtfertigter Weise verweigert zu haben (vgl. Verfügung, Rz. 615 - 720). Bis zum 2. Juni 2012, als Teleclub bei Sunrise TV aufgeschaltet worden sei, habe kein Anbieter mit IP-basierter Plattform (ausser Swisscom) das Teleclub-Programm verbreiten können, obwohl verschiedene Plattformanbieter (DCG, YplaY, Stafag, Finecom, Netplus, Ticonocom) die Bereitstellung des Teleclub-Programmangebots wiederholt nachgefragt hätten. Zudem erhalte abgesehen von Cablecom und den Partnern der DCG auch kein KNU trotz entsprechender Nachfragen (namentlich durch Finecom für den QL-Verbund, französischsprachige Plattformanbieter) das Teleclub-Programm für seine Plattform (vgl. Verfügung, Rz. 622 ff.). Angesichts der geringeren Bedeutung für die Kundengewinnung und -bindung stellten die ausländischen Fussballübertragungen im Pay-TV im Gegensatz zu den inländischen Fussball- und Eishockeyübertragungen im Pay-TV insgesamt keinen objektiv notwendigen Input dar (vgl. Verfügung, Rz. 646). Auch die fehlende Integration des Teleclub-Programmangebots in die eigene TV-Plattform sei nicht als objektiv notwendiger Input für die KNU zu qualifizieren (vgl. Verfügung, Rz. 647), dies im Gegensatz für Betreiber einer IPTV-Plattform, die keine andere Möglichkeit hätten, als das Teleclub-Programmangebot als Vorleistung zu beziehen und in die eigene TV-Plattform zu integrieren (vgl. Verfügung, Rz. 648). Unerlässlich sei lediglich das für die KNU und Sunrise reduzierte Angebot auf den Sportkanälen 1 bis 3 (Verfügung, Rz. 620). Weiter bestehe für die betroffenen Unternehmen auch keine Möglichkeit, das in Frage stehende Produkt selbst zu produzieren (vgl. Verfügung, Rz. 649). Daher stellten für TV-Plattformanbieter, die Angebote auf der Basis der IPTV-Technologie unterbreiten wollten, Schweizer Fussball- und Eishockeyübertragungen im Pay-TV objektiv notwendige Inputs dar (vgl. Verfügung, Rz. 651). Ohnehin hätte sie die objektive Notwendigkeit eines Inputs nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts gar nicht prüfen müssen (vgl. Duplik, Rz. 15 und 80). Eine Wettbewerbsbehinderung im TV-Plattformmarkt sei mit überwiegender Wahrscheinlichkeit nachgewiesen. Diese Wettbewerbswirkung werde zudem durch das Zusammenspiel mit den Fernmeldemärkten verstärkt (vgl. Verfügung, Rz. 652 ff.).

Dem halten die Beschwerdeführerinnen entgegen, die Vorwürfe der Vorinstanz beruhten auf einer mangelhaften Untersuchung (vgl. Beschwerde, Rz. 591 ff.; Replik, Rz. 161 ff.). Die Vorinstanz gehe fälschlicherweise davon aus, dass die in Frage stehenden Sportübertragungen für den Betrieb einer TV-Plattform von herausra-

gender Bedeutung seien (vgl. Beschwerde, Rz. 592). Zu dieser Fehleinschätzung sei die Vorinstanz vor allem gelangt, weil sie die relevanten Wettbewerbsparameter für den Betrieb von TV-Plattformen (vgl. Beschwerde, Rz. 594 ff.; Replik, Rz. 161 ff.) sowie die Bedeutung der Schweizer Fussball- und Eishockeyübertragungen von Teleclub nur fehlerhaft und keineswegs umfassend untersucht habe (vgl. Beschwerde, Rz. 657 ff.; Replik, Rz. 173 ff.). Die wenigen Beweise habe sie lediglich selektiv gewürdigt (vgl. Beschwerde, Rz. 719 ff.; Replik, Rz. 179). Weiter machen die Beschwerdeführerinnen geltend, Teleclub habe mit allen fraglichen TV-Plattformen Geschäftsbeziehungen unterhalten (vgl. Beschwerde, Rz. 736 ff.; Replik, Rz. 200 ff.). Sodann sei das Angebot der Schweizer Fussball- und Eishockeyligaspiele im Rahmen des auf Teleclub Sport 1 bis 3 verfügbaren Umfangs für den Betrieb einer TV-Plattform objektiv nicht notwendig (vgl. Beschwerde, Rz. 757 ff.; Replik, Rz. 204 ff.). Auch habe die Verweigerung zu keiner Wettbewerbsbehinderung geführt (vgl. Beschwerde, Rz. 773 ff.; Replik, Rz. 209 ff.); namentlich verfolgten sie keine Behinderungsstrategie (vgl. Beschwerde, Rz. 848 ff.; Replik, Rz. 182 ff.; Stellungnahme vom 31. März 2021, Rz. 8). Des Weiteren hätten sie kein neues Erzeugnis behindert (vgl. Beschwerde, Rz. 839 ff.; Replik, Rz. 224 ff.) und könne sich Teleclub auf Rechtfertigungsgründe stützen (vgl. Beschwerde, Rz. 848 ff.; Replik, Rz. 226 ff.). In Bezug auf Sunrise erklären die Beschwerdeführerinnen, die Vorinstanz habe zu Recht eine Geschäftsverweigerung gegenüber Sunrise in Bezug auf die Deutschschweiz verneint; auch eine Geschäftsverweigerung für die französischsprachige Schweiz liege nicht vor (vgl. Replik, Rz. 290 ff.).

Die Beschwerdegegnerin argumentiert, entgegen den Ausführungen in der angefochtenen Verfügung hätten die Beschwerdeführerinnen ihr gegenüber nicht nur in der französischen Schweiz, sondern auch in der Deutschschweiz Geschäftsbeziehungen verweigert. In Bezug auf die französische Schweiz habe sie überhaupt kein Angebot von den Beschwerdeführerinnen erhalten, obwohl sie letztere explizit danach angefragt habe. Zudem teile sie nicht die Einschätzung der Vorinstanz, wonach das Vollangebot an Kanälen für die Ausübung der wirtschaftlichen Tätigkeit nicht unerlässlich sei, da die Verweigerung des vollwertigen Sportangebots von Teleclub es ihr und anderen Anbieterinnen verunmögliche, im Wettbewerb auf dem nachfolgenden Markt für TV-Plattformen wirksam mit Swisscom TV konkurrieren zu können (vgl. Beschwerdeantwort, Rz. 25 ff.; Duplik, Rz. 34 ff.).

9.2.3 Umfang der Untersuchung der Wettbewerbsparameter und Würdigung der Beweise durch die Vorinstanz

Auf die von den Beschwerdeführerinnen aufgeworfenen Rügen des Umfangs der Untersuchung und der Beweiswürdigung durch die Vorinstanz (vgl. Beschwerde, Rz. 591 ff.; Replik, Rz. 161 ff.), soweit nicht im Folgenden dazu Stellung genommen wird, ist im Rahmen der materiellen Prüfung einzugehen (vgl. E. 9.2.4 ff.; zum Untersuchungsgrundsatz vorne, E. 5.1).

Die Beschwerdeführerinnen kritisieren, die Vorinstanz gehe ohne Untersuchung von der Gleichwertigkeit der TV-Plattformen aus und widerspreche sich diesbezüglich in der Verfügung (vgl. Beschwerde, Rz. 635 ff.). In der Tat erklärte die Vorinstanz zwar, inhaltlich sei für die regionale Verbreitung von Swisscom TV, abgesehen vom Sportangebot, kein wesentlicher Unterschied im Plattformangebot ersichtlich (vgl. Verfügung, Rz. 671-673). Technisch und vertraglich aber wies die Vorinstanz sehr wohl auf Unterschiede zwischen den Plattformen (Übertragungsqualität, benötigte Hardware, Programmauswahl, Zusatzfunktionen wie Aufnahmemöglichkeit und Programmfunktion, Möglichkeit, die Fernsehplattform mit anderen Produkten wie Internet und Mobilfunk gemeinsam zu beziehen, Plattformpreis, Wahl des Pay-TV-Programmpakets, PPV, VoD oder PPC) hin (vgl. Verfügung, Rz. 366, 381 ff.), so dass auch nach Ansicht der Vorinstanz mit Bezug auf ihre technischen und vertraglichen Parameter eine erhebliche Vielfalt unter den Plattformen besteht. Fallrelevante Unterschiede (vgl. Beschwerde, Rz. 644 ff.), werden im Folgenden berücksichtigt.

Soweit die Beschwerdeführerinnen geltend machen, die Vorinstanz habe nur aktuelle Marktverhältnisse untersucht (vgl. Beschwerde, Rz. 661 ff.; Replik, Rz. 106 ff.), übersehen sie, dass die Marktbefragungen der Vorinstanz auch auf die Vergangenheit fokussierten. In der ersten Marktbefragung vom 30. Mai 2012 (vgl. act. 3) waren dies die Fragen 10b ("Hat Teleclub in den letzten Jahren versucht, sein Pay-TV-Programm über Ihre Plattform zu verbreiten?"), 10c ("Haben Sie in den letzten Jahren versucht, für Ihre TV-Plattform das Teleclubangebot zu bekommen?"), 11b ("Haben Sie in den letzten Jahren versucht, für Ihre TV-Plattform zusätzliche Sportkanäle von Teleclub zu bekommen?"), 12b ("Haben Sie in den letzten Jahren versucht, für Ihre TV-Plattform zusätzliche Live-Spiele von Teleclub zu bekommen?"). In der zweiten Marktbefragung vom Juni 2013 (vgl. etwa Fragebogen für Stadtantennen Baar, act. 180) wurde etwa nach Verhandlungen mit Teleclub (vgl. Frage 1, act. 180) und nach Projektabrechnungen der letzten 5 Jahre für die Vermarktung des Teleclub-Programmangebots (vgl. Frage 4, act. 180) und nach Kundendaten ab 2006 (vgl. Fragen 5 und 6, act. 180) gefragt. Andere Fragen waren dagegen in der Tat gegenwartsbezogen, in der ersten Marktbefragung etwa die Fragen 9a ("Können über Ihre TV-Plattform Angebote von Teleclub bezogen werden?"), 10a ("Sofern Ihre Kunden kein Angebot von Teleclub beziehen können [...], Gibt es dafür technische Gründe?"), 14 ("Nennen Sie bitte die für die Kundengewinnung bzw. Kundenbindung wichtigsten Leistungen und Inhalte, die ein Angebot im Bereich Digital TV enthalten muss") und 15 ("Beschreiben Sie bitte, welche Bedeutung der Live-Ausstrahlung exklusiver Sportereignisse für Kundengewinnung bzw. Kundenbindung auf Ihrer TV-Plattform zukommt"), in der zweiten Marktbefragung etwa die Frage "Wie wichtig ist die Verfügbarkeit der folgenden Sport-Ligen auf Ihrer TV-Plattform für die Kundengewinnung und Kundenbindung?" (vgl. act. 214, Frage 5). Da es bei zahlreichen Fragen um Meinungen (zu Leistungen und Inhalten) ging, konnte die Vorinstanz indessen kaum anders, als die Fragen gegenwartsbezogen zu formulieren. Diesen Mangel ausgleichend ist jedoch zu berücksichtigen, dass sich die Vorinstanz auch auf Marktforschungen vergangener Jahre stützte (vgl. hinten, E. 9.2.5.2).

Auch wenn die Beschwerdeführerinnen bemängeln, dass die Vorinstanz zu Unrecht auf die Bedeutung von Sportübertragungen im Ausland abgestellt habe (vgl. Beschwerde, Rz. 676 ff.), ist ihnen entgegenzuhalten, dass sich die Vorinstanz, nicht nur auf ausländische Literatur (z.B. was die objektive Notwendigkeit von Sportübertragungen betrifft), sondern namentlich auch auf die Stellungnahmen der TV-Plattformanbieter gestützt hat (vgl. Verfügung, Rz. 628 ff.). Die Kombination dieser Antworten mit - ausländischer oder inländischer - Literatur ist geeignet, das Beweisergebnis zu stützen.

9.2.4 Geschäftsverweigerung

9.2.4.1 Überblick über die vorgeworfenen Geschäftsverweigerungen

Die Vorinstanz erachtete das Tatbestandselement der Geschäftsverweigerung in folgender Hinsicht als erfüllt:

- Zugang zu eingeschränktem Teleclub-Sportangebot (vgl. nachfolgende E. 9.2.4.2 ff.): Hierzu gehören
  - o TV-Plattformanbieter, die von Teleclub zwar keine Möglichkeit bekamen, Teleclub in ihre TV-Plattform zu integrieren, ihren Kunden aber mittels Signalanlieferung beschränkten Zugang zu Teleclub, namentlich zu den Sportkanälen 1-3, verschaffen konnten (vgl. Verfügung, Rz. 623)
  - o Sunrise, die ihren Kunden ab Juni 2012 wenigstens die Teleclub-Sportkanäle 1-3 anbieten konnte (vgl. Verfügung, Rz. 159 und 622);
- Vollständige Verweigerung des Teleclub-Sportangebots (vgl. nachfolgende E. 9.2.4.3 ff.): TV-Plattformanbieter, die vergeblich versucht haben, mit Teleclub eine Geschäftsbeziehung einzugehen, die es ihnen ermöglicht hätte, ihren Kunden das Sportangebot von Teleclub zugänglich zu machen (vgl. Verfügung, Rz. 622)
- Verweigerung des französischsprachigen Teleclub-Sportangebots (vgl. nachfolgende E. 9.2.4.4 ff.): TV-Plattformanbieter, die vergeblich versucht haben, das französischsprachige Teleclub-Angebot zu erhalten (vgl. Verfügung, Rz. 624).

9.2.4.2 Zugang zu eingeschränktem Teleclub-Sportangebot

9.2.4.2.1 Nach den Sachverhaltsermittlungen der Vorinstanz erhielt im massgeblichen Untersuchungszeitraum kein KNU (abgesehen von Cablecom und den Partnern der DCG) das Teleclub-Programm für seine Plattform. Verschiedene KNU hätten dabei selber um die Bereitstellung nachgefragt, insbesondere Finecom. Zudem habe der Branchenverband Swisscable ein Verhandlungsmandat gehabt (vgl. Verfügung, Rz. 623).

Die Beschwerdeführerinnen machen hierzu geltend, eine Geschäftsverweigerung sei erst zu bejahen, wenn eine Geschäftsbeziehung gänzlich verweigert oder eine bestehende Geschäftsbeziehung eingeschränkt oder abgebrochen werde. Teleclub habe aber sein Angebot auf Teleclub 1 - 3 für die KNU und Sunrise über den gesamten Untersuchungszeitraum ausgebaut und erweitert. Zudem misslinge der Vorinstanz nachzuweisen, dass es überhaupt eine Anfrage gegeben habe, die Teleclub hätte erfüllen können. Pauschale Ausführungen, verschiedene Plattformbetreiber hätten wiederholt die Bereitstellung nachgefragt (vgl. Beschwerde, Rz. 736 ff.; Replik, Rz. 201 f.), genügten nicht. Denn alle von der Vorinstanz genannten KNU und Kabelnetzverbände hätten während des ganzen Untersuchungszeitraums Geschäftsbeziehungen mit Teleclub unterhalten, weil Teleclub in den Kabelnetzen das umfassende Teleclub-Angebot inklusive Sportpaket übertrage (vgl. Beschwerde, Rz. 740). So übertrage Yplay, das sich ursprünglich für Teleclub auf IPTV interessiert habe, das Teleclub-Angebot per RF-TV in den FTTH-Netzen im gleichen Vertriebsmodell wie über die Kabelnetze (vgl. Beschwerde, Rz. 742).

Entgegen diesen Bemerkungen beschränkte sich die Vorinstanz allerdings nicht auf pauschale Ausführungen zu Nachfragen von Plattformbetreibern, sondern verweist auf Abschnitt A.4.3.5.8, in welchem sie die Anfragen von KNU und des Branchenverbands Swisscable nach Erweiterung des Sportangebots mit Aussagen aus der Marktbefragung belegt (vgl. Verfügung, Rz. 623, mit Verweis auf Rz. 222 ff.). Der über Glasfasernetze verfügende TV-Plattformanbieter YplaY verfolgte das Ziel, Teleclub sowohl via RF-TV (Radio Frequency-Television, vgl. Rz. 66 der Verfügung) als auch via die eigene IPTV-Plattform zu verbreiten (act. 27, Antwort auf Fragen 8 und 10 und Beilage "Ablauf der Verhandlungen zwischen [...] und Herrn [...]"). Die Aufschaltung des Teleclubsignals via RF-TV gelang, während die Verhandlungen zur Verbreitung von Teleclub über IPTV abgebrochen wurden (vgl. Verfügung, Rz. 218; Beschwerde, Rz. 742; act. 252, Antwort auf Frage 1). Von welcher Seite die Verhandlungen abgebrochen wurden, ist aufgrund der Akten unklar (vgl. act. 252, Antworten von YplaY auf Frage 1):

> "Nachdem wir Teleclub auf dem RF-TV bekommen haben, haben wir unverzüglich die Gespräche für IP-TV aufgenommen. Es fanden 2 Meetings zwischen Herrn [...] und Herrn [...] statt. Im Prinzip ist Teleclub auf dem Standpunkt, dass wir die Verschlüsselung wie Sunrise oder Swisscom lösen müssen. Die Verhandlungen sind im Moment auf Eis gelegt, da keine kommerziell vernünftige Lösung gefunden werden konnte. Eine eigene Verschlüsselung ist unter den gegebenen Umständen nicht machbar."

> "Die Verhandlungen wurden abgebrochen - eine Weiterführung scheint nicht viel Sinn zu machen und ist nicht geplant. Es wurde auch geprüft, inwieweit Teleclub eine eigene IP-TV Box vertreiben könnte indem sie dann wie heute ihre Box in das Netz des Providers stellt. Auch dieser Ansatz scheint nicht sinnvoll zu sein aus der Sicht des Teleclub."

9.2.4.2.2 Eine ähnliche Situation ist bei der Stafag Communications AG (kurz: Stafag), die ihr TV-Angebot sowohl über Kabel-, als auch über Glasfasernetze vertreibt (vgl. act. 39, Antworten auf Fragen 2 und 5), festzustellen. Sie konnte ihren Kunden das digitale Teleclub-Programm mittels eines alternativen Zugangs - vorliegend via HF Overlay - anbieten (vgl. act. 227, Antwort auf Frage 3), indessen trotz Nachfragen nicht über ihre eigene TV-Plattform (act. 39, Antwort auf Frage 10):

> "Telefongespräch mit Hr. [...], CEO Teleclub, das letzte Gespräch fand Ende 2011 statt. Erneute Absage für die Einspeisung in die eigene TV-Plattform."

Teleclub habe die Absage wie folgt begründet (vgl. act. 227, Antwort auf Frage 1):

> "Es gäbe einen Firmenbeschluss, keinen weiteren Netzen die Verbreitung über die eigene Plattform zu bewilligen. Deutliches und unabrückbares NoGo seitens Teleclub. Es wurde in Aussicht gestellt, dass allenfalls wieder CI-Module zugelassen würden."

Des Weiteren erklärte Stafag am 10. Juli 2013, ohne indessen ihre Aussage mit einem Vertragsentwurf oder einer Bestätigung durch Teleclub dokumentieren zu können (vgl. act. 227, Antwort auf Frage 2; act. 317):

> "Es liegt ein Angebot der Teleclub vor, bei welchem wir die ganze Sportpalette (nicht nur 3 Sender) übertragen könnten. Das Angebot beinhaltet jedoch kein Einzelabruf sowie keine Uebertragung für die IP-TV-Netze.
>
> Die Stafag hat das Teilangebot abgelehnt, da wir die Programme auf unserer IP-TV-Plattform nicht übertragen dürfen (können)."

9.2.4.2.3 Wie die vorgenannten YplaY und Stafag hatten auch die KNU nur die Möglichkeit, ihren Kunden mittels eines alternativen Zugangs (in casu mittels Signalanlieferung) Zugang zu den Teleclub-Sportkanälen 1-3 zu gewähren (vgl. Verfügung, Rz. 623 und 647). Diesbezüglich wird den Beschwerdeführerinnen keine (vollständige) Geschäftsverweigerung zu Lasten der KNU vorgeworfen (vgl. Verfügung, Rz. 620). Fakt ist, dass Teleclub Geschäftsbeziehungen mit diesen Unternehmen unterhielt, wenn auch nicht im gewünschten Umfang und in der von diesen Unternehmen favorisierten Form. Insofern handelt es sich bei dieser Sachverhaltsvariante weder um die Nichtaufnahme potentieller Geschäftsbeziehungen noch um die Einschränkung oder den Abbruch bestehender Geschäftsbeziehungen (vgl. vorne, E. 9.2.1.2), sondern um eine bloss teilweise Geschäftsverweigerung. Diese ist angesichts der Tatsache, dass in casu eine Geschäftsbeziehung vorhanden ist, nachstehend unter dem Tatbestand der Diskriminierung von Handelspartnern zu prüfen (vgl. hinten, E. 9.3).

Abgesehen davon kann es genügen, ein Verhalten auf Verletzung eines einzigen Tatbestands von Art. 7 Abs. 2 KG zu prüfen (vgl. Urteil des BGer 2C_113/2017 E. 6.3, "Ticketvertrieb Hallenstadion Zürich"). Entsprechend des vorliegenden Beweisergebnisses werden auch die Fälle YplaY, Stafag und Sunrise (bezüglich des deutschsprachigen Angebots) unter diesem Aspekt zu beurteilen sein (vgl. hinten, E. 9.3).

9.2.4.3 Vollständige Verweigerung des Teleclub-Sportangebots

9.2.4.3.1 Die Möglichkeit, das Teleclub-Programm mittels Signalanlieferung zugänglich zu machen, fehlt aus technischen Gründen Betreibern einer IPTV-Plattform, die ein regionales Glasfasernetz oder das Kupferanschlussnetz der Swisscom nutzen. Sie sind darauf angewiesen, das Teleclub-Programmangebot als Vorleistung beziehen und in die eigene TV-Plattform integrieren zu können (vgl. Verfügung, Rz. 648). Diesen TV-Plattformbetreibern ist nach den Ermittlungen der Vorinstanz das Teleclub-Sportangebot vollständig verweigert worden; davon ausgenommen sei Sunrise TV und seit Februar 2013 die Partner der DCG (vgl. Verfügung, Rz. 622).

Die Beschwerdeführerinnen sind der Ansicht, Teleclub habe gegenüber Unternehmen wie Quickline, Netstream, Deep, TV Factory oder Netplus keine Geschäfte verweigert, denn diese Unternehmen stellten Netzbetreibern wie Sunrise eine TV-Plattform im Wholesale bereit. Da Teleclub weder über ein Wholesale-Angebot noch über die erforderlichen Lizenzen dazu verfüge, sei eine Verweigerung ausgeschlossen (vgl. Beschwerde, Rz. 743 f.). Im Übrigen bestreiten die Beschwerdeführerinnen nicht, dass Teleclub kleineren IPTV-Plattformen das Teleclub-Angebot nicht zur Verfügung gestellt hat (vgl. Replik, Rz. 203 a.E.); sondern sie berufen sich dafür auf Rechtfertigungsgründe (vgl. Beschwerde, Rz. 852 ff.).

9.2.4.3.2 Teilt sich bei der Weitergabe von TV-Signalen von der Content- bis zur Konsumentenebene (vgl. vorne, E. 6.1) die Distributionsebene in eine Wholesale- und eine Retailstufe, verlängert dies zwar die Weitergabekette, nicht aber die Leistungen der inhalteproduzierenden Content- und Programmebenen, die sich dafür ausschliesslich an der Nachfrage der Zuschauer orientieren und ihr Signal gegen Entgelt in die Kette einspeisen. Die Ausführungen der Beschwerdeführerinnen über fehlende Wholesale-Angebote und Lizenzrechte ändern darum nichts an der Tatbestandsmässigkeit ihrer Verweigerung, die ihr fehlendes Wholesale-Angebot gerade manifestiert (vgl. auch Vernehmlassung, Rz. 73). Indessen sind allfällige Rechtfertigungsgründe zu prüfen (vgl. E. 9.2.8).

9.2.4.3.3 Bei der GGA Maur, welche zu den Partnern der Digital Cable Group (DCG) gehört, betrifft die vorgeworfene Geschäftsverweigerung nicht die Bereitstellung für das Kabelnetz (vgl. Verfügung, Rz. 623; Beschwerde, Rz. 740), sondern für verschiedene Glasfasernetze (vgl. Verfügung, Rz. 622 und 191 ff.). Am 15. Oktober 2010 wandte sich die GGA Maur mit folgender E-Mail an Teleclub (vgl. act. 106, Beilage):

> "Die GGA Maur verbreitet seit 2006 das Angebot des Teleclub in ihrem Versorgungsgebiet. Seit 2009 bietet die GGA Maur auch in den so genannten Openaccess Glasfasernetzen der EW's in Zürich, Winterthur und Meilen ihre Dienstleistungen. Selbstverständlich würden wir in diesem Zusammenhang auch das Angebot des Teleclub in diesen Gebieten unseren Kunden anbieten. Ich möchte Sie deshalb anfragen, ob dies möglich ist und wir uns über einen Vertrag zur Gebietserweiterung unterhalten können."

Nachdem ein Gespräch zwischen der GGA Maur und Teleclub stattgefunden hatte, antwortete Teleclub der GGA Maur mit E-Mail vom 4. April 2011 (vgl. act. 106, Beilage):

> "Nach entsprechenden Abklärungen technischer und lizenzrechtlicher Fragen sowie einer Diskussion innerhalb der Geschäftsleitung muss ich Ihnen mitteilen, dass eine Gebietserweiterung im gewünschten Sinne gegenwärtig nicht möglich ist. Wie ich Ihnen

bereits anlässlich unseres Gespräches mitgeteilt habe, stehen dem Vorhaben insbesondere lizenzrechtliche Gründe entgegen. Der Aufwand, diese Hindernisse aus dem Weg zu räumen (sofern dies überhaupt möglich wäre), stünde in keinem Verhältnis zum Ertrag, selbst bei einer erfolgreichen Vermarktung auf der neuen Plattform."

Im Februar 2013 schloss Teleclub mit einer Teilgruppe der DCG (GGA Maur, Sasag Kabelkommunikation AG, Stadtantennen AG Baar, WWZ Telekom AG) einen Vertrag, der die Verbreitung von Teleclub, darunter Teleclub Sport 1-3, auch auf dem FTTH-Netz ermöglichte (vgl. act. 223, Beilage "Vereinbarung betreffend Teleclub Digital", Ziff. 1.1 und 2.1).

9.2.4.3.4 Bereits die Mygate AG, deren Kunden YplaY am 1. März 2012 übernommen hat, hatte versucht, Teleclub für die Verbreitung auf ihren FTTH-Netzen zu gewinnen (vgl. Schreiben vom 9. November 2009 [act. 27, Beilage]):

"(...) Verschiedene Kunden fragen uns an, ob es möglich wäre, Teleclub anzubieten. Technisch wäre es bei uns gut möglich und einer Zusammenarbeit mit Ihnen steht aus unserer Sicht nichts im Wege. Ich bitte Sie, mir mitzuteilen, ob und allenfalls unter welchen Bedingungen Teleclub unseren Schweizer Kunden angeboten werden kann."

Von Teleclub erhielt sie mit E-Mail vom 18. Dezember 2009 folgenden Bescheid (vgl. act. 27, Beilage):

"Aufgrund der mir damals nicht vorliegenden kurzen Dokumentation gehe ich davon aus, dass eine Zusammenarbeit aufgrund des verfolgten Geschäftsmodells eher nicht in Frage kommt, wir müssten allerdings, vielleicht doch im Rahmen eines Gespräches oder zumindest Telefonates die Einzelheiten klären."

Die Beschwerdeführerinnen bestreiten nicht, dass Mygate bis zur Übernahme durch YplaY keine Möglichkeit erhielt, Teleclub auf ihren Netzen zu übertragen (vgl. Verfügung, Rz. 219). Der Hinweis der Beschwerdeführerinnen, dass die Verhandlungen abgebrochen worden seien (vgl. Replik, Rz. 203), bezieht sich auf YplaY (vgl. Verfügung, Rz. 220, mit Verweis auf act. 252, Antwort auf Frage 1).

9.2.4.3.5 Die Finecom Telecommunications AG, eine 100 %-ige Tochtergesellschaft der Besonet AG, betreibt für die Partner im sog. "Quickline-Verbund" zwei verschiedene TV-Plattformen. Einerseits die digitale TV-Plattform "QL-DTV", die über verschiedene Kabelnetze betrieben wird, andererseits die interaktive TV-Plattform "QL Verte!", welche mittels Glasfasernetzen verfügbar gemacht wird (vgl. act. 58, Antworten auf Fragen 2b und 4). Über keine dieser Plattformen kann Teleclub bezogen werden. Der Empfang von Teleclub-Programmen ist für die Kunden lediglich mittels separater Set-Top Box von Teleclub möglich; in diesem Fall übertragen die Quickline-Partner lediglich das Teleclub-Signal (vgl. act. 58, Antwort auf Frage 9, und Beilage "Signalanlieferungsvertrag für das Abonnementsfernsehprogramm Teleclub Digital" vom 15. Dezember 2009/25. Februar 2010 zwischen Teleclub und Finecom Telecommunications AG).

In Bezug auf die angestrebte Integration von Teleclub auf ihrer TV-Plattform erklärte Finecom gegenüber Teleclub mit E-Mail vom 28. Januar 2011 (vgl. act. 58, Beilage):

"Unter anderem habe ich Ihnen erläutert, dass unser Partner allenfalls die Integration von Teleclub auf unserer interaktiven Verte-STB anstreben. Ich habe ihnen versprochen, dass ich mich bei Ihnen melden werde, sobald diesbezüglich im Quickline-Verbund eine klare Haltung besteht. Nachdem wir nun das Thema im Dezember ausführlich besprochen haben, freut es mich Ihnen mitzuteilen, dass wir gern Teleclub integrieren möchten (gleiches Modell wie bei den DCG-Partnern)."

Am 31. Januar 2011 antwortete Teleclub zunächst folgendermassen (vgl. act. 58, Beilage):

"Vielen Dank für ihre tolle Nachricht. Wir sind überzeugt, mit der Integration der Teleclubkanäle auf ihrer Settopbox ein für ihre Kabelnetzkunden absolut spannendes und attraktives Angebot zu bieten und freuen uns schon jetzt auf eine erfolgreiche Zusammenarbeit."

Am 4. April 2011 liess Teleclub indessen verlauten (vgl. act. 58, Beilage):

"Nach wie vor sind wir sehr zurückhaltend, was die Erweiterung der Gebiete mit einer parallelen Vermarktung des Teleclub-Angebotes anbelangt. (...) Wir sind deshalb zum Schluss gekommen, dass wir Erweiterungen solcher parallelen Vermarktungsstrukturen nur dort eingehen möchten, wo die für uns resultierenden Nachteile durch steigende Abonnentenzahlen wettgemacht werden und diese steigenden Abonnentenzahlen durch entsprechende Minimumgarantien abgesichert sind. Sofern Sie Ihr Projekt auf dieser Basis weiterführen möchten, bitte ich um Angabe der nach Ihren Prognosen zu erwartenden Steigerung der Abonnentenzahlen im von Finecom versorgten Gebiet in den nächsten fünf Jahren -basierend auf dem bestehenden Teleclub Angebot, so dass wir die Eckpunkte einer solchen Kooperation prüfen könnten."

Mit E-Mail vom 15. April 2011 bekräftigte Finecom ihr Interesse, das Projekt umzusetzen und die Bereitschaft, gewisse Formen von Minimumgarantien abzugeben (vgl. act. 58, Beilage). Dass Teleclub darauf nicht mehr geantwortet hat, wie Finecom in ihrer Antwort auf den Fragebogen vom 12. Juni 2013 erklärt (vgl. act. 238, Antwort auf Frage 1), bestreiten die Beschwerdeführerinnen nicht.

9.2.4.3.6 Die netplus.ch SA (nachfolgend: netplus) mit Sitz in Sierre bietet mittels verschiedener Partner Telekommunikationsdienstleistungen über Kabel- und Glasfasernetze an (vgl. Verfügung, Rz. 206; act. 242, Beilage 1). Einer dieser Partner, Sierre-Energie SA (kurz: Siesa), beabsichtigte, der deutschsprachigen Kundschaft auf ihrem neu entwickelten Glasfasernetz Teleclub-Programme anbieten zu können und teilte Teleclub mit Schreiben vom 10. November 2006 Folgendes mit (vgl. act. 48, Beilage):

> "(...) Nous serions intéressés à savoir si votre société pourrait envisager un partenariat commercial avec notre entité et à quelles conditions il serait possible de le mettre sur pied."

Im selben Schreiben erklärte Sierre-Energie, dass sie auch ein VOD-System anbieten werde, welche mit einer Verschlüsselung versehen sei und sich deshalb für Pay-TV wie Teleclub eignen würde (vgl. act. 48. Beilage):

> "Parallèlement, nous allons également mettre en ligne une offre de vidéo à la demande. Pour ce faire, nous avons dû mettre en place une DRM que nous allons utiliser pour crypter certains programmes TV qui seront offerts sous forme de bouquets payants. Ce système a été validé par notre fournisseur de contenus. En cas d'accord avec votre société, ce même système servirait aussi à protéger vos programmes."

Auf dieses Schreiben hat Sierre-Energie SA nach eigener Aussage eine negative Antwort erhalten (vgl. act. 48, Antwort auf Frage 19).

Die Anfrage seitens Swisscom, einen Layer 1-Zugang zum Glasfasernetz von Sierre-Energie SA zu erhalten (vgl. Schreiben vom 26. August 2010, Beilage zu act. 48), nutzte Sierre-Energie SA, um im Gegenzug nach einer Teleclub-Offerte zu fragen (act. 48, Beilage):

> "Après réflexion, nous sommes ouverts à discuter d'un accès sur nos fibres nues au niveau 'Layer 1' à la condition que de votre côté, vous nous donniez l'accès à l'offre Teleclub Sport live ainsi qu'aux chaînes en option Teleclub basic, Teleclub movie, Teleclub Sport et Teleclub Family."

Mit Schreiben vom 22. Dezember 2011 an Swisscom stellte Sierre-Energie SA fest, dass sie auf ihre Teleclub-Offertanfrage keine Antwort bekommen habe (vgl. act. 48, Beilage):

> "Or, à ce jour, nous n'avons jamais reçu de réponse sur la possibilité pour nous de commercialiser l'offre Teleclub."

In der Tat hatte Swisscom weder im Schreiben vom 18. November 2011 noch vom 12. Dezember 2011 auf die Teleclub-Offertanfrage Bezug genommen (vgl. act. 48, Beilage). Wie einem Schreiben von Sierre-Energie SA vom 5. März 2012 zu entnehmen ist, habe Swisscom schliesslich anlässlich eines Treffens vom 10. Februar 2012 erklärt, dass eine Zusammenarbeit in Bezug auf Teleclub nicht vorgesehen sei (vgl. act. 48, Beilage).

9.2.4.3.7 Auch der Internet Service Provider Ticinocom SA, der Internetdienstleistungen, Telefon und TV über DSL in der ganzen Schweiz anbietet, war an einer Zusammenarbeit mit Teleclub interessiert und gelangte am 5. Oktober 2010 mit folgender E-Mail an Teleclub (vgl. act. 1):

> "Wir sind daran interessiert, einen Teil oder das gesamte Teleclub Paket in unser IPTV-Angebot aufzunehmen bzw. zu wiederverkaufen. Ist das möglich, und wenn ja, unter welchen Bedingungen?"

Darauf erhielt Ticinocom am 5. Dezember 2010 folgende abschlägige Antwort von Teleclub (vgl. act. 1):

> "Teleclub wird nicht für den Wiederverkauf auf anderen IPTV-Plattformen angeboten."

Am 5. Juli 2012 bekundete Ticinocom ein weiteres Mal Interesse an Teleclub (vgl. act. 117, Beilage):

> "Wir sind sehr daran interessiert, einen Teil oder besser das gesamte Teleclub Paket in unser IPTV Angebot aufzunehmen."

Eine Antwort von Teleclub ist nicht dokumentiert (vgl. Verfügung, Rz. 230); es wird indessen auch keine Antwort geltend gemacht. Im Laufe des Verfahrens teilte Ticinocom der Vorinstanz mit E-Mail vom 19. Februar 2014 mit, dass "in einigen Monaten" Teleclub für ihre Kunden mittels eigener Set-Top Box und separatem Teleclub-Vertrag zugänglich gemacht würde (vgl. act. 334).

9.2.4.4 Verweigerung des französischsprachigen Teleclub-Sportangebots

9.2.4.4.1 Sunrise erhielt nach den Feststellungen der Vorinstanz das französischsprachige Teleclub-Angebot während des Untersuchungszeitraums trotz entsprechender Anfragen nicht (vgl. Verfügung, Rz. 120 und 624). Die Beschwerdeführerinnen erklären, Sunrise habe von sich aus auf das französischsprachige Teleclub-Sportangebot verzichtet (vgl. Stellungnahme vom 31. März 2021, Rz. 109). In den Akten befindet sich, nebst undokumentierten Antworten von Sunrise (act. 262, Antworten auf Fragen 1, 6 und 12) namentlich eine Offertanfrage von Sunrise vom 8. Juli 2013 (vgl. act. 262, Beilage 1):

> "Konkret interessieren wir uns für das lineare Angebot Sportsender 4-29 und das Angebot Teleclub Live Sport (Pay per View) sowie für das Paket Sports des französischsprachigen Teleclubangebots. Wir bitten Sie, uns bis zum 18. Juli 2013 ein entsprechendes schriftliches Angebot zu unterbreiten bzw. eine abschlägige Antwort entsprechend schriftlich zu begründen."

Mit Schreiben vom 16. Juli 2013 erklärte Teleclub Sunrise, dass sie kein entsprechendes Angebot unterbreiten könne (vgl. act. 262, Beilage 2):

> "(...) haben wir Ihnen bereits zu Beginn unserer Gespräche und Zusammenarbeit mitgeteilt, dass das Sunrise zur Verfügung gestellte Teleclub-Angebot, insbesondere was den Bereich Sport anbelangt, demjenigen Programmangebot entsprechen würde, welches wir auf der CATV-Plattform verbreiten und eine Ausdehnung nicht möglich sei. (...) Aus diesem Grund steht das gegenüber dem Kabelangebot erweiterte Sportangebot auf der Swisscom TV-Plattform nicht zur Disposition, wofür wir um Verständnis bitten."

Zwar haben die Beschwerdeführerinnen auf Ziff. 1 Abs. 3 der Eckpunkte-Ergänzungsvereinbarung vom 22. Mai 2017 verwiesen und erklärt, dass Sunrise auf das französischsprachige Teleclub-Angebot verzichtet habe (vgl. Stellungnahme vom 31. März 2021, Rz. 109, mit Verweis auf Duplik der Beschwerdegegnerin, Rz. 37). Nach der Vereinbarung sind die Parteien "auf Wunsch" der Beschwerdegegnerin übereingekommen, dass die Verbreitung und Vermarktung durch die Be-

schwerdegegnerin auf das deutschsprachige Teleclub-Angebot beschränkt sein solle (vgl. Beilage 9 zur Beschwerdeantwort). Aus dieser Vertragsklausel aus dem Jahr 2017 lässt sich jedoch nicht schliessen, Sunrise habe im Jahr 2013 aus freien Stücken auf das französischsprachige Teleclub-Angebot verzichtet, zumal sie aus dem vorzitierten Schreiben vom 16. Juli 2013 schliessen musste, dass sie kein solches Angebot erhalten werde.

9.2.4.4.2 Auch die netplus.ch SA, welche die über FTTH, Kabel und DSL verfügbare TV-Plattform "netBox" betreibt (vgl. act. 242, Antwort auf Frage 2), ersuchte Teleclub um eine Zusammenarbeit betreffend das französischsprachige Angebot von Teleclub (vgl. act. 242, Antwort auf Frage 7; Verfügung, Rz. 210). Mit Schreiben vom 19. November 2012 wandte sich netplus.ch mit folgender Erklärung an Teleclub (vgl. act. 242, Beilage 4):

> "Pour accompagner une belle croissance, nous cherchons sans cesse à enrichir notre offre TV. Teleclub étant incontestablement un leader de la diffusion de contenu notamment sportif en Suisse, nous serions très intéressés à discuter d'une éventuelle collaboration."

Am 1. März 2013 erteilte Teleclub gegenüber netplus.ch eine Absage (vgl. act. 242, Beilage 6):

> "(...) Aus oben genannten Gründen sehen wir leider keine Möglichkeit, dass Sie Ihren Kunden auf Ihrer Plattform netBox das Teleclub Programmangebot, oder Teile davon, anbieten können. Sollte sich die Ausgangslage in Zukunft ändern, so nehmen wir gerne wieder mit Ihnen Kontakt auf."

Am 9. Juli 2013 fand ein von Teleclub angeregtes Treffen zwischen Vertretern von Teleclub und netplus.ch statt, an welchem Teleclub nach Angaben von netplus.ch nochmals auf die Unmöglichkeit, Teleclub-Inhalte an die TV-Plattform von netplus.ch zu liefern, hinwies. Die Verbreitung des linearen Teleclub-Programmangebots sei strategisch nicht vorgesehen. Zudem erlaube die Grösse des Markts in der Romandie und die Höhe der Kosten keine Ausdehnung der Ausbreitung auf weitere Anbieter (vgl. act. 242, Antwort auf Frage 7b und Beilage 8).

9.2.4.5 Fazit

Zusammenfassend kann bezogen auf den massgeblichen Untersuchungszeitraum festgehalten werden, dass zahlreiche Unternehmen einen auf die Sportkanäle 1-3 eingeschränkten Zugang zum Teleclub Sportangebot hatten oder bekamen: Dazu gehören KNU (nur via Signalanlieferung), Sunrise (IPTV), Yplay (nur via RF-TV), sowie Stafag (nur via HF Overlay). Hervorzuheben sind Cablecom und die Partner der DCG, welche als einzige KNU das Teleclub-Programm für ihre Plattform erhielten (vgl. Verfügung, Rz. 623).

Folgende Unternehmen hatten vergeblich versucht, Zugang zu Teleclub zu erhalten: Mygate AG und Sierre-Energie SA (Verbreitung über FTTH), Ticinocom SA (IPTV), Sunrise und netplus.ch (bezüglich Teleclub en français). Diese Unternehmen hatten gar keinen Zugang zu Sportkanälen von Teleclub, d.h. auch nicht einen auf die Sportkanäle 1-3 eingeschränkten Zugang. Bei Ticinocom SA dauerte die Verweigerung ab Dezember 2010.

9.2.5 Unerlässlichkeit / Objektive Notwendigkeit des Inputs

9.2.5.1 Argumente der Parteien

Nach Ansicht der Vorinstanz sind Schweizer Fussballübertragungen und Eishockeyübertragungen im Pay-TV objektiv notwendig als Inputs für TV-Plattformanbieter, welche Angebote auf der Basis der IPTV-Technologie unterbreiten wollten (vgl. Verfügung, Rz. 651). In ihrer Duplik stellt die Vor-instanz klar, dass von der hier noch zu prüfenden Geschäftsverweigerung nicht nur das erweiterte Teleclub Sport-Programm, sondern das vollständige Teleclub Sport-Programm (Teleclub Sportkanäle 1-29) betroffen ist (vgl. Duplik, Rz. 80).

Die Beschwerdeführerinnen vertreten die Ansicht, selbst wenn Teleclub Geschäftsverweigerungen vorzuwerfen wären, wäre kein objektiv notwendiger Input betroffen. Jede Plattform habe ihr eigenes Sportangebot produzieren können. Zudem habe sich nur ein ganz kleiner Teil der Zuschauer überhaupt für das (erweiterte) Teleclub Sport-Programm interessiert. Ob die wenigen Fans des (erweiterten) Teleclub Sport-Programms deswegen die TV-Plattform gewechselt hätten, sei fraglich; den Kunden seien Umstände wie Service und Qualität der Plattform wichtig (vgl. Beschwerde, Rz. 763 ff.; Replik, Rz. 204 ff.).

9.2.5.2 Relevanz verschiedener Leistungen und Inhalte für TV-Plattformen

9.2.5.2.1 Die Vorinstanz hat keine Marktbefragung unter TV-Zuschauern durchgeführt, wie die Beschwerdeführerinnen zutreffend festhalten (vgl. Beschwerde, Rz. 707 ff.; Replik, Rz. 54). Bei der Befragung der TV-Plattformanbieter wurden ihr indessen Marktforschungsstudien und Kundenbefragungen zugänglich gemacht, worauf sie sich in der Folge abgestützt hat (vgl. Verfügung, Rz. 629 ff.).

9.2.5.2.2 Im Rahmen der ersten Marktbefragung vom 30. Mai 2012 hat die Vorinstanz folgende Frage gestellt (vgl. act. 3, Frage 14):

> "Nennen Sie bitte die für die Kundengewinnung bzw. Kundenbindung wichtigsten Leistungen und Inhalte, die ein Angebot im Bereich Digital TV enthalten muss."

Weiter wurden die TV-Plattformanbieter gefragt (vgl. act. 3, Frage 15):

> "Beschreiben Sie bitte, welche Bedeutung der Live-Ausstrahlung exklusiver Sportereignisse für Kundengewinnung bzw. Kundenbindung auf Ihrer TV-Plattform zukommt."

Entgegen der Behauptung der Beschwerdeführerinnen (vgl. Beschwerde, Rz. 598 ff.) ist die erstgenannte Frage 14 nicht ungeeignet formuliert; sie lässt mit den verwendeten Begriffen "Kundengewinnung", "Kundenbindung", "Leistungen und Inhalte" und "im Bereich Digital TV" viele Antworten zu, nicht nur die von den Beschwerdeführerinnen behaupteten Aussagen betreffend die Bedeutung für die Vermarktung des eigenen TV-

Programmangebotes (vgl. Beschwerde, Rz. 600). Dies belegt Swisscom selbst mit ihrer Auskunft zu Frage 14 ("Preis/Leistung, Servicequalität, Alles aus einer Hand = Bundle mit Internet, Sprachtelefonie und Mobilfunk, Aufnahmefunktion, einfache Bedienung, Inhalte: Sportinhalte [z.B. Live-Ausstrahlungen] etc., [lineares] Pay TV, Video on Demand, Pay-per-View, Übertragungsqualität", vgl. act. 101). Zudem weisen die Beschwerdeführerinnen auf zahlreiche weitere TV-Plattformbetreiber hin, die ebenso mehrere für die Kundengewinnung und -bindung wichtige Leistungen und Inhalte aufzählten (vgl. Beschwerde, Rz. 604). Da die TV-Plattformen ihr Angebot auf die Kundenpräferenzen ausrichten, ist es letztlich kaum von Relevanz, auf welche Weise die Frage 14 tatsächlich verstanden wurde. Davon scheinen auch die Beschwerdeführerinnen auszugehen, indem sie Antworten auf Frage 14 zitieren, ohne zu differenzieren, in welchem Sinn das befragte Unternehmen die Frage verstanden haben könnte (vgl. Beschwerde, Rz. 639).

Die Beschwerdeführerinnen kritisieren jedoch in Bezug auf die Frage 14 des Auskunftsbegehrens zu Recht, dass weder eine Gewichtung verlangt, noch gefragt worden sei, ob einzelne Leistungen und Inhalte im Falle ihres Fehlens kompensiert werden könnten (vgl. Beschwerde, Rz. 607). Indessen war es der Vorinstanz zumindest möglich, aufgrund der konkreten Auskünfte oder der Häufigkeit einer Antwort die Bedeutung einer Leistung oder eines Inhalts zu eruieren. Zudem ergibt sich aufgrund von Formulierungen wie "müssen Bestandteil eines Angebots sein" (vgl. act. 94; vgl. auch act. 47 und 68) die Antwort auf die Frage, welche Leistungen oder Inhalte nicht kompensiert werden können. In diesem Sinne erklären einige TV-Plattformanbieter ausdrücklich, dass das TV-Geschäft ihr Kerngeschäft sei (vgl. act. 36, 38, 39, 44, 45, 47, 51, 60, 63, 68, 70, 89, 90, 95, 106).

Des Weiteren fehlt in den Fragebögen in der Tat eine Definition, was unter "TV-Plattformanbieter" zu verstehen ist (vgl. Beschwerde, Rz. 606). Da die angefragten Unternehmen indessen darauf hingewiesen wurden, dass für Rückfragen zwei namentlich genannte Mitarbeitende der Vorinstanz zur Verfügung stünden, hätte bei einem Zweifel über die Erfüllung der TV-Plattformanbieter-Eigenschaft eine entsprechende Nachfrage getätigt werden dürfen. Dass trotzdem einige Fragebögen nicht ausgefüllt wurden, ist zu bedauern, lässt aber noch nicht den Schluss zu, dass die Marktbefragung unvollständig war.

Als wichtige Leistungen/Inhalte wurden von den TV-Plattformanbietern 30 Mal "Sport" oder bestimmte Sportübertragungen genannt (vgl. act. 15, 21, 22, 24, 30, 35, 36, 38, 39, 40, 44, 47, 48, 51, 55, 58, 60, 63, 67, 68, 70, 84, 90, 93, 94, 95, 97, 104, 106, 108), teilweise sogar als einzige Antwort (vgl. act. 15, 24), nur wenige TV-Plattformanbieter nannten Bündelangebote (vgl. act. 40, 47, 94) und kein einziger Anbieter die Art der Vermarktung. Weiter wurden aufgezählt: 28 Mal das Programmangebot respektive die Programmvielfalt (vgl. act. 13, 22, 26, 27, 36, 38, 39, 42, 44, 45, 47, 48, 55, 58, 60, 61, 63, 68, 70, 90, 93, 94, 95, 97, 101, 104, 105, 106), je 16 Mal die Bild- und Tonqualität/Übertragungsstabilität (vgl. act. 13, 27, 39, 44, 47, 51, 55, 60, 66, 67, 70, 84, 90, 93, 101, 106) und Video on Demand (vgl. act. 21, 22, 30, 35, 36, 40, 47, 51, 55, 59, 61, 63, 94, 95, 97, 101), 12 Mal zeitversetztes Fernsehen wie Catch-up TV und Live-Pause (vgl. act. 21, 35, 36, 38, 40, 47, 48, 55, 61, 63, 93, 95), 10 Mal Pay-TV-Angebote (vgl. act. 24, 27, 35, 39, 55, 59, 68, 94, 101, 105), 9 Mal der (Endkunden-)Preis respektive das Preis-/Leistungsverhältnis (vgl. act. 13, 27, 47, 55, 60, 66, 68, 93, 101), 7 Mal Plattformfunktionen wie Multiscreen, Sprachauswahl, einfache Bedienbarkeit und Registrierung (vgl. act. 21, 48, 51, 59, 61, 93, 101), je 5 Mal Aufnahmefunktionen/Personal Video Recorder (vgl. act. 38, 55, 93, 97, 101) und Servicequalität (vgl. act. 26, 47, 60, 101, 106), 3 Mal EPG (vgl. act. 47, 59, 61), je 2 Mal "keine Grundverschlüsselung" (vgl. act. 14, 66) und "alle Inhalte aus einer Hand" (vgl. act. 67, 101) sowie je 1 Mal Hybrid Broadcasting Broadband TV (vgl. act. 55) und Vertragslaufzeit (vgl. act. 13).

9.2.5.2.3 Nach Ansicht von Swisscable kann eine digitale Pay-TV-Plattform nur mit einem breiten (live) Sportprogramm langfristig wirtschaftlich rentabel betrieben werden (vgl. act. 108, Antwort auf Frage 6). Aus von Swisscable in Auftrag gegebenen und der Vorinstanz eingereichten Marktforschungsstudien aus den Jahren 2010 bis 2013 ergibt sich, dass im Jahr 2010 [...] % (2011: [...] %; 2012: [...] %) der Nicht-Nutzer von Swisscom TV als Grund, zu Swisscom TV wechseln zu wollen, das grössere Live-Sportangebot bei Swisscom TV angeben; [...] % (2011: [...] %; 2012: [...] %; 2013: [...] %) der Swisscom-TV-Nutzer begründen ihren Wechsel mit dem Live-Fussball-Angebot und [...] % (2011: [...] %; 2012: [...] %; 2013: [...] %) mit dem Live-Eishockey-Angebot; für [...] % (2011: [...] %; 2012: [...] %) der Swisscom-TV-Nutzer war das Live-Fussball-Angebot der wichtigste Wechselgrund (vgl. act. 108, Beilage 31, S. 54 ff.; Beilage 32, S. 52 ff.; Beilage 33, S. 34 ff.; act. 223, Auszug aus "Digital-TV Penetration 2013 - Ergebnisse Basisstudie"). Auf diese Studien berief sich auch die Digital Cable Group zur Untermauerung ihrer Aussage, wonach Liveübertragungen von Fussball- und Eishockeyspielen (entweder als Pay-per-Channel oder im Einzelabruf als Pay-per-View) eine grosse Bedeutung hätten (vgl. act. 223, Antwort auf Frage 17).

Auch Swisscom hat ihre neuen Kunden nach den Gründen gefragt, weshalb sie zu Swisscom-TV gewechselt haben. Aus den vorgelegten Neukundenbefragungen, die im relevanten Untersuchungszeitraum durchgeführt wurden, ergibt sich, dass im Jahr 2012 [...] % (2013: [...] %) der Neukunden "exklusive Sportinhalte" als Grund für den Wechsel genannt haben; für [...] % waren die exklusiven Sportinhalte der Hauptgrund für den Wechsel (vgl. Beschwerdebeilage 27, S. 8 f.).

Cablecom zitiert eine von ihr im Dezember 2012 in Auftrag gegebene Marktforschungsstudie; danach geben [...] von 1033 Befragten an, dass der Zugang von Sportinhalten bei Swisscom der Grund dafür sei, dass sie sich für ein Swisscom-Fernsehangebot entschieden haben (vgl. act. 260, Antwort auf Frage D.3). Das Sportangebot von Swisscom generiert gemäss der Meinung von Cablecom zudem einen erheblichen wirtschaftlichen Mehrwert, der [...] Mal höher liege als der Mehrwert, den Cablecom mit dem eingeschränkten Sportangebot erzielen könne (vgl. act. 260, Antwort auf Frage D.3).

Sunrise liess im September 2013 eine Marktbefragung durchführen. Die Untersuchungsfrage lautete: "Welche Bedeutung haben Sportprogramme (Pay per view oder Sportpakete) sowie die Verfügbarkeit einzelner Sportereignisse bei der Auswahl eines Digital-TV Providers?". Danach erklärten [...] % aller Befragten und [...] % der befragten Männer zwischen 20 und 39 Jahren, dass Sportpakete eine wichtige oder sehr wichtige Rolle beim Entscheid für einen Digital-TV Provider spielten. Weiter hat sich ergeben, dass bei der Auswahl des TV-Providers die Verfügbarkeit von Hollywood-Spielfilmen, Serien und Dokumentationen für die Kunden wichtiger als Sport ist (vgl. act. 327, S. 61 ff.).

Nach Auskunft der Wasserwerke Zug hat [...] von 100 Kunden, deren Anschluss im Februar 2011 plombiert worden ist, angegeben, wegen des Live-Sports zu Swisscom gewechselt zu haben (vgl. act. 232, Antwort auf Frage 7). Das beigelegte Auswertungsblatt zeigt, dass [...] von 27 Kunden, die ihre Kündigung begründet haben, als Grund den fehlenden Live-Sport angeführt haben (vgl. act. 232, Beilage "Plombierungen Februar 2011, WWZ Rückfragen").

Auch die GGA Maur reichte bei der Vorinstanz eine Statistik zur Entwicklung der Plombierungen ein. Danach sind bei den seit 2008 erfolgten Kündigungen (Plombierungen) [...] % wegen des Sportangebots auf Swisscom TV erfolgt (vgl. act. 258, Beilage 1 zu Frage 3).

Eine ähnliche Zahl nennt die Finecom Communications AG. Sie erklärte, aufgrund von regelmässigen Kundenumfragen zu wissen, dass bei rund [...] % der Kunden, welche sich für Swisscom TV und gegen ihr Angebot entschieden, der "Live Sport" (vor allem Schweizer Eishockey- und Fussballspiele) das entscheidende Kriterium sei (vgl. act. 58, Antwort auf Frage 15). Stafag schätzte den entsprechenden Anteil auf "ca. [...] der Kunden" ein (vgl. act. 39, Antwort auf Frage 15), Swisscom auf "schätzungsweise [...] Prozent", wobei ungefähr [...] % der Swisscom TV-Kunden bereit seien, für Sportinhalte zusätzlich zu bezahlen (vgl. act. 101, Begleitschreiben S. 2 und Antwort auf Frage 15). Auf die Relevanz von Fussball- und Eishockeyübertragungen, insbesondere von Spielen der lokalen Fussball- oder Eishockeymannschaft (z.B. FC Sion), wiesen auch andere Anbieter wie Sinergy Infrastructure SA (vgl. act. 253, Antwort auf Frage 5) und Sierre-Energy (vgl. act. 261, Antwort auf Frage 5) hin, die sich auf Erfahrungen mit Kunden berufen.

Ticinocom reichte zahlreiche Formulare ein, in welchen ehemalige Kunden ihre Kündigung bei Ticinocom begründeten. Daraus ergibt sich, dass die meisten Kunden zu Swisscom gewechselt haben, wobei hauptsächlich deren Bündelangebote Grund für den Wechsel waren. Vereinzelt wurde die Kündigung explizit mit dem fehlenden Live Sport (Hockey und Fussball) begründet (vgl. act. 117).

Nach Aussage von YplaY ist die Live-Ausstrahlung exklusiver Sportereignisse für Kundengewinnung bzw. Kundenbindung "enorm wichtig", daher habe sie beharrlich versucht Teleclub auf das Netz zu bekommen (vgl. act. 27, Antwort auf Frage 15). Die GIB-Solutions erklärte: "Wenn wir Kunden an unseren Hauptkonkurrenten Swisscom verlieren, dann meistens wegen den dort angebotenen Sportprogrammen mit den damit verbundenen exklusiven Ereignissen" (vgl. act. 90, Antwort auf Frage 15).

9.2.5.2.4 Die von der Vorinstanz eingeholten Auskünfte belegen, dass der generelle Vorwurf der Beschwerdeführerinnen, die Vorinstanz habe die für den Plattformmarkt relevanten Wettbewerbsparameter nicht untersucht (vgl. Beschwerde, Rz. 594 ff.; Replik, Rz. 161 ff.; Stellungnahme vom 31. März 2021, Rz. 37 ff.), nicht zutrifft. Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerinnen verkennt die Vorinstanz auch nicht, dass TV-Plattformen "nur eine Anwendungsform eines Kommunikationsnetzes darstellen, neben welcher gleichzeitig auch Internet und Telefon als weitere Anwendungen nachgefragt werden" (vgl. Beschwerde, Rz. 617). So hält die Vor-instanz in der angefochtenen Verfügung etwa fest, dass für den Entscheid der Endkunden für eine bestimmte TV-Plattform verschiedene Kriterien bestünden, z.B. das Programmangebot, Plattformfunktionen, Servicequalität sowie etwaige Bündelangebote wie Triple-Play (vgl. Verfügung, Rz. 286, 643).

9.2.5.2.5 Aus der Marktbefragung vom 30. Mai 2012 ergibt sich, dass "Sport" sowie ein breites respektive vielfältiges Programmangebot" die mit Abstand am meisten genannten Wettbewerbsparameter sind. Dieses Ergebnis deckt sich mit den zitierten Kundenbefragungen und Marktforschungen sowie Äusserungen aus der Literatur, wonach Inhalte als sehr wichtig ("content is king") angesehen werden, was selbst Swisscom in einer Medienmitteilung vom 31. Oktober 2006 bei der Lancierung von Bluewin TV betonte (vgl. act. 448, Beilage 4). Nach OSTERWALDER sind massenattraktive Inhalte, namentlich Sportveranstaltungen, Key Ingredient für den wirtschaftlichen Multimedia-Erfolg; sie stellen nicht nur für traditionelle Fernsehveranstalter, sondern auch für die Anbieter von Telekommunikations- und Netzwerkdienstleistungen einen erheblichen Marketing- und Strategiewert dar (vgl. OSTERWALDER, a.a.O., S. 27 f.). Dies gilt namentlich auch für den Pay-TV-Bereich: Neue Programmangebote sind nach HOLTMANN die einzigen Mehrwerte, die eine "echte emotionale Komponente" in die Marketingbotschaften der Pay-TV-Plattformen einbringen könnten, daher sei eine Plattform-Kommunikation, die primär technische Vorteile in den Vordergrund der Kommunikation stelle, weniger erfolgreich als eine "Emotionalisierung durch beliebte, hochwertige Inhalte" (vgl. HOLTMANN, a.a.O., S. 191). Zu diesen Inhalten gehört namentlich der Fussball. Er weckt starke Gefühle wie Leidenschaft, Freude und Wut und ermöglicht quasi ein "Probeschnuppern an der Wechselhaftigkeit des Lebens", um aus der aktuellen Alltagskultur auszubrechen (vgl. MARC SASSERATH, Fussball ist unser Leben und König Fussball regiert die [Marken-]Welt!, in: Kai-Uwe Hellmann/Rüdiger Pichler, Ausweitung der Markenzone, Wiesbaden 2005, S. 133, mit Verweis auf Kooperationsstudie 'Fussball ist unser Leben'; TIM SCHMID/DIRK WENTZEL, Ökonomische Fragen der Talentförderung im Fussball, in: Budzinski/Haucap/Stöhr/Wentzel [Hrsg.], Zur Ökonomik von Sport, Entertainment und Medien, Berlin 2021, S. 47). Auch für die Endkunden wird das TV-Angebot als "massgebliches Entscheidungskriterium" und "Basisprodukt und Kernelement des modernen Triple-Play" beschrieben wird (vgl. PARM SANDHU, Der Weg

zum Triple Play im Breitbandkabel - Erfolgsfaktor für die Zukunft, in: Kaumanns/Siegenheim/Sjurts, Auslaufmodell Fernsehen?, Wiesbaden 2008, S. 322 f.). Es wird daher ein steigendes Engagement der Infrastrukturbetreiber beim Erwerb von Inhalten festgestellt, um den Endkunden einen Kabel- oder DSL-Anschluss schmackhaft zu machen (vgl. FERDINAND KAYSER, Die Rolle des Satelliten im Wettbewerb der Infrastrukturen, in: Kaumanns/Siegenheim/Sjurts, Auslaufmodell Fernsehen?, Wiesbaden 2008, S. 344).

Auch Swisscom, die in ihrer Antwort auf Frage 14 des Auskunftsbegehrens vom 30. Mai 2012 die Live-Ausstrahlung von Sportereignissen als "ein Element unter vielen zur Förderung der Kundengewinnung bzw. -bindung" nannte, räumte ein, dass der Live-Sport in der Werbung für Swisscom TV "im Moment" eine wichtige Rolle spiele (vgl. act. 101, Antwort auf Frage 15) und ein Kundenanteil von [...] % bis [...] % Sportinhalte als wichtig erachte (vgl. Verfügung, Rz. 286; act. 101, Antwort auf Frage 15; Beschwerdebeilage 27, S. 26). Entsprechend waren "Exklusive Sportinhalte" die einzigen TV-Inhalte, die anlässlich von Neukundenbefragungen als Bestellgrund für Swisscom TV angegeben wurden (vgl. Beschwerdebeilage 27, S. 4 ff.).

9.2.5.2.6 Soweit schliesslich die Beschwerdeführerinnen geltend machen, dass gemäss einer Präsentation von Swisscable aus dem Jahr 2010 (vgl. Beschwerde, Abbildung 20 in Rz. 671) exklusive Sportinhalte nicht von zentraler Bedeutung für den Erfolg einer TV-Plattform seien (vgl. Beschwerde, Rz. 804 ff.), übersehen sie, dass sich die entsprechende Aussage von Swisscable auf "Inhalte für Sport und Video on Demand" und nicht generell auf Sportinhalte auf einer TV-Plattform bezog.

9.2.5.2.7 Als Zwischenfazit aus den vorzitierten Marktbefragungen, Kundenbefragungen, Marktforschungen und Literaturmeinungen kann festgehalten werden, dass Sportinhalte nicht alleine entscheidend für die TV-Plattformwahl sind. Wichtig sind aber generell attraktive Programminhalte, wobei exklusive Fussball- und Eishockeyübertragungen eine herausragende Stellung einnehmen.

9.2.5.3 Relevanz von Fussball- und Eishockeyübertragungen für Pay-TV-Plattformen

9.2.5.3.1 Im Rahmen der vorliegend abgegrenzten Märkte ist weiter zu untersuchen, ob konkret Schweizer Fussball- und Eishockeyübertragungen sowie ausländische Fussballübertragungen (Bundesliga, Primera División & Copa del Rey, Serie A) im Rahmen eines Liga-Wettbewerbs wichtige Inputs für Pay-TV-Plattformen darstellen.

9.2.5.3.2 In der zweiten Marktbefragung vom Juni 2013 stellte die Vorinstanz folgende Frage:

> "Wie wichtig ist die Verfügbarkeit der folgenden Sport-Ligen auf Ihrer TV-Plattform für die Kundengewinnung und Kundenbindung?"

21 Unternehmen erachteten die Super League (Fussball Schweiz) und 18 Plattformanbieter die National League A (Eishockey Schweiz) als "sehr wichtig"; unter den als "sehr wichtig" genannten (und hier relevanten) ausländischen Fussballligen war die Bundesliga mit lediglich 6 Nennungen die bedeutendste (vgl. act. 214, 216, 218, 221, 222, 223, 227, 228, 234, 235, 236, 238, 242, 251, 252, 253, 257, 259, 260, 261, 262, 279).

Die Beschwerdeführerinnen halten diese Befragung indessen für mangelhaft, da die befragten Konkurrenten ein strategisches Interesse an der Befragung gehabt hätten, wie sie mehrfach betonen (vgl. Beschwerde, u.a. Rz. 9, 37, 270, 805). Dass einzelne Antworten strategisch motiviert waren, ist nicht ausgeschlossen. Dessen ungeachtet ist jedoch darauf hinzuweisen, dass die Antworten lediglich bestätigen, worauf bereits hingewiesen wurde, nämlich dass Fussball- und Eishockeyübertragungen im Rahmen einer Liga wichtige TV-Inhalte sind (vgl. vorne, E. 9.2.5.2.7).

9.2.5.3.3 Die Beschwerdeführerinnen wenden weiter ein, das Teleclub-Sportabonnement werde insgesamt über alle TV-Plattformen nur von einer sehr geringen Prozentzahl der TV-Kunden, nämlich weniger als [...] % beansprucht. Selbst wenn zu den Teleclub-Sport-Abonnenten die PPV-Kunden hinzugerechnet würden, zeige sich, dass nur ein geringer Teil vom Sportangebot tangiert werde, denn rund [...] % der Kunden von Swisscom TV nutzten das PPV-Angebot überhaupt nicht (vgl. Beschwerde, Rz. 769 ff., 799 ff.). Aus Abbildung 14 der angefochtenen Verfügung ist ersichtlich, dass zwischen Mai 2010 und Mai 2013 der Anteil von Sport-Abonnementen gemessen am Total von Teleclub-Abonnementen zunahm (vgl. Verfügung, Rz. 389). Dieser Umstand spricht wiederum für die Bedeutung des Teleclub-Sportangebots.

9.2.5.3.4 Entgegen den Ausführungen der Beschwerdeführerinnen trifft es somit nicht zu, dass sich nur ein ganz kleiner Teil der Zuschauer überhaupt für das Teleclub Sport-Programm interessiert und nur wenige Sportfans wegen des Teleclub Sport-Programms die TV-Plattform gewechselt haben: Aus den Antworten der TV-Plattformanbieter ergibt sich, dass Schweizer Fussball- und Eishockeyübertragungen im Rahmen eines Liga-Wettbewerbs für Pay-TV-Plattformen wichtig sind und zahlreiche TV-Abonnenten wegen des Sportprogramms zu Swisscom TV gewechselt haben. Ausländische Fussballübertragungen (Bundesliga, Primera División & Copa del Rey, Serie A) dürften dagegen von weniger grosser Wichtigkeit sein.

Angesichts dieses Beweisergebnisses erweist es sich nicht mehr als nötig, auf die von den Beschwerdeführerinnen zitierte Aussage der Beschwerdegegnerin im Verfahren "Eishockey im Pay-TV" einzugehen, wonach das Interesse an Eishockey gering sei (vgl. Eingabe der Beschwerdeführerinnen vom 1. April 2022, mit Verweis auf Eingaben von Sunrise).

9.2.5.3.5 Auch die von den Beschwerdeführerinnen aufgezeigten nachträglichen Marktentwicklungen (vgl. Replik, Rz. 9 ff.; Stellungnahme vom 31. März 2021, Rz. 30 ff.) vermögen an der Relevanz von Fussball- und Eishockeyübertragungen nichts zu ändern. Zwar sind nachträgliche Entwicklungen zu berücksichtigen, jedoch nur, soweit sie zwingende Schlüsse auf die frühere Situation zulassen (vgl. BGE 139 I 72 E. 9.2.2, "Publigroupe"). Die Beschwerdeführerinnen haben aufgezeigt, wie sich konkurrierende TV-Plattformen zwischen 2016 und 2019 entwickelt haben. Namentlich UPC habe trotz Lancie-

rung von "MySports" TV-Abonnenten verloren (Replik, Rz. 19 ff.; Stellungnahme vom 31. März 2021, Rz. 36), und bei Sunrise habe sich das Wachstum verlangsamt, obwohl auf Sunrise TV seit Ende 2017 das erweiterte Teleclub Sportangebot zur Verfügung stehe (Replik, Rz. 38). In einer späteren Stellungnahme wiesen die Beschwerdeführerinnen darauf hin, dass sowohl sie als auch Sunrise trotz gegenteiliger Behauptungen selbst ohne den exklusiven Eishockey-Content von UPC die Zahl ihrer TV-Abonnenten hätten steigern können (vgl. Stellungnahme vom 31. März 2021, Rz. 36, 104). Bereits aufgrund des Umstands, dass zwischen dem relevanten Untersuchungszeitraum (bis 2013) und den von den Beschwerdeführerinnen dargelegten Marktentwicklungen (2016 - 2019) mindestens 3 Jahre liegen, lassen sich keine zwingenden Rückschlüsse auf den relevanten Untersuchungszeitraum ziehen. Hinzu kommt, dass die Marktverhältnisse in den Jahren 2016 - 2019 nicht mit denjenigen aus den Jahren 2006 - 2013 vergleichbar sind, zumal UPC 2016 die TV-Übertragungsrechte für die Schweizer Eishockeyligen NLA und NLB erworben hat (vgl. Replik, Beilagen 2 und 3), Sunrise seit Ende 2017 das vollständige Teleclub Sportangebot übertragen darf (vgl. Replik, Beilage 19) und 2018 mit Salt TV ein neuer Anbieter in den Markt getreten ist (vgl. Replik, Beilage 21). Immerhin belegt die beiden erstgenannten Umstände, dass die Beliebtheit von Sportübertragungen offenbar ungebrochen ist.

9.2.5.4 Umfang des objektiv notwendigen Inhalts

Fraglich ist indessen weiter, ob das vollständige Teleclub-Sportprogramm (Kanäle 1-29) respektive die auf diesen Kanälen ausgestrahlten Schweizer Fussball- und Eishockeyübertragungen im Rahmen eines Liga-Wettbewerbs zum objektiv notwendigen Inhalt gehört oder ob es lediglich objektiv notwendig ist, die Sportkanäle 1-3 mit der entsprechend reduzierten Anzahl Fussball- und Eishockeyübertragungen bereitzustellen, wie es Teleclub gegenüber KNU und Sunrise praktizierte.

Hierzu führt die Vorinstanz aus, das auf die Sportkanäle 1-3 reduzierte Angebot komme zumindest als Alternative zum Vollangebot in Frage; jedenfalls könne nicht gesagt werden, die Kanäle 4-24 (resp. 29) seien für die Ausübung der wirtschaftlichen Tätigkeit unerlässlich (vgl. Verfügung, Rz. 620).

Die Vorinstanz errechnete anhand des Teleclub "Programm Guides", welche Spiele exklusiv auf den Kanälen 4-29 übertragen wurden respektive den Swisscom TV-Abonnenten vorbehalten waren (sog. "Exklusivitätsgrad für verschiedene Programmtypen", vgl. Tabelle 13):

Programmtyp	Saison 2006/07	Saison 2007/08	Saison 2008/09	Saison 2009/10	Saison 2010/11	Saison 2011/12	Saison 2012/13
Bundesliga	71.9 %	77.4 %	80.7 %	49.2 %	45.4 %	43.9 %	53.0 %
Copa del Rey	-	-	-	-	--	-	6.9 %
Primera División (La Liga)	-	-	-	21.2 %	19.3 %	23.7 %	29.9 %
Schweizer Eishockey	31.7 %	25.6 %	27.5 %	47.1 %	45.1 %	47.2 %	49.7 %
Schweizer Fussball	0.0 %	13.2 %	12.7 %	25.3 %	14.6 %	13.7 %	6.0 %
Serie A	-	-	34.1 %	66.0 %	67.3 %	68.1 %	71.5 %

Quelle: angefochtene Verfügung, Tabelle 13 "Exklusivitätsgrad für verschiedene Programmtypen"

Die Beschwerdeführerinnen beschreiben die Sport-Kanäle 4 bis 24 bzw. 29 als "Spill Over Kanäle" (vgl. Beschwerde, Rz. 911), da diese wegen ihrer untergeordneten, oft auch nur regionalen Bedeutung und Zeitüberschneidungen für das Angebot auf den Hauptkanälen 1-3 nicht geeignet seien bzw. nicht ausgestrahlt werden könnten; auf diesen Kanälen werde kein lineares Programm ausgestrahlt, sondern einzelne Spiele (vgl. act. 201, Rz. 26; Replik, Rz. 13). Insofern seien diese Kanäle objektiv für den Betrieb einer TV-Plattform nicht notwendig (vgl. Beschwerde, Rz. 911).

Wie aus der obigen Tabelle erhellt, weisen die ausländischen Fussballligen (abgesehen von der Copa del Rey), der Schweizer Eishockey (Exklusivitätsgrad von 25.6 bis 49.7 %) und der Schweizer Fussball während einer Saison (Exklusivitätsgrad von 25.3 % in der Saison 2009/10) einen sehr hohen Exklusivitätsgrad auf. Da die ausländischen Fussballligen aufgrund des Beweisergebnisses nicht als notwendiger Input zu qualifizieren sind, spielen sie vorliegend keine Rolle mehr.

Die Beschwerdeführerinnen bemängeln, dass Spiele in den Zweitligen, welche auf geringes Publikumsinteresse stiessen und auch nicht zu den abgegrenzten Märkten zählten, in die Exklusivitätsberechnungen (Challenge League und NLB) geflossen seien (vgl. Beschwerde, Rz. 908). Dass die Vorinstanz die Zweitligen einberechnet hat, ist nicht zu beanstanden, da sie entgegen den Ausführungen der Beschwerdeführerinnen zum relevanten Markt gehören. Ohnehin spielen die Challenge League und die NLB für die Berechnungen nur eine untergeordnete Rolle, da Cinetrade die entsprechenden Übertragungsrechte erst für die Saison 2012/13 erwarb.

Aufgrund der vorliegenden Auswertung ist erstellt, dass Eishockeyfans, die lediglich im Free-TV und auf den Teleclub-Sportkanälen 1-3 Schweizer Eishockeyübertragungen konsumieren konnten, von einem Viertel bis zur Hälfte aller Übertragungen ausgeschlossen waren. Die auf diese Kanäle beschränkten Fussballfans verpassten während einer Saison einen Viertel aller Übertragungen, in den übrigen Saisons deutlich weniger. Für eingefleischte Eishockey- und Fussballfans dürfte dies eine hohe Quote sein. Indessen ist zu bedenken, dass ihnen immer noch deutlich mehr Spiele als auf Free-TV zugänglich waren (vgl. E. 8.5.1.2). Die TV-Plattform Yplay, welche nach längeren Verhandlungen mit Teleclub letzt-

lich die Sportkanäle 1-3 übertragen konnte, erklärte in diesem Sinne: "Wir waren schon froh, das Grundangebot zu bekommen" (vgl. act. 27, Antwort auf Frage 11b). Die Spiele im Grund- respektive Kernangebot wurden den Zuschauern zudem im Rahmen von linearen Programmen (im Free-TV und auf den Teleclub Sportkanälen 1-3) zugänglich gemacht. Die verpassten Spiele wurden auf den weniger attraktiven, weil nur einzelne Spiele ausstrahlenden Teleclub Sportkanälen 4-29 gesendet.

9.2.5.5 Möglichkeit der Eigenproduktion

Entgegen der Behauptung der Beschwerdeführerinnen (vgl. Beschwerde, Rz. 764 ff.) war es den TV-Plattformen aufgrund der Cinetrade zustehenden Exklusivitäten und erheblichen finanziellen und unternehmerischen Risiken, die mit der Herstellung eines eigenen Pay-TV-Angebots verbunden sind, auch nicht oder nur erschwert möglich, ein eigenes Sportangebot zu produzieren. Auf diese Umstände wurde bereits im Rahmen der Marktabgrenzung hingewiesen (vgl. E. 7.2.6). Insofern hat die Vorinstanz zu Recht die Möglichkeit für die konkurrierenden TV-Plattformen, das fragliche Sportangebot selbst zu produzieren, verneint (vgl. Verfügung, Rz. 649).

9.2.5.6 Fazit zur Unerlässlichkeit des Inputs

Insgesamt ist mit der Vorinstanz und den Beschwerdeführerinnen dafür zu halten, dass die auf den Teleclub-Sportkanälen 4-24 (resp. 29) ausgestrahlten Schweizer Fussball- und Eishockeyübertragungen im Rahmen eines Liga-Wettbewerbs im Gegensatz zu den entsprechenden Übertragungen auf den Kanälen 1-3 nicht zum objektiv notwendigen Inhalt einer TV-Plattform gehören.

Daher sind diejenigen Unternehmen, welchen mit den Teleclub-Sportkanälen 1-3 ein Kernangebot bereitgestellt wurde (vgl. E. 9.2.4.2.3 ff.: KNU wie Cablecom, Sunrise, Yplay und Stafag) von der hier untersuchten Geschäftsverweigerung nicht betroffen. Die entsprechenden Fälle werden, wie bereits ausgeführt, unter dem Tatbestand der Diskriminierung behandelt werden (vgl. E. 9.3).

9.2.6 Wettbewerbsbehinderung

9.2.6.1 Argumente der Parteien

Die Vorinstanz untersuchte die Wettbewerbswirkung von exklusiven Verträgen in zweiseitigen Plattformmärkten, die Wirkungen im TV-Plattformmarkt und in benachbarten Fernmeldemärkten und kam zum Schluss, dass eine Wettbewerbsbehinderung im TV-Plattformmarkt mit überwiegender Wahrscheinlichkeit nachgewiesen sei. Diese Wettbewerbswirkung werde zudem durch das Zusammenspiel mit den Fernmeldemärkten verstärkt (vgl. Verfügung, Rz. 660 ff.). Damit habe sie nachgewiesen, dass die Geschäftsverweigerung beziehungsweise der exklusive Vertrieb von Premium Sport-Content im TV-Plattformmarkt eine Wettbewerbswirkung entfalte. Sodann seien keine technischen Hindernisse für die Lieferung der fraglichen Sportinhalte festgestellt worden. Dies gelte erst recht für die von der Verweigerung betroffenen IPTV-Plattformen, welche auf derselben Technologie wie die Technologie der Beschwerdeführerinnen basierten (vgl. Duplik der Vorinstanz, Rz. 73 und 90).

Auch die Beschwerdegegnerin weist darauf hin, dass sowohl ihre TV-Plattform als auch diejenige der Beschwerdeführerinnen auf der IPTV-Technologie beruhten. Namentlich bestünden im IPTV-Netz keine durch begrenzte Bandbreiten bedingten Kapazitätsprobleme, wie sie in Kabelnetzen vorliegen könnten. Zudem wäre die Umsetzung von PPV während des Untersuchungszeitraums technisch machbar gewesen. Dies zeige sich daran, dass das von Netstream für sie entwickelte PPV-Angebot heute (mit Anpassungen) auf der gleichen Plattform laufe, wie sie die Beschwerdegegnerin bereits während des Untersuchungszeitraums in Betrieb gehabt habe. Der Umstand, dass sie gewisse Technologien wie PPV erst später implementiert habe, hänge damit zusammen, dass sie kein PPV-Angebot von den Beschwerdeführerinnen erhalten habe. Auch die Ausstrahlung des vollständigen Premium-Sportangebots wäre ohne weiteres möglich gewesen (vgl. Duplik der Beschwerdegegnerin, Rz. 40 ff.).

Die Beschwerdeführerinnen vertreten dagegen die Ansicht, es habe gar keine Wettbewerbsbeeinträchtigung vorliegen können, denn aufgrund der technischen Schranken für die Übertragung des erweiterten Sportangebots und von PPV fehle es an der Kausalität zwischen vermeintlich missbräuchlichem Verhalten und angeblich wettbewerbswidrigen Auswirkungen (vgl. Replik, Rz. 222). Weiter weisen sie darauf hin, dass Wechselgründe und Nutzerzahlen eine geringe Bedeutung des Sportangebots zeigten (vgl. Beschwerde, Rz. 795 ff.). Diese geringe Bedeutung werde auch durch die Marktforschungen von Swisscable belegt (vgl. Beschwerde, Rz. 804 ff.). Drittplattformen wiesen einen ungebrochen guten Geschäftsverlauf auf (vgl. Beschwerde, Rz. 806 ff.). Schliesslich sei das Teleclub-Sportangebot in der Romandie fehlerhaft empirisch untersucht worden (vgl. Beschwerde, Rz. 809 ff.).

9.2.6.2 Kausalität zwischen missbräuchlicher Verhaltensweise und Wettbewerbsbehinderung

Wenn andere Wettbewerbsteilnehmer wirtschaftliche Massnahmen treffen, um die durch eine unangemessene Verhaltensweise eines marktbeherrschenden Unternehmens auftretenden Einschränkungen abzumildern, entsteht eine komplexe Gemengelage von verschiedensten ökonomischen Wirkungsgründen und lassen sich die tatsächlichen Auswirkungen des unangemessenen Verhaltens nicht einwandfrei identifizieren. Ein monokausaler Nachweis tatsächlicher Auswirkungen allein aufgrund der unangemessenen Verhaltensweise kann damit nicht vorausgesetzt werden (vgl. Urteil des BVGer B-831/2011 Rz. 1211, "Six Group").

In diesem Sinne erklärte die Vorinstanz, dass es beispielsweise nicht möglich sei, den Kundenverlust von Ticinocom aufgrund des fehlenden Sportangebots zu ermitteln, obwohl der Kundenverlust insgesamt erheblich und keine offensichtliche (anderweitige) Erklärung hierfür ersichtlich sei (vgl. Verfügung, Rz. 666). Dass die Vorinstanz keine Aussage darüber treffen konnte, welcher Anteil am wettbewerblichen Erfolg einer TV-Plattform überhaupt auf das Sportangebot zurückgeführt werden könne (vgl. Beschwerde, Rz. 796), kann ihr daher nicht zum Vorwurf gemacht werden.

Soweit die Beschwerdeführerinnen geltend machen, aufgrund der technischen Schranken für die Übertragung des erweiterten Sportangebots und von PPV fehle es an der Kausalität zwischen vermeintlich missbräuchlichem Verhalten und angeblich wettbewerbswidrigen Auswirkungen (vgl. Replik, Rz. 222), täuschen sie über den Umstand hinweg, dass sie gar nie beabsichtigt haben, anderen TV-Plattformen als Swisscom TV (früher Bluewin TV genannt) das vollständige Sportangebot bereitzustellen. In der Vereinbarung zwischen Swisscom und Cinetrade vom 28. November / 14.Dezember 2006 betreffend Beschaffung, Produktion und Aufbereitung von Event-Content im Bereich Sport (Sportübertragungen und "Teleclub Live [Event]") haben die Parteien Folgendes festgehalten (vgl. act. 101, Beilage 2):

> "Die Parteien beabsichtigen, den Kunden des IPTV-Services von FX ("Bluewin TV") unter Nutzung der Teleclub-Veranstalterkonzession ein umfangreiches und attraktives Angebot an [exklusiven] Live-Sportübertragungen und gegebenenfalls begleitenden Inhalten anzubieten. Ein Teil dieser Sportübertragungen soll im Rahmen des bestehenden Teleclub-Programmangebots von CT bzw. ihrer Tochtergesellschaft Teleclub AG, das via Kabel verbreitet wird, angeboten werden. Ein umfassenderes Angebot an solchen Sportübertragungen soll im Rahmen eines erweiterten Teleclub-Programmangebotes den Kunden von Bluewin TV angeboten werden."

Entgegen der Behauptung der Beschwerdeführerinnen (vgl. Stellungnahme vom 31. März 2021) kann aus dieser Vereinbarung eine Behinderungsstrategie nicht nur zu Lasten der KNU abgeleitet werden, sondern auch gegenüber anderen mit Bluewin TV konkurrierenden IPTV-Plattformen. Zu diesem Schluss kam implizit auch die Vorinstanz (vgl. Vernehmlassung, Rz. 77), die auch zu Recht darauf hinwies, dass Art. 7 KG keine Behinderungsstrategie oder -absicht voraussetzt (vgl. Duplik, Rz. 70). Der Nachweis einer Ausbeutungs- oder Behinderungsabsicht erleichtert lediglich die Beurteilung der konkreten Wettbewerbshandlung (vgl. MARBACH/DUCREY/WILD, a.a.O., Rz. 1644; STÄUBLE/SCHRANER, DIKE-KG, Art. 7, Rz. 133, 135).

Die Beschwerdegegnerin erkennt im Verhalten der Beschwerdeführerinnen sogar eine viel umfassendere Behinderungsstrategie als die vorgenannte: Sie hätten mehrere wettbewerbsbeschränkende Verhaltensweisen - Angebotsverweigerung, diskriminierende Konditionen, Angebotskoppelung, Akquisitionsverbot - zu einer Gesamtstrategie gegenüber praktisch der gesamten Konkurrenz verknüpft, um dank ihrer vertikal integrierten Konzernstruktur - Swisscom, Cinetrade/Blue Entertainment, Teleclub - mehrere Wertschöpfungsstufen zu kontrollieren und ihre marktbeherrschende Stellung auf dem Pay-TV-Markt einerseits durch Behinderung der konkurrierenden Plattformanbieter, andererseits durch Abschottung des vorgelagerten Markts der Rechtevergabe zu festigen, mit Auswirkung auf die eng mit dem Pay-TV-Markt verbundenen Providermärkte (Festnetz, Internet, Mobilfunk) auf denen der Konzern ebenfalls eine starke Stellung innehabe (vgl. Stellungnahme vom 27. April 2021, Rz. 12).

Da im vorliegenden Fall eine Behinderungsstrategie nicht nur abstrakt nachgewiesen werden kann, erübrigt sich eine Auseinandersetzung mit dem Urteil des Gerichts der Europäischen Union (EuG) vom 26. Januar 2022 in Sachen Intel (Rechtssache T-286/09, u.a. Rz. 125, 144 f.), auf welches die Beschwerdeführerinnen mit Eingabe vom 1. April 2022 im Zusammenhang mit der Untersuchung von Wettbewerbsnachteilen hingewiesen haben.

Die Frage, ob es gerechtfertigt war, die Bereitstellung der Teleclub-Kanäle 1-3 aus technischen Gründen zu verweigern, wird nachfolgend unter dem Titel der Rechtfertigungsgründe behandelt werden (vgl. E. 9.2.8.1).

9.2.6.3 Anreize für exklusiven Betrieb bei vertikaler und zweiseitiger Marktstruktur

Die Vorinstanz erklärt in der angefochtenen Verfügung, für ein vertikal integriertes Unternehmen könne der exklusive Vertrieb eine lohnende Strategie sein, z.B. aufgrund hoher Wechselkosten (lange Kündigungsfristen, Bündelprodukte, einmalige Set-Up-Kosten, Hardware- und Softwareunterschiede). Im vorliegenden Fall hätten Swisscom und Cinetrade eine gemeinsame Strategie bezüglich der Beschaffung und Verwertung von Premium Content verfolgt; insbesondere hätten sie die exklusive Verwertung von Sportinhalten über Swisscom TV beschlossen. Exklusivität könne nicht nur bei einer vertikalen Marktstruktur, sondern auch bei einer zweiseitigen Marktstruktur eine lohnende Strategie darstellen, die dazu geeignet sei, den Wettbewerb im TV-Plattformmarkt langfristig zu behindern (vgl. Verfügung, Rz. 660 ff.).

Die von den Beschwerdeführerinnen aufgeworfene Frage, diese Erwägungen seien für die Untersuchung, ob das Teleclub-Sportangebot eine wettbewerbliche Bedeutung auf dem Plattformmarkt habe, irrelevant (vgl. Beschwerde, Rz. 778; Replik, Rz. 221), muss nicht abschliessend beantwortet werden. Denn die Ausführungen der Vorinstanz geben zumindest mögliche Erklärungen dafür, weshalb ein Pay-TV-Anbieter ein Angebot exklusiv vertreibt, obwohl er grundsätzlich an einer möglichst grossen Zahl von Abonnenten interessiert sein müsste, da jeder zusätzliche Pay-TV-Abonnent die Pro-Kopf-Kosten des produzierten Programms reduziert (vgl. MESSMER, a.a.O., S. 142; HEINEMANN, Sportübertragungsrechte, Rz. 338; SIEVERS, a.a.O., S. 225).

9.2.6.4 Wirkungen im TV-Plattformmarkt und in benachbarten Fernmeldemärkten

9.2.6.4.1 Die Vorinstanz stellte fest, die Geschäftsverweigerung habe in erster Linie Unternehmen betroffen, die mit der gleichen Technologie wie Swisscom TV (IPTV) im Markt tätig seien; sie seien in der Ausübung des Wettbewerbs auf dem Plattformmarkt behindert (vgl. Verfügung, Rz. 658). Nach Durchführung einer Untersuchung in Bezug auf Teleclub en français kam die Vorinstanz zum Schluss, dass das Teleclub-Sportangebot mit überwiegender Wahrscheinlichkeit einen starken Einfluss auf die Neukundengewinnung habe (vgl. Verfügung, Rz. 666 ff.). Zudem sei der exklusive Pay-TV-Content dazu geeignet, den Wettbewerb auf den benachbarten Fernmeldemärkten zu behindern. Denn wenn ein TV-Plattformbetreiber aufgrund des nicht er-

hältlichen Teleclub-Sportangebots einen TV-Kunden verliere, verliere er diesen wahrscheinlich auch für die benachbarten Märkte (Breitbandinternet, Festnetztelefonie, evtl. auch Mobilfunk; vgl. Verfügung, Rz. 675 ff.).

Auch die Beschwerdegegnerin betont die Auswirkung des Verhaltens der Beschwerdeführerinnen auf die eng mit dem Pay-TV-Markt verbundenen Providermärkte, auf denen der Konzern ebenfalls eine starke Stellung innehabe (Festnetz, Internet, Mobilfunk). Diesen Märkten komme angesichts weitreichender Bündelung von TV-, Internet- und Mobilfunkdienstleistungen strategische Bedeutung zu (vgl. Stellungnahme vom 27. April 2021, Rz. 4, 8).

Die Beschwerdeführerinnen argumentieren, die Vorinstanz habe keine Wettbewerbsbehinderung auf dem TV-Plattformmarkt beweisen können. Dies erstaune nicht, da die Wechselgründe und Nutzerzahlen eine geringe Bedeutung des Sportangebots zeigten, diese geringe Bedeutung auch durch die Marktforschungen von Swisscable belegt würden, Drittplattformen einen hervorragenden Geschäftsverlauf hätten und die Empirische Analyse der Vorinstanz zum Teleclub-Sportangebot in der Romandie fehlerhaft sei (vgl. Beschwerde, Rz. 794 ff.).

9.2.6.4.2 In der Literatur wird die Auffassung vertreten, dass die Verfügung über exklusive Rechte Auswirkungen auf den Wettbewerb hat; wer über exklusive Sportübertragungsrechte verfügt, hat einen Vorteil anderen Programmplattformen gegenüber (vgl. HANS HEGE, Medienpolitik und Regulierung vor den Herausforderungen der Digitalisierung, in: Kaumanns/Siegenheim/Siurts, Auslaufmodell Fernsehen?, Wiesbaden 2008, S. 401 ff., S. 409; KLAMBAUER, a.a.O., S. 90; OSTERWALDER, a.a.O., S. 27 f.). Fraglich ist, ob diese Aussage auch auf TV-Plattformen übertragbar ist, d.h. vorliegend, ob Swisscom TV mit seinen exklusiven Inhalten einen wettbewerblichen Vorteil vor anderen TV-Plattformen hat.

9.2.6.4.3 Ob TV-Plattformen in der Romandie im Wettbewerb behindert waren, untersuchte die Vorinstanz in einer Empirischen Analyse (act. 421): Die Vorinstanz hat sich bei der Analyse der Wettbewerbswirkungen der Geschäftsverweigerung den Umstand zu Nutze gemacht, dass Swisscom in der französischsprachigen Schweiz im Gegensatz zur Deutschschweiz der einzige Anbieter von Teleclub Sport war. Die Hypothese lautete: Sofern das Sportangebot bei der Wahl der TV-Plattform eine Rolle spielt, müsste Swisscom TV in der Romandie im Verhältnis signifikant erfolgreicher sein als in der Deutschschweiz. Die empirische Auswertung hat nach Aussage der Vorinstanz ergeben, dass Swisscom TV in der französischsprachigen Schweiz wesentlich erfolgreicher in der Neukundengewinnung war als in der Deutschschweiz. Es könne daher mit überwiegender Wahrscheinlichkeit davon ausgegangen werden, dass das Teleclub-Sportangebot einen starken Einfluss auf die Neukundengewinnung habe (vgl. Verfügung, Rz. 668 ff.). Dagegen wenden die Beschwerdeführerinnen ein, dass die Entwicklung der Teleclub-Kundenzahlen (vgl. Abbildung 20 der Verfügung) nicht auf einen besonderen Erfolg von Teleclub in der Romandie hinweise: Dass die Kundenzahlen mit Einführung eines neuen Angebots, konkret von Teleclub en français im September 2012, emporschnellen, überrascht in der Tat nicht (vgl. Beschwerde, Rz. 814). Zudem trifft es zu, dass sich der Kabelfernsehmarkt in der Westschweiz teilweise von demjenigen in der Deutschschweiz unterscheidet: So hatte das grösste KNU in der Westschweiz, die Services Industriels de Lausanne, im Jahr 2010 20 Mal weniger Kunden als das grösste KNU der Deutschschweiz, Cablecom (vgl. ANDREA ZANZI, "Kabelfernsehpreise in der Schweiz", Bern 2010, S. 8). Indessen gibt es sowohl in der West- als auch in der Deutschschweiz zahlreiche kleine KNU; insofern muss von einer schweizweiten, und nicht nur auf die Romandie bezogenen Zersplitterung der Kabelinfrastruktur gesprochen werden (vgl. ZANZI, a.a.O., Anhang 1 "Daten der Kabelnetzbetreiber mit mehr als 5'000 Abonnenten"). Auch war nach einem von den Beschwerdeführerinnen eingereichten Dokument Ende 2009 der DOCSIS 3.0-Standard in der Westschweiz, abgesehen von Lausanne, noch nicht eingeführt (vgl. Beschwerdebeilage 41). Entgegen der Aussage der Beschwerdeführerinnen (vgl. Beschwerde, Rz. 820) unterschieden sich die Deutsch- und Westschweiz indessen bezüglich der von UPC angebotenen HD-Optionen für Teleclub nicht. Im Untersuchungszeitraum waren in keinem der beiden Landesteile HD-Optionen verfügbar. Für die Deutschschweiz wurden diese erst im Juli 2015 eingeführt (vgl. Beschwerdebeilage 12). Der Umstand, dass Cablecom gemäss einer Untersuchung aus dem Jahr 2015 von Westschweizern in Bezug auf Netzqualität und Zukunftstauglichkeit des Netzes schlechter benotet wurde (vgl. Beschwerde, Rz. 826; Beschwerdebeilage 42), spielt im vorliegenden Zusammenhang keine Rolle, da diese Untersuchung ausserhalb des Untersuchungszeitraums gemacht wurde. Somit konnten die Beschwerdeführerinnen ihre Behauptungen, wonach Qualität und Netzausbau von Kabel in der Romandie hinterherhinkten (vgl. Beschwerde, Rz. 818), nur teilweise belegen. Gar nicht belegen konnten die Beschwerdeführerinnen Unterschiede zwischen der Romandie und der Deutschschweiz, was die geltend gemachten Qualitäts- und Imageprobleme bei Cablecom betrifft, da die entsprechenden Beschwerdebeilagen 27-35 nicht zwischen diesen Sprachregionen unterscheiden. Im Gegenzug führte die Vorinstanz nicht aus, weshalb "bei den TV-Plattformen bezüglich Sendervielfalt, Funktionalität und Bedienung kein wesentlicher Unterschied festzustellen ist" (vgl. Empirische Analyse, S. 11), während die Beschwerdeführerinnen immerhin auf ihr "viel breiteres Basispaket an Ethno-Sendern" hinwiesen (vgl. Beschwerde, Rz. 828). Dass solche Sender namentlich in der international geprägten Genferseeregion relevant sind, darf angenommen werden. Zudem weisen die Beschwerdeführerinnen darauf hin, dass sich die Präferenzen beim Sportkonsum zwischen der Deutschschweiz und der Romandie unterschieden; so sei in der Deutschschweiz Fussball bedeutender (vgl. Beschwerde, Rz. 829), während die Vorinstanz keine signifikanten Unterschiede zwischen den beiden Landesteilen festgestellt hat (vgl. Empirische Analyse, S. 12), wobei sie sich auf die Auswertung der Zuschauerzahlen der SRG bezieht (vgl. act. 279, Antwort auf Fragen 7 und 8). Entgegen der Aussage der Vorinstanz lässt die "Übersicht Zuschauerzahlen / Ratings Fussball" der SRG auf sprachregionale Unterschiede bei der Beliebtheit von Fussballübertragungen schliessen: So waren, gemessen

an den Marktanteilen, die von der SRG übertragenen Spiele der Super League in den Saisons 2005/06 bis 2012/13 in der Deutschschweiz beliebter als in der Romandie und im Tessin (vgl. act. 279, S. 305). Hinzu kommt, dass in der Romandie im Gegensatz zur Deutschschweiz mit französischsprachigen Canal+ ein zweiter Pay-TV-Anbieter nebst Teleclub tätig ist (vgl. Empirische Analyse, S. 12), was die Vergleichbarkeit trotz grundsätzlicher Verfügbarkeit von Canal+ in der Deutschschweiz weiter erschwert. Es ist somit aufgrund der festgestellten Unterschiede festzuhalten, dass die Empirischen Berechnungen bezüglich der Wettbewerbswirkung (vgl. Empirische Analyse, S. 11 ff.) nur bedingt aussagekräftig sind.

9.2.6.4.4 Dennoch kann folgende Feststellung getroffen werden: Aufgrund des Beweisergebnisses ist erstellt, dass die auf den Teleclub Sportkanälen 1-3 übertragenen Schweizer Fussball- und Eishockeyübertragungen zum - merkantilistisch gesehen - objektiv notwendigen Inhalt einer Pay-TV-Plattform gehören (vgl. E. 9.2.5.6). TV-Plattformen, die ihren Abonnenten im Untersuchungszeitraum diese Übertragungen nicht anbieten konnten, war es im Gegensatz zu TV-Plattformen, die über diese Inhalte verfügten, nicht möglich, Neukunden unter Anpreisung von attraktiven Sportereignissen als neue Abonnenten zu gewinnen. Demzufolge waren die Geschäftsverweigerungen von Teleclub geeignet, die konkurrierenden TV-Plattformen, insbesondere IPTV-Plattformen, im Wettbewerb zu behindern.

9.2.6.4.5 Zudem vertritt die Vorinstanz die Ansicht, dass die Wettbewerbswirkung des fehlenden Sportangebots durch den Umstand verschärft werde, dass der TV-Plattformmarkt und die benachbarten Fernmeldemärkte aufgrund von langen Kündigungsfristen, Bündelprodukten, einmaligen Set-Up-Kosten sowie Hardware- und Softwareunterschieden hohe Wechselkosten aufweise (vgl. Verfügung, Rz. 657 f., 674). Dagegen wenden die Beschwerdeführerinnen ein, die Wechselkosten seien im relevanten Zeitraum äusserst gering, wenn nicht sogar "negativ"; Wechselkosten könnten in der Schweiz keine Rolle gespielt haben, was auch der Kundenzuwachs von Swisscom belege (vgl. Beschwerde, Rz. 787 f.). Zudem weisen sie auf eine Analyse des Preisüberwachers betreffend die Marktstellung von UPC hin. Danach stellten der administrative Aufwand und die Risiken, die mit einem Anbieterwechsel verbunden seien, keine erheblichen Hürden für einen Anbieterwechsel dar (vgl. (vgl. Analyse des Preisüberwachers vom 17. August 2015 "Marktstellung UPC Cablecom", Rz. 122). Dies ändert indessen nichts daran, dass ein Anbieterwechsel mit den von der Vorinstanz genannten Wechselkosten verbunden ist.

9.2.6.4.6 Was die Auswirkungen auf die benachbarten Fernmeldemärkte betrifft, ist Folgendes auszuführen. Zwischen 2007 und 2012 hat sich in der Schweiz die Anzahl Verträge für Pakete mit Telefonie, Breitbandinternet und Fernsehen (sog. Triple-Play auf Festnetz) mehr als verzehnfacht. Zwischen 2007 und 2011 stieg auch die Anzahl Verträge mit Paketen für Breitbandinternet und Fernsehen respektive Telefonie und Fernsehen (sog. Double-Play auf Festnetz), allerdings deutlich weniger stark als im Triple-Play-Bereich und mit sinkender Tendenz ab 2011 (vgl. "Amtliche Fernmeldestatistik 2012", S. 49, <www.bakom.admin.ch>, zuletzt abgerufen am 27.01.2022). Hinzu kommt, dass IPTV nur mit einem Breitbandanschluss des IPTV-Anbieters genutzt werden kann (vgl. Analyse des Preisüberwachers vom 17. August 2015 "Marktstellung UPC Cablecom", Rz. 33). Insofern stieg während des Untersuchungszeitraums die Wahrscheinlichkeit, dass ein mit dem TV-Angebot seines Anbieters unzufriedener Kunde zu einem Anbieter mit dem gewünschten TV-Angebot, der zugleich Festnetztelefon- und Internetdienstleistungen anbot, wechselte. Denn das TV-Angebot ist massgebliches Entscheidungskriterium für die Kunden; mit einem attraktiven TV-Angebot werden den Kunden die anderen, profitableren Bestandteile des Triple-Play-Angebots schmackhaft gemacht (vgl. PARM SANDHU, a.a.O., S. 322 ff.; KAYSER, a.a.O., S. 344; OSTERWALDER, a.a.O., S. 26 ff.; Verfügung, Rz. 676, mit Verweis auf Tagesanzeiger vom 26. April 2012 "Das grosse Geld im Wohnzimmer"). Für die Konkurrenten von Swisscom TV bedeutet dies der Verlust von Internet-, Telefon- und TV-Vertragsbeziehungen gleichzeitig, bei Quadruple-Play auch das Ende der Mobilfunk-Vertragsbeziehungen (vgl. NZZ vom 31. Juli 2015 "Vom Stadion in die Stube"). Damit ist ein fehlendes Sportangebot im TV-Programm dazu geeignet, den Wettbewerb in den benachbarten Fernmeldemärkten (Internetzugang, Festnetztelefonie, Mobilfunk) zu behindern, wie die Vorinstanz zutreffend festgehalten hat.

9.2.7 Verhinderung eines neuen Erzeugnisses?

9.2.7.1 Die Beschwerdeführerinnen machen geltend, die Vorinstanz habe zu Unrecht nicht berücksichtigt, dass ihre Verweigerungshaltung kein neues Erzeugnis verhindert habe. Die angefochtene Verfügung bewirke sinngemäss eine Zwangslizenz, indem die Auffassung vertreten werde, Teleclub hätte das Sportangebot lizenzieren müssen. Der Europäische Gerichtshof verlange für einen solchen Eingriff aber, dass durch die Geschäftsverweigerung ein neues Erzeugnis verhindert worden sei. Bei der Verbreitung von Teleclub durch andere Plattformen handle es sich um kein neues Erzeugnis; es gehe nur um kartellrechtlich verpöntes Freeriding. Folglich sei der Tatbestand der Verweigerung der Geschäftsbeziehungen schon deshalb nicht erfüllt (vgl. Beschwerde, Rz. 839 ff.; Replik, Rz. 224 ff.).

Die Vorinstanz hält ihr entgegen, es gehe vorliegend nicht um eine Lizenz-, sondern um eine Lieferverweigerung, obwohl die angefochtene Verfügung an verschiedenen Stellen die Terminologie "Zugang zu Sportinhalten" verwende (vgl. Duplik, Rz. 15 und 91).

9.2.7.2 Bei der Missbrauchsvariante der Lizenzverweigerung an Immaterialgüterrechten wird in der Tat gefordert, mit der Geschäftsverweigerung müsse nicht bloss ein Parallelverkauf derselben Ware, sondern ein neues Produkt respektive eine für die Konsumenten vorteilhafte Entwicklung verhindert worden sein, deren Verwirklichung die Lizenz am Immaterialgut zwingend voraussetze (vgl. STÄUBLE/SCHRANER, DIKE-KG, Art. 7, Rz. 259; AMSTUTZ/CARRON, BSK-KG, Art. 7, Rz. 261). Allerdings wird diese Bedingung mit keinem kartellrechtlichen Nachahmungsverbot des "Freeriding", wie die Beschwerdeführerinnen geltend machen, sondern mit der Anwendungsbeschränkung für gestützt auf Spezialge-

setze des Immaterialgüterrechts gewährte und von Art. 3 Abs. 2 KG teilweise vorbehaltene Ausschliesslichkeitsrechte an Immaterialgütern begründet (vgl. AMSTUTZ/CARRON, BSK-KG, Art. 7, Rz. 261). Solche Immaterialgüterrechte bilden Ausnahmen der wettbewerbsrechtlich geschützten Nachahmungsfreiheit. In ihrem Schutzbereich ist der Tatbestand der Lizenzverweigerung auf Fälle beschränkt, da nicht bloss der Parallelverkauf oder die Nachahmung, sondern darüber hinaus eine vorteilhafte Weiterentwicklung des strittigen Produkts verhindert wird.

9.2.7.3 Vorliegend sind Verhaltensweisen der Beschwerdeführerinnen in Bezug auf die Bereitstellung von Fussball- und Eishockeyübertragungen im Rahmen eines Liga-Wettbewerbs im Pay-TV zu untersuchen. Fraglich ist, ob an diesen Übertragungen Immaterialgüterrechte bestehen bzw. für die Bereitstellung der entsprechenden Signale Lizenzen vergeben und Lizenzverträge abgeschlossen werden müssen.

In den Signalanlieferungsverträgen von Teleclub als Pay-TV-Veranstalterin mit Kabelnetzbetreibern wird der Zugriff auf das technisch geschützte Sendesignal (zu den technischen Schutzmöglichkeiten vgl. HILTY, Lizenzvertragsrecht, S. 44) ohne Lizenzerteilung (im eigentlichen oder uneigentlichen Sinn) versprochen. Vertragsgegenstand ist die Distribution von Signalen. Dass es sich bei den Verträgen mit den IPTV-Plattformen, zu deren Abschluss sich Teleclub weigerte, anders verhalten hätte, ist nicht ersichtlich (vgl. act. 115, Beilage [13]; act. 68, Beilage [9.5], Ziff. 5.1 f.; act. 93, Beilage [10 ff.], Ziff. 1.1).

Auch aus den von Cinetrade abgeschlossenen Medienrechtsverträgen ergibt sich nicht, dass zur Bereitstellung der Sendesignale (Sub-)Lizenzen an TV-Plattformen respektive Kabelnetzbetreiber vergeben werden müssen: So hat Cinetrade im Sommer 2012 mit der Swiss Football League des Schweizerischen Fussballverbandes einen Vertrag betreffend "Übertragung der Medien- und Marketingrechte an der Super League und der Challenge League" abgeschlossen (vgl. act. 115, Beilage 23a). Nach dessen Ziffer 2.1.1 übertrug die Swiss Football League Cinetrade "die umfassenden und exklusiven Medienrechte einschliesslich des Rechts zur Sublizenzierung an den vertragsgegenständlichen Spielen". Cinetrade verpflichtete sich namentlich zur Live-Ausstrahlung aller 180 Spiele der Super League im Pay-TV sowie zur Verwertung all dieser Spiele in Form von Highlights auf ausgewählten Plattformen von Cinetrade bzw. ihr verbundener Unternehmen (z.B. Kabel, IPTV, Online- und Mobile-Plattformen; vgl. Ziff. 3.3.2.4). Cinetrade verpflichtete sich zudem, einen Teil der ihr übertragenen Rechte an die Schweizerische Radio- und Fernsehgesellschaft im Rahmen einer Sublizenz weiter zu übertragen und mit ihr einen Vertrag abzuschliessen. Dieser Vertrag sollte unter anderem das Recht und die Pflicht zur Ausstrahlung von 36 (Free-TV) Live-Spielen auf den eigenen Sendern zum Inhalt haben (vgl. Ziff. 2.1.3). Der Vertrag verleiht Cinetrade somit das Recht und die Pflicht, mit der SRG einen Sublizenzvertrag betreffend die Free-TV-Ausstrahlung abzuschliessen. Die Vergabe von Sublizenzen an TV-Plattformen betreffend die Bereitstellung der Ligaspiele schreibt der Vertrag nicht vor.

9.2.7.4 Auch aus den Spezialgesetzen des Immaterialgüterrechts lässt sich kein abweichender Schluss ziehen. Die Vorinstanz führt richtig aus, dass den Aufzeichnungen von Fussballspielen, was die Beschwerdeführerinnen betrifft, unabhängig von vielleicht bestehenden Immaterialgüterrechten an Teilinhalten und am Sendesignal vor allem vertraglich erworbene Nutzungsbefugnisse zugrunde liegen (vgl. vorne, E. 3.3.2.4; angefochtene Verfügung, Rz. 336). Der Missbrauchsvorwurf betrifft nicht das Teleclub-Sendesignal, das nach Art. 37 URG Schutz geniesst und als "Abonnementsfernsehen" der individuellen Verwertung unterliegt (vgl. Art. 22 Abs. 3 URG; BARRELET/EGLOFF, a.a.O., Art. 37, Rz. 5). Sondern allein die Weigerung die erworbenen Tonbildaufnahmen weiterzugeben, an welchen die Beschwerdeführerinnen - weder originär noch, wie eben ausgeführt, vertraglich, geschweige denn "ausschliesslich" im Sinne von Art. 3 Abs. 2 KG - ein Immaterialgüterrecht besessen haben oder besitzen, das ihnen ein exklusives Nutzungsrecht einräumt (vgl. schon E. 3.3.2).

9.2.7.5 Die Vorinstanz hat den Sachverhalt somit zu Recht unter dem Titel der Lieferverweigerung, nicht der Lizenzverweigerung, geprüft und hatte nicht zu untersuchen, ob mit der Geschäftsverweigerung ein neues Produkt verhindert worden wäre.

9.2.8 Rechtfertigungsgründe

9.2.8.1 Technische Gründe

9.2.8.1.1 Die Beschwerdeführerinnen machen geltend, die Erstellung eines Pay-TV-Angebots auf IPTV sei technisch und rechtlich komplex und nicht mit der herkömmlichen Signalbereitstellung für Kabelnetze zu vergleichen. Noch im Jahr 2012 habe IPTV als Prototyp gegolten; technologisch sei vieles ungewiss und instabil gewesen. Die Vorinstanz hätte die Realisierbarkeit von IPTV von unabhängiger Seite nachprüfen lassen müssen. Es hätte sich herausgestellt, dass die Anbindung, Homologierung und der Betrieb einer IPTV-Plattform teuer und aufwändig gewesen sei und bleibe, weil es an einheitlichen Standards fehle. Selbst im Jahr 2016 sei Sunrise nicht in der Lage, für das Teleclub-Angebot die erforderlichen Plattform-Funktionen vereinbarungsgemäss zu gewähren. Probleme bestünden namentlich, wenn IPTV-Anbieter einen "Managed Service" nutzten (vgl. Beschwerde, Rz. 852 ff.; Replik, Rz. 227). Weiter reichten die Beschwerdeführerinnen die Expertise "Übertragung des erweiterten Sportangebots von Teleclub 2006 bis 2013" ein.

Die Vorinstanz schloss aus tatsächlichen Überlegungen technische Hindernisse als Rechtfertigungsgrund aus; auch den betroffenen Plattformanbietern seien keine technischen Gründe für die Verweigerung bekannt. Ob sich ein Plattformanbieter die Homologisierung finanziell leisten könne oder wolle, müsse er selber beurteilen. Gemäss TV-Factory und Netstream, die auf die Bereitstellung eines Wholesale-TV-Signals für IPTV spezialisiert seien, bestünden keine Probleme mit der Signalsicherheit und dem Rechteclearing. Netstream habe zudem für Sunrise bereits eine Plattform erstellt, die offensichtlich sämtlichen Anforderungen von Teleclub bzw. den Rechteinhabern genügt habe (Verfügung, Rz. 685 ff.).

Die Beschwerdegegnerin weist darauf hin, dass ihre TV-Plattform auf IPTV und damit auf derselben Technologie wie jene der Beschwerdeführerinnen basiere. Damit sei eine systembedingte Unmöglichkeit der Umsetzung bereits ausgeschlossen. Sie habe bereits im Juni 2006 ein eigenes Internet-TV-Paket mit 20 IPTV-Kanälen auf einer Webseiten-Plattform angeboten. Zudem macht sie geltend, zwischen der Leistungsfähigkeit einer selbst entwickelten Lösung und einer Lösung mit einer Partnerin wie Netstream bestehe kein systematischer Unterschied. Schliesslich bezeichnet sie die Qualifizierung ihres TV-Angebots als Prototypen als falsch und irreführend. Ein Prototyp-Angebot sei nie Bestandteil der Verhandlungen gewesen. Im Gegenteil sei es das erhoffte Verhandlungsziel der Beschwerdegegnerin gewesen, endlich ein vollständiges und umfassendes Angebot zu erhalten (vgl. Duplik der Beschwerdegegnerin, Rz. 40 ff.).

9.2.8.1.2 Zunächst ergibt sich aus Antworten der beteiligten Akteure, dass Teleclub Mygate AG nicht aus technischen Gründen, sondern aufgrund des verfolgten Geschäftsmodells die Zusammenarbeit verweigerte (vgl. vorne, E. 9.2.4.3.4; act. 27, Beilage). Auch bei Ticinocom waren keine technischen Gründe ausschlaggebend (vgl. act. 15, Antwort auf Frage 10a), sondern nach Aussage von Teleclub das fehlende Wholesale-Angebot (vgl. vorne, E. 9.2.4.3.7; act. 1). Seitens Sierre-Energie SA spielten technische Gründe ebenfalls keine Rolle (vgl. vorne, E. 9.2.4.3.6; act. 48, Antwort auf Frage 10a und Beilage). Des Weiteren scheiterte die Bereitstellung des Sportpakets von "Teleclub en français" an netplus.ch und Sunrise offenbar aus strategischen Gründen (vgl. vorne, E. 9.2.4.4; act. 242, Antwort auf Frage 7b und Beilage 8; act. 262, Beilage 2).

Die von den Beschwerdeführerinnen eingereichte Expertise vom 28. Juni 2019 befasst sich nur mit der Bereitstellung des erweiterten Teleclub Sportangebots; dieser Umstand ist auf die entsprechende Fragestellung (vgl. S. 3) zurückzuführen:

> "Wäre es Teleclub möglich gewesen, das 'erweiterte Teleclub Sportangebot' über andere TV-Anbieter als über Swisscom TV in der Schweiz im Untersuchungszeitraum zu vermarkten?"

Daher sind keine Rückschlüsse betreffend die hier relevanten Teleclub Sportkanäle 1-3 möglich.

9.2.8.1.3 Die von der Geschäftsverweigerung betroffenen TV-Plattformen basieren auf IPTV und damit auf derselben Technologie wie die TV-Plattform von Swisscom, wie die Beschwerdeführerinnen, die Beschwerdegegnerin und die Vorinstanz übereinstimmend festhalten (vgl. act. 202, S. 21; Duplik der Beschwerdegegnerin, Rz. 40; Verfügung, Rz. 658). Die von den Beschwerdeführerinnen aufgezählten Umstände, die trotzdem gegen die Bereitstellung der Teleclub-Sportkanäle sprächen (Kosten und Aufwände bei Anbindung, Homologierung und Betrieb sowie bei Beizug eines "Managed Services"), machen die Bereitstellung der fraglichen Sender nicht unmöglich, sondern höchstens aufwändig respektive teuer (vgl. auch Schreiben Teleclub an Netplus.ch vom 1. März 2013 [act. 242, Beilage 6]). In diesem Sinne weist die Vorinstanz zu Recht darauf hin, dass jeder Plattformbetreiber selbst entscheiden muss, ob er die entsprechenden Kosten tragen könne oder wolle. Dies gilt auch für die Aufwände und Risiken, die bei Beizug eines "Managed Services" entstehen. Solche haben offenbar Ticinocom, das sein TV-Angebot über TV Factory bezieht, davon abgehalten, auf seiner TV-Plattform Canal+ aufzuschalten (vgl. Beschwerde, Rz. 865, mit Verweis auf act. 334, S. 1). Hingegen ist nicht bekannt, dass die Bereitstellung der Teleclub-Sportkanäle lediglich an der fehlenden Bereitschaft der IPTV-Plattformen, die Kosten und Aufwände auf sich zu nehmen respektive sich daran zu beteiligen, gescheitert wäre (vgl. etwa Schreiben von Netplus.ch an Teleclub vom 13. Mai 2013 [act. 242, Beilage 7]). Die Berufung der Beschwerdeführerinnen auf fehlende technische Machbarkeit und fehlendes Interesse der Plattformbetreiber verfängt damit nicht.

9.2.8.2 Investitionsschutz

9.2.8.2.1 Soweit sich die Beschwerdeführerinnen auf eine Abgeltung ihrer hohen Investitionen respektive Investitionsschutz berufen (vgl. Beschwerde, Rz. 869 ff.; Replik, Rz. 228 ff.; Verfügung, Rz. 684), der zumindest für die Dauer des Markteintritts gewährt werden sollte (vgl. Stellungnahme vom 31. März 2021, Rz. 8), anerkennt die Vorinstanz, bei einem fairen und regelmässigen Ausschreibungswettbewerb könne jede Investition im Zusammenhang mit einer neuen Ausschreibung unter gewissen Umständen eine Geschäftsverweigerung rechtfertigen. Nach langjähriger europäischer Praxis bestehe ein fairer und regelmässiger Ausschreibungswettbewerb dann, wenn die Übertragungsrechte in einem öffentlichen Ausschreibungsverfahren für nicht länger als 3 Jahre vergeben würden. Zudem werde teilweise verlangt, dass die Übertragungsrechte in einzelne Pakete unterteilt seien. Diese Anforderungen erfüllten die vorliegenden Ausschreibungsverfahren jedoch nicht, sondern die Rechte für Pay-TV seien jeweils in einem einzigen Paket für einen Zeitraum von 5 Jahren vergeben worden. Die Ausschreibungsbedingungen seien sodann angesichts der Cinetrade eingeräumten Erstverhandlungs- und Vorkaufsrechte nicht fair gewesen. Hinzu komme, dass Cinetrade die wohl finanzstärksten potentiellen Mitwerber vertraglich zu einem Verzicht auf den Contenterwerb verpflichtet habe (vgl. Verfügung, Rz. 698 ff.).

Die Beschwerdeführerinnen bemängeln, die Vorinstanz übernehme damit ungeprüft die europäische Praxis. Sie hätte auch die mitgliedstaatliche Praxis in der EU, etwa in Deutschland, berücksichtigen müssen. Letztlich müsse jeder Einzelfall neu beurteilt werden. In der Schweiz habe vor dem Auftreten von Teleclub der geringe Entwicklungsstand der Sportübertragungen Investitionen in überproportionalem Umfang notwendig gemacht. Da die Ligen das Ziel hätten, mit den Sportveranstaltungen möglichst viele Marktteilnehmer anzusprechen, sei es nicht problematisch, dass es die Verbände in der Schweiz vorzögen, die Rechte nur an einen Pay-TV-Veranstalter und über eine längere Zeitperiode zu vergeben. Weiter stellten die Beschwerdeführerinnen klar, dass Cinetrade anlässlich der Rechtevergabe im Jahr 2006 über keine Erstverhandlungs- und Vorkaufsrechte verfügt habe; auf die späteren Vergaben in den Jahren 2011 und 2012 hätten sie zudem keinen Einfluss gehabt. Schliesslich sei die Content-Akqusitionsklausel mit Sun-

rise erst im 2012 und damit nach den Rechtevergaben von 2011/12 vereinbart worden. Die mit Cablecom vereinbarte Content-Akquisitionsklausel sei von der Vorinstanz als "unproblematisch" beurteilt worden; ausserdem habe sich Cablecom darüber hinweggesetzt (vgl. Beschwerde, Rz. 848 ff.).

Die Beschwerdegegnerin ist der Ansicht, die Beschwerdeführerinnen könnten sich vorliegend nicht auf Investitionsschutz berufen. Einerseits fehle es an einem fairen und regelmässigen Ausschreibungsverfahren, andererseits gelte der Investitionsschutz ohnehin nur für die ersten 3 Jahre nach dem Markteintritt (vgl. Stellungnahme vom 27. April 2021, Rz. 8, 38).

9.2.8.2.2 Die Lancierung neuer Produkte ist häufig mit erheblichen Kosten, namentlich für die Marktforschung, das Marketing und den Aufbau eines Vertriebsnetzes, verbunden. Da diese Investitionen, wenn das Produkt scheiterte, verloren gingen, wird in der Lehre die Auffassung vertreten, ein Unternehmen könne eine Geschäftsverweigerung unter Umständen mit einem auf die Anfangsphase der Produkteinführung limitierten Investitionsschutz rechtfertigen (vgl. SIEVERS, a.a.O., S. 142; ZÄCH, Kartellrecht, Rz. 412). Dieser Effizienzgrund entspricht der Vertikalbekanntmachung der Vorinstanz vom 28. Juni 2010 (VertBek), wonach Unternehmen im Rahmen der in Art. 5 Abs. 2 KG genannten Rechtfertigungsgründe einen zeitlich begrenzten Schutz von Investitionen für die Erschliessung neuer räumlicher Märkte oder neuer Produktmärkte geltend machen können (Ziff. 16 Abs. 4 Bst. a VertBek; ROLF H. WEBER/ADRIAN BIERI, in: OFK-Wettbewerbsrecht II, 2. A. 2021, VertBek Ziffer 16, Rz. 8 f.). Doch ist daran zu erinnern, dass das Bundesgericht nicht beantwortet hat, ob sich ein Verhalten durch die Einrede der Effizienz bzw. überwiegender wettbewerbsfördernder Wirkung der eigenen Marktttätigkeit unter Art. 7 KG überhaupt rechtfertigen lässt (vgl. vorne, E. 9.1.2), so dass auch das Vorbringen des Investitionsschutzes als Anwendungsfall der Effizienzeinrede einer volkswirtschaftlichen Überprüfung bedarf.

9.2.8.2.3 Die von den Beschwerdeführerinnen geltend gemachten Investitionen erfolgten im Zusammenhang mit Ausschreibungswettbewerben um Übertragungsrechte.

In England, Italien und Spanien werden Live-Übertragungsrechte, entsprechend den Entscheidungen der Europäischen Kommission i.S. Premier League und Bundesliga, für eine (maximale) Laufzeit von 3 Jahren vergeben, in Frankreich und Deutschland beträgt die Laufzeit 4 Jahre (vgl. Beschluss des deutschen Bundeskartellamts B6-32/15 vom 11. April 2016 Rz. 119, "Verwertungsrechte an Fussballspielen der Bundesliga und der 2. Bundesliga", Rz. 9 und 46 ff.; Entscheidungen der Europäischen Kommission COMP/C-2/38.173 vom 22. März 2006, Rz. 32 "Joint selling of the media rights to the FA Premier League"; COMP/C.2-37.398 vom 23. Juli 2003 "UEFA Champions League"; ANDREAS POLK, Zur Vergabe der Medienrechte in der Fussball-Bundesliga, in: Budzinski/Haucap/Stöhr/Wentzel [Hrsg.], Zur Ökonomik von Sport, Entertainment und Medien, Berlin 2021, S. 15).

In der Schweiz hat sich noch keine behördliche oder gerichtliche Praxis zu den Bedingungen bei der Vergabe von medialen Übertragungsrechten entwickelt (vgl. auch Verfügung, Rz. 699). Immerhin ist bekannt, was von den massgeblichen Akteuren gewünscht wird: Am 16. März 2016 haben sich Vertreter von Rechteinhabern, Rechtevermittlern und Rechtenutzern mit der damaligen Bundesrätin Doris Leuthard zur Vergabe von Rechten von Sportübertragungen ausgesprochen und möglichst transparente und offene Vergabeverfahren gewünscht. Die vergebenen Rechte sollten verhältnismässig lange (5 Jahre) bei den Rechtenutzern verbleiben, da "eine Amortisation der Investitionen gerade im kleinen und im internationalen Vergleich weniger lukrativen schweizerischen Sportrechtemarkt" bei Laufzeiten von "beispielsweise 3 Jahren" schwierig wäre (vgl. Replik-Beilage 43).

9.2.8.2.4 Wie bereits ausgeführt (vgl. E. 8.5.1.1), wurden mit dem ersten Vertrag zwischen dem Schweizerischen Fussballverband und Cinetrade Exklusivrechte für insgesamt 6 Spielsaisons (Saisons 2006/07 bis 2011/12), mit dem nachfolgenden Vertrag für 5 Saisons (Saisons 2012/13 bis 2016/17) vergeben. Auch die Medienrechte für die exklusive Übertragung der Schweizer Eishockeyligen (vgl. E. 8.6.1) erhielt Cinetrade für zunächst sechs (Saisons 2006/07 bis 2011/12), danach für 5 Spielsaisons (2012/13 bis 2016/17). Damit übertrafen die Laufzeiten für die exklusiven Medienrechte in der Schweiz die im europäischen Umfeld vereinbarten Laufzeiten von 3 bis 4 Jahren deutlich. Insofern kann im vorliegenden Fall kaum mehr von einem regelmässigen Ausschreibungswettbewerb im Sinne der europäischen Praxis gesprochen werden.

In der Schweiz werden längere Vertragslaufzeiten wie erwähnt akzeptiert und zugleich, international betrachtet, relativ viele Fussball- und Eishockeyspiele im Free-TV ausgestrahlt. Der Schweizerische Fussballverband hat darauf hingewiesen, dass in England, Frankreich oder Italien im Gegensatz zur Schweiz (36 Spiele plus Highlight-Berichterstattung) keine und in Deutschland nur vereinzelte Spiele der nationalen Meisterschaften im Free-TV übertragen werden. Zudem werde auf der Webseite der Swiss Football League kostenlos ein exklusiver Zusammenschnitt der besten Szenen und aller Tore der fünf Partien der jeweiligen Runde der Challenge League veröffentlicht (vgl. act. 371, S. 1 f.). Dies spricht für erhebliche Markteinführungskosten, um ein ausreichendes Publikum aufzubauen, das noch weitere Fussball- und Eishockeyspielübertragungen regelmässig im Bezahlfernsehen nachfragt.

9.2.8.2.5 Dass Cinetrade in Bezug auf Erstvergaben für die Fussballligasaisons ab 2006/07 über keine Erstverhandlungs- und Vorkaufsrechte verfügte, trifft zu, doch wurde bei der Erstvergabe jeweils ein Erstverhandlungs- und Vorkaufsrecht für die nächste Vergabe vereinbart (vgl. Vertrag SFL-Cinetrade vom 11. Mai 2006 S. 2 [act. 371, Beilage 12]). Dass sich die SFL über das Erstverhandlungsrecht von Cinetrade hinweggesetzt hat und nicht beabsichtigte, Cinetrade das Vorkaufsrecht zu gewähren, wie die Beschwerdeführerinnen geltend machen, ändert daran nichts, da Cinetrade auf ein gerichtliches Verfahren zur Durchsetzung dieser Rechte verzichtete. Dies gilt auch für die mit Cablecom nach den Erstvergaben (Mai 2006) im Oktober 2006 vereinbarte Content-Akquisitionsklausel, die für die Vergaben in den

Jahren 2011/2012 Wirkung entfalten (vgl. bereits E. 8.5.2.2).

9.2.8.2.6 Die Frage, ob sich die Beschwerdeführerinnen zumindest für die Erstvergaben auf Investitionsschutz berufen können, kann vorliegend jedoch offengelassen werden. Denn wie sich noch erweist, vermochten die Beschwerdeführerinnen nicht darzutun, inwiefern ihr Angebot an Schweizer Fussball- und Eishockeyübertragungen im gesamtwirtschaftlichen Sinne effizient ist, zumal es vor allem ihren eigenen Kunden zugutekommt, während andere Endkonsumenten von diesem Angebot komplett ausgeschlossen werden (vgl. nachfolgende E. 9.3.5.3). Insofern war ihre Verweigerung der Zusammenarbeit mit anderen IPTV-Plattformen auch unverhältnismässig. Als milderes Mittel hätten sie diesen Plattformen, wie bei den KNU, das Basis-Sportangebot von Teleclub (Kanäle 1-3) bereitstellen können, ohne ihre Investitionen zu gefährden.

9.2.8.3 Weitere Argumente

Die Beschwerdeführerinnen rechtfertigen ihr Verhalten des Weiteren damit, dass Teleclub weder ein Wholesale-Angebot offeriert (Beschwerde, Rz. 743 ff.) noch die erforderlichen Lizenzrechte für die Romandie gehabt habe (vgl. Beschwerde. Rz. 746 ff.). Quickline, Netstream, Deep, TV Factory und Netplus stellten Netzbetreibern wie Sunrise eine TV-Plattform im Wholesale bereit, führen sie aus. Mit ihnen könne Teleclub ohne eigenes Wholesale-Angebot und ohne die erforderlichen Lizenzrechte keine Geschäftsbeziehung eingehen (Beschwerde, Rz. 743 ff.).

Von den genannten Unternehmen ist Netplus.ch erwiesenermassen von der Geschäftsverweigerung betroffen (vgl. E. 9.2.4.4.2). Aus der Korrespondenz zwischen Netplus.ch und Teleclub ergibt sich indessen nicht, dass die Geschäftsverweigerung etwas mit einem Wholesale-Angebot von Netplus.ch zu tun hatte; begründet wurde die Verweigerung mit dem hohen Aufwand, welchen die Homologierung und die technische Signalaufbereitung mit sich bringen würden (vgl. Korrespondenz zwischen Netplus.ch und Teleclub [act. 242, Beilagen 4-8]). Hinzu kommt, dass Teleclub Sunrise trotz Beizugs eines "Managed Services" (Netstream) die Sportkanäle 1-3 bereitgestellt hat. Sunrise erkennt zudem auch keinen systematischen Unterschied zwischen der Leistungsfähigkeit einer selbst entwickelten Lösung und einer Lösung in Zusammenarbeit mit einer Partnerin (vgl. Duplik, Rz. 43).

Näher substantiieren die Beschwerdeführerinnen das Argument der fehlenden Lizenzrechte für die Romandie nicht. Aus den einschlägigen Medienrechtsverträgen (vgl. act. 370 [Beilagen d1 und d3] und act. 371 [Beilagen 11 und 12]) ergibt sich nicht, dass die Exklusivrechte für Sportübertragungen auf die Deutschschweiz oder auf die deutsche Sprache eingeschränkt wären. Das Problem der fehlenden Lizenzrechte für die Romandie ist offenbar auf Spielfilme und Fernsehserien beschränkt. Wie die Vorinstanz ausführt, hat Teleclub (bzw. Cinetrade) als deutschsprachiger Pay-TV-Anbieter diese Lizenzen nur für die deutschsprachige Schweiz erworben. Seit dem Zusammenschluss mit Swisscom hätten Cinetrade und Teleclub hingegen die Sportrechte wenn möglich für alle Sprachregionen der Schweiz erworben (vgl. Verfügung, Rz. 128). Indirekt bestätigen dies die Beschwerdeführerinnen, indem sie pauschal festhalten, Teleclub verfüge in der Romandie über den gesamten Untersuchungszeitraum nicht über die erforderlichen Lizenzrechte, um "die Teleclub Pakete einschliesslich des Sportpakets mit Teleclub Sport 1 bis 3" zu verbreiten" (vgl. Beschwerde, Rz. 748; Replik, Rz. 203).

Soweit die Beschwerdeführerinnen schliesslich geltend machen, sie hätten keine Strategie gehabt, Drittplattformen das Teleclub-Angebot vorzuenthalten (vgl. Beschwerde, Rz. 848 ff.; Replik, Rz. 226), ist auf die Vereinbarung zwischen Swisscom und Cinetrade vom 28. November / 14. Dezember 2006 betreffend Beschaffung, Produktion und Aufbereitung von Event-Content im Bereich Sport (vgl. act. 101, Beilage 2) zu verweisen, aus dem sich eindeutig strategische Absichten ergeben (vgl. E. 9.2.6.2).

Als Ergebnis besteht kein Rechtfertigungsgrund für das beschwerdeführerische Verhalten.

9.2.9 Verweigerung von Geschäftsbeziehungen: Fazit

Es ist somit erstellt, dass Teleclub ihre marktbeherrschende Stellung im untersuchungsrelevanten Zeitraum missbraucht hat, indem sie mehreren Unternehmen keinen Zugang zu den als unerlässlich qualifizierten Inhalten der Teleclub-Sportkanäle 1-3 respektive von "Teleclub en français" (Schweizer Fussball- und Eishockeyübertragungen im Rahmen eines Liga-Wettbewerbs) gewährt hat. Dieses Verhalten war dazu geeignet, diese TV-Plattformen gegenüber Swisscom TV, das über diese Inhalte verfügte, im Wettbewerb zu behindern. Die Beschwerdeführerinnen können sich auf keine Gründe stützen, die ihr Verhalten rechtfertigen. Damit ist der Tatbestand der Verweigerung von Geschäftsbeziehungen (in Form der Lieferverweigerung) erfüllt (Art. 7 Abs. 1 Bst. a KG).

9.3 Diskriminierung von Handelspartnern im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG

9.3.1 Rechtliche Grundlagen

Der Tatbestand der Diskriminierung von Handelspartnern gemäss Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG ist erfüllt, wenn folgende Tatbestandselemente kumulativ gegeben sind:

a) die Marktbeherrschung durch ein Unternehmen, das

b) seinen Handelspartnern

c) durch Diskriminierung

d) einen Wettbewerbsnachteil zufügt, ohne dass

e) objektive Rechtfertigungsgründe vorliegen (vgl. WEBER/VOLZ, a.a.O., Rz. 2.625; AMSTUTZ/CARRON, in: BSK-KG, Art. 7, Rz. 299; STÄUBLE/SCHRANER, DIKE-Kommentar KG, a.a.O., Art. 7, Rz. 291).

Diskriminiert werden Handelspartner - vertraglich oder durch anderes Verhalten des marktbeherrschenden Unternehmens. Handelspartner sind Personen, die im Verhältnis zum Marktbeherrscher auf einer vor- oder nachgelagerten Wirtschaftsstufe stehen und mit diesem im geschäftlichen Kontakt sind (vgl. BGE 139 I 72 E. 10.2.2 "Publigroupe").

Diskriminierung bedeutet eine sachwidrige Benachteiligung der Handelspartner eines beherrschenden Unternehmens, ohne dass ihnen adäquate Ausweichmöglichkeiten zur Verfügung stünden. Damit wird deren Stellung im Wettbewerb auf vor- oder nachgelagerten Märkten beeinträchtigt, worin der hauptsächliche Schutzzweck von Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG gesehen wird (vgl. BGE 139 I 72 E. 10.2.2 "Publigroupe"). Eine Diskriminierung entsteht insbesondere dadurch, dass gleichartige Sachverhalte ungleich oder ungleichartige Sachverhalte gleichbehandelt werden (vgl. BGE 139 I 72 E. 10.2.3 "Publigroupe"; STÄUBLE/SCHRANER, DIKE-Kommentar KG, a.a.O., Art. 7, Rz. 288; WEBER/VOLZ, a.a.O., Rz. 2.623; BORER, a.a.O., Art. 7 KG, Rz. 16). Diskriminierungsgegenstand sind Preis- oder Geschäftsbedingungen; dabei ist der Begriff "sonstige Geschäftsbedingungen" weit zu verstehen (vgl. Botschaft KG 95, S. 572).

Es wird zwischen direkter und indirekter Diskriminierung unterschieden. Direkte Diskriminierung bedeutet, dass das marktbeherrschende Unternehmen ungleiche Geschäftsbedingungen auf gleichartige Lagen anwendet, indirekte Diskriminierung dagegen, dass gleiche Geschäftsbedingungen auf nicht gleichartige Situationen angewendet werden (vgl. AMSTUTZ/CARRON, BSK-KG, Art. 7, Rz. 301 und 306; WEBER/VOLZ, a.a.O., Rz. 2.623; MICHAEL TSCHUDIN, Diskriminierung als kartellrechtlicher Aufgreiftatbestand, in: Jusletter vom 25. März 2013, Rz. 33).

Im Falle von Preisen wird weiter zwischen Preisdiskriminierung und anderen Fällen von Preisdifferenzierung unterschieden (vgl. hierzu: ADRIAN RAASS, Preisdifferenzierung und Preisdiskriminierung im Kartellgesetz, in: Jusletter vom 24. September 2018).

Zudem wird zwischen der sog. "primary line discrimination" und der sog. "secondary line discrimination" unterschieden. Bei der "primary line discrimination" differenziert ein vertikal integriertes Unternehmen die Preise zwischen eigenen nachgelagerten Einheiten und deren Konkurrenten. Bei der "secondary line discrimination" differenziert ein Unternehmen die Preise zwischen Abnehmern, welche miteinander im Wettbewerb stehen (vgl. RAASS, a.a.O., Rz. 43).

Sachlich gerechtfertigt können Differenzierungen nach der Marktstufe (Grossisten-, Detaillisten- oder Konsumentenstufe), nach den Handelsusanzen, nach den Nutzungsraten des Produktes oder nach unterschiedlichen Transport- und Distributionskosten sein (vgl. AMSTUTZ/CARRON, BSK-KG, Art. 7, Rz. 332; WEBER/VOLZ, a.a.O., Rz. 2.636). Als Effizienzgründe werden etwa Einsparungen des marktmächtigen Unternehmens, bessere Zahlungsmodalitäten oder der Aufbau von langfristigen Kooperationsprojekten genannt (vgl. WEBER/VOLZ, a.a.O., Rz. 2.636).

9.3.2 Vorgebrachte Argumente zur Diskriminierung

Die Vorinstanz wirft den Beschwerdeführerinnen eine Diskriminierung

- durch unterschiedlichen Umfang der weitergegebenen Sportangebote (vgl. Verfügung, Rz. 726 ff.)
- durch Koppelung von Basis- und Sportpaket (vgl. Verfügung, Rz. 731 ff.)
- durch ungleiche Erlaubnis der Direktvermarktung (vgl. Verfügung, Rz. 727)

vor. Zwar sei das umfangreichere Sportangebot auf Swisscom TV mit Fr. 12.90 teurer als das reduzierte Sportangebot auf den anderen Plattformen, das Fr. 9.90 koste. Indessen könne das Teleclub-Sportangebot (PPC) nur zusammen mit dem Teleclub-Basisangebot bezogen werden. Dieses koste bei Swisscom TV Fr. 29.90, statt der von Teleclub empfohlenen Fr. 39.90. Im Ergebnis zahle ein Zuschauer für das umfangreichere Teleclub-Sportangebot im Bündel mit dem Teleclub-Basisangebot auf Swisscom TV somit weniger als bei den anderen Plattformen, welche zudem nur das beschränkte Teleclub-Sportangebot übertragen könnten. Hinzu komme, dass Swisscom im Gegensatz zu den anderen Plattformen ihren Kunden den Bezug der Sportinhalte im Rahmen von PPV anbieten könne; Swisscom sei somit von der Koppelung nicht betroffen. Schliesslich mache Teleclub auch Unterschiede bezüglich der Vertriebsstruktur: Swisscom, Sunrise, Cablecom und die Partner der DCG könnten Teleclub im Gegensatz zu den anderen Plattformen über die eigene Set-Top Box vermarkten.

Die Beschwerdeführerinnen halten dagegen, die Preisdifferenz sei ausschliesslich darauf zurückzuführen, dass Swisscom von Teleclub niedrigere Entgelte erhalte. Die Unterschiede in der Vertriebsstruktur respektive die bei einzelnen Plattformen praktizierte Parallelvermarktung diene weder Teleclub noch den Endkunden, sondern den partikulären Interessen der jeweiligen Plattform, da diese einen direkten Zugang zu den Kundendaten von Teleclub und damit zu potentiellen Kunden für sein eigenes Pay-TV-Angebot erhalte. Was die vorgeworfene Koppelung betreffe, sei festzuhalten, dass die deutschsprachigen Basis- und Sportpakete von Teleclub auf allen TV-Plattformen einschliesslich Swisscom TV nur gekoppelt angeboten würden. Hauptgrund für die Koppelung von Basis- und Sportpaket sei das international branchenübliche "buy through"-Modell, mit dem Teleclub Verbundvorteile realisiere. PPV sei keine Umgehung der Koppelung, sondern ein alternatives, differenziertes Produkt auf demselben Markt. Im Verhältnis zu PPC sei der Einzelabruf ab einer gewissen Nutzungshäufigkeit viel teurer. Schliesslich seien die von der Vorinstanz behaupteten Ungleichbehandlungen, aus denen keine Wettbewerbsbehinderung resultiere, sachlich gerechtfertigt (Beschwerde, Rz. 878 ff.; Replik, Rz. 230 ff.). In Bezug auf die Beschwerdegegnerin bringen die Beschwerdeführerinnen vor, dass deren Angebot im Jahr 2012 bloss als Prototyp angesehen worden sei. Zudem verweisen sie für die technische Machbarkeit auf das von ihnen eingereichte Gutachten. Schliesslich erklären sie, dass gemäss den Vorbemerkungen zur Eckpunkte-Ergänzungsvereinbarung vom 22. Mai 2017 der Beschwerdegegnerin ein diskriminierungsfreies Angebot unterbreitet worden sei (vgl. Replik, Rz. 298 ff.).

Die Beschwerdegegnerin kritisiert, dass ein Kunde von Swisscom TV das umfangreichere Teleclub-Sportangebot günstiger beziehen konnte als auf den anderen TV-Plattformen. Zudem erklärt sie, dass die Ungleichbehandlung mindestens bis zum Verfügungszeitpunkt sowie darüber hinaus angedauert habe. Erst die "Eckpunkte-Ergänzungsvereinbarung" vom 22. Mai

2017 habe ein PPV-Angebot auch für die Kunden von Sunrise TV vorgesehen. Das weiterhin zwingend mit dem Movie-Paket gekoppelte Kombi-Sportpaket auf Sunrise TV sei aber auch nach der Änderung aufgrund der Ergänzungsvereinbarung immer noch teurer als das Kombi-Angebot von Swisscom TV gewesen. Allerdings sei der Beschwerdegegnerin weder im Rahmen der Ergänzungsvereinbarung 2017 noch später das volle Programm an Kanälen von Teleclub zur Verfügung gestellt worden (vgl. Beschwerdeantwort, Rz. 36 ff.). Weiter führt sie aus, dass sowohl die Umsetzung von PPV als auch die Ausstrahlung des vollständigen Premium-Sportangebots während des Untersuchungszeitraums technisch machbar gewesen wäre. Des Weiteren könne nicht der Wortlaut eines Vertrages darüber entscheiden, welches Verhalten diskriminierend sei; dies sei der Beurteilung durch die Wettbewerbsbehörden überlassen (vgl. Duplik, Rz. 36, 39 ff.).

9.3.3 Diskriminierung

9.3.3.1 Diskriminierung durch unterschiedlichen Umfang des Teleclub-Sportangebots

Im vorliegenden Fall ist unbestritten, dass die Abonnenten von Swisscom-TV das vollständige Teleclub-Sportprogramm (Kanäle 1-29) zum Preis von Fr. 12.90 beziehen konnten. Dagegen bezahlten die Abonnenten der anderen TV-Plattformen für das eingeschränkte Teleclub-Sportprogramm (Kanäle 1-3) Fr. 9.90 (vgl. Verfügung, Rz. 122 und 729). Da das deutschsprachige Teleclub-Sportprogramm im Untersuchungszeitraum nur zusammen mit dem Basispaket bezogen werden konnte, ist der kombinierte Preis (Preis für Basis- und Sportpaket) massgebend: Dieser beläuft sich für Swisscom-TV-Kunden auf Fr. 42.80 (Fr. 29.90 für das Basispaket + Fr. 12.90 für das Sportpaket), für Kunden anderer TV-Plattformen auf Fr. 49.80 (Fr. 39.90 für das Basispaket + Fr. 9.90 für das Sportpaket; vgl. Verfügung, Rz. 122 und 729; act. 68 [Vertrag zwischen Teleclub und Cablecom, Ziff. 8.1]; act. 93 [Vereinbarung zwischen Teleclub und Sunrise, Ziff. 7.2 f.]). Die Kunden anderer TV-Plattformen bezahlten somit für das kombinierte Basis- und Sportpaket von Teleclub Fr. 7.- mehr, hatten aber weniger Sportkanäle zur Verfügung. Dabei ist irrelevant, dass es sich bei den Sportkanälen 4-29 um sog. "Spill Over Kanäle" (vgl. Beschwerde, Rz. 911) handelt; Fakt ist, dass auf diesen Sendern zusätzliche Spiele gezeigt werden, nach Aussage der Beschwerdegegnerin handelt es sich um Programminhalte des eigentlichen Kernangebots aus führenden Fussball- und Eishockey-Ligen (vgl. Stellungnahme der Beschwerdegegnerin vom 27. April 2021, Rz. 44). TV-Abonnenten, welche diese Spiele sehen wollten oder preissensible Konsumenten, die weniger für das kombinierte Basis- und Sportpaket von Teleclub zahlen wollten, waren gezwungen, auf die Swisscom-TV-Plattform zu wechseln. Insofern sind nicht nur Endkonsumenten, sondern auch die TV-Plattformen als direkte Handelspartner von Teleclub von der unterschiedlichen Preisgestaltung von Teleclub betroffen (vgl. auch Verfügung, Rz. 767).

Das von den Beschwerdeführerinnen aufgeworfene Argument der unterschiedlich hohen Provisionen und Entgelte, die Teleclub den TV-Plattformen und Kabelnetzbetreibern für die Übertragung des Teleclub-Programms entrichtete (vgl. Beschwerde, Rz. 886), hat auf die Endkundenpreise von Teleclub keinen Einfluss, da diese einheitlich von Teleclub vorgegeben werden (vgl. Verfügung, Rz. 756, mit Verweis auf die eingereichten Verträge mit Teleclub; act. 68 [Vertrag zwischen Teleclub und Cablecom, Ziff. 8.1]; act. 93 [Vereinbarung zwischen Teleclub und Sunrise, Ziff. 7.2]). Für die Partner der DCG ist kein Endkundenpreis, sondern ein Bezugspreis von Fr. [...] für das Basisangebot vorgegeben (vgl. act. 67 [Vertrag zwischen Teleclub und den DCG-Partnern, Ziff. 4.1.1]); angesichts des von Teleclub empfohlenen Verkaufspreises von Fr. 39.90 für das Basisangebot und Fr. 9.90 für das Zusatzpaket Sport sowie der übrigen Vorgaben von Teleclub bezüglich der Preisgestaltung (vgl. act. 67 [Vertrag zwischen Teleclub und den DCG-Partnern, Ziff. 4.1.1 und 5.2.1]) dürfte dieser Umstand indessen kaum eine Rolle spielen.

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die Abonnenten von Swisscom TV für das kombinierte Basis- und Sportpaket von Teleclub einerseits weniger als Abonnenten von konkurrierenden TV-Plattformen zahlten und andererseits im Gegensatz zu diesen Abonnenten das vollständige Teleclub-Sportprogramm beziehen konnten.

9.3.3.2 Diskriminierung durch Koppelung von Basis- und Sportpaket

Was den bereits erwähnten Umstand betrifft, dass sowohl bei Swisscom TV als auch bei den anderen TV-Plattformanbietern in der Deutschschweiz das Sportpaket nur zusammen mit dem Basispaket bezogen werden konnte (vgl. Verfügung, Rz. 731; Beschwerde, Rz. 892), macht die Vor-instanz geltend, dass die Kunden von Swisscom TV dieser Koppelung von Basis- und Sportpaketen durch PPV-Bezüge entgehen konnten (vgl. Verfügung, Rz. 733). Die Beschwerdeführerinnen sind der Ansicht, dass PPV keine Umgehung der Koppelung, sondern ein alternatives, differenziertes Produkt auf demselben Markt sei. Für den Preis, den ein Kunde monatlich für das PPC-Sportpaket zahle (Fr. 12.90), könne er nur vier Sportveranstaltungen per PPV sehen (vgl. Beschwerde, Rz. 898); er habe also eine nicht vergleichbare Auswahl zur Verfügung. Insofern trifft zu, dass der Konsum von Sportveranstaltungen per PPV ab fünf Bezügen pro Monat im Vergleich zum PPC-Angebot preislich unattraktiv ist. Dies ändert indessen nichts am Umstand, dass der Konsum von Sportübertragungen per PPV im Untersuchungszeitraum nur für Kunden von Swisscom TV möglich war, da Teleclub den Konkurrenten von Swisscom TV diese Form des Konsums vorenthielt (vgl. Verfügung, Rz. 731), was auch die Antworten auf Frage 9c des ersten Auskunftsbegehrens belegen (vgl. act. 14, 22, 24, 26, 27, 39, 42, 44, 45, 47, 55, 58, 60, 66, 67, 68, 70, 84, 90, 93, 94, 95, 101, 105, 106).

9.3.3.3 Diskriminierung bei der Erlaubnis zur Direktvermarktung

Was schliesslich die nur teilweise zugelassene Direktvermarktung betrifft (vgl. Verfügung, Rz. 727), haben entgegen der Behauptung der Beschwerdeführerinnen (vgl. Beschwerde, Rz. 619 ff.) Untersuchungen stattgefunden; selbst die Beschwerdeführerinnen weisen darauf hin, dass einige Unternehmen zur Direktvermarktung,

und Finecom zu den Vorteilen der Direktvermarktung befragt worden sind (vgl. act. 185, 214, 227, 235).

Unbestritten ist, dass Swisscom, Cablecom und die Partner der DCG im Gegensatz zu den anderen TV-Plattformanbietern Teleclub parallel vermarkten durften, d.h. das Teleclub-Angebot wurde in die TV-Plattform des jeweiligen Anbieters integriert und von diesem vermarktet (vgl. Verfügung, Rz. 94 und 103; Beschwerde, Rz. 888; act. 68 [Vertrag zwischen Teleclub und Cablecom, Ziff. 6]; act. 67 [Vertrag zwischen Teleclub und den DCG-Partnern, Ziff. 5.3]). Die Beschwerdeführerinnen machen nicht geltend, die nicht zur Parallelvermarktung zugelassenen TV-Plattformanbieter wären nicht in der Lage gewesen, Teleclub in ihre TV-Plattformen zu integrieren. Die Abonnenten dieser Plattformanbieter waren daher auf separate Set-Top Boxen von Teleclub angewiesen, um die Teleclub-Programme empfangen und weitergeben zu können (vgl. Verfügung, Rz. 727).

9.3.3.4 Fazit zu den vorgeworfenen Diskriminierungen

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Vorinstanz bezüglich des Umfangs des Teleclub-Sportangebots, der Koppelung von Basis- und Sportpaket sowie der Erlaubnis zur Direktvermarktung zu Recht eine Diskriminierung festgestellt hat.

9.3.4 Wettbewerbsnachteil

9.3.4.1 Argumente der Parteien

Nach Ansicht der Vorinstanz führen die diskriminierenden Verhaltensweisen der Beschwerdeführerinnen zu einer Marktverschliessung. Sie argumentiert, der je nach Plattform unterschiedliche Umfang des Teleclub-Sportangebots sowie das unterschiedliche Preisniveau des Gesamtpakets werde auch von der überwiegenden Mehrheit der Plattformanbieter als Wettbewerbsnachteil qualifiziert. Da die Ligaberichterstattung auf den Teleclub-Sportkanälen 1-3 erheblich weniger umfangreich sei als auf den Teleclub-Sportkanälen 1-29 und das aufgrund der Koppelung reduzierte Sportangebot im Endeffekt teurer als das vollständige, liege ein Wettbewerbsnachteil für die betroffenen TV-Plattformanbieter auf der Hand (vgl. Verfügung, Rz. 741 ff.). Während Teleclub auf allen Plattformen bei den Abonnenten von Teleclub-Set-Top-Boxen einen massiven Kundenrückgang verzeichne, sei bei der Direktvermarktung eine Zunahme oder zumindest kein Verlust zu beobachten (vgl. Verfügung, Rz. 746). Aufgrund der Verfügbarkeit von PPV sei Swisscom von der Koppelung von Basis- und Sportpaket im Ergebnis nicht betroffen; dies beeinträchtige den Wettbewerb zwischen den Plattformanbietern (vgl. Verfügung, Rz. 748 ff.). Auch nach Ansicht der Beschwerdegegnerin stellt die Überlassung von lediglich 3 von 29 Kanälen eine rechtserhebliche Ungleichbehandlung dar, aus der sich unmittelbar eine Wettbewerbsverzerrung ergebe (vgl. Stellungnahme vom 27. April 2021 Rz. 46).

Die Beschwerdeführerinnen halten dagegen, der Wettbewerb unter den TV-Plattformen habe im Untersuchungszeitraum nicht die geringste Beeinträchtigung gezeigt, vielmehr seien fortlaufend neue Wettbewerber in den Markt eingetreten, während es keinen einzigen Marktaustritt gegeben habe (vgl. Beschwerde, Rz. 901, 906). Es könne keine Marktverschliessung gegeben haben, denn auf den überall verfügbaren Sendern 1-3 erscheine ein umfassendes, hochwertiges Sportangebot. Die Vorinstanz hätte daher die Frage untersuchen müssen, ob eine Wettbewerbsbehinderung auf dem TV-Plattformmarkt resultiere, weil Plattformen nicht das zusätzliche, erweiterte Sportangebot hätten übertragen können (vgl. Beschwerde, Rz. 904 f.). Dieses erweiterte Sportangebot sei objektiv nicht notwendig, wie die Vorinstanz im Rahmen der behaupteten Geschäftsverweigerung festgestellt habe; im Rahmen der behaupteten Diskriminierung könne kein anderer Massstab gelten (vgl. Beschwerde, Rz. 911 f.). Die Vorinstanz habe zudem fälschlicherweise den Endkundenpreis beurteilt; selbst wenn auf diesen abzustellen sei, sei angesichts von lediglich Fr. 7.- Preisunterschied bei monatlichen Triple-Play-Kosten von bis zu Fr. 130.- keine Wettbewerbswirkung festzustellen. Die mit Swisscom im Wettbewerb stehenden Plattformen erhielten höhere Provisionen und hätten entsprechend höhere Erträge; diese könnten sie im Wettbewerb einsetzen (vgl. Beschwerde, Rz. 916 f.). Eine Wettbewerbswirkung der Parallelvermarktung sei schon deswegen auszuschliessen, weil der Inhalt des Teleclub-Angebots immer gleich sei (vgl. Beschwerde, Rz. 918). Schliesslich sei eine Wettbewerbswirkung aufgrund des fehlenden PPV-Angebots auszuschliessen. Bei Swisscom TV seien die Abrufzahlen für PPV stark rückläufig, während die Zahl der Sport-Abonnemente angestiegen sei (vgl. Beschwerde, Rz. 922).

9.3.4.2 Prüfung der Wettbewerbsverfälschungen

9.3.4.2.1 Soweit die Beschwerdeführerinnen geltend machen, es habe im Untersuchungszeitraum keinen einzigen Marktaustritt gegeben, ist festzuhalten, dass sich eine nachteilige Einwirkung auf den Wettbewerb nicht mit sofortigen Marktaustritten von Wettbewerbern äussern muss. Vielmehr werden sie den Versuch unternehmen, durch geeignete und ihnen mögliche sonstige wirtschaftliche Massnahmen geschäftlichen Druck zu umgehen oder zumindest abzufedern (vgl. Urteil des BVGer B-831/2011 Rz. 1211, "Six Group").

9.3.4.2.2 Aufgrund des Umstands, dass Teleclub die Endkundenpreise festlegte (vgl. E. 9.3.3.1), konnten die mit Swisscom TV konkurrierenden TV-Plattformen das auf die Kanäle 1-3 reduzierte Sportangebot nicht günstiger anbieten. Zudem konnten sie Gelegenheitskonsumenten von Sportübertragungen, welche das kombinierte Basis- und Sportangebot von Teleclub als zu teuer erachten, angesichts eines fehlenden PPV-Angebots auch nicht auf eine Alternative zum PPC-Angebot von Teleclub verweisen. Sie waren daher im Wettbewerb um Kunden gegenüber Swisscom dreifach eingeschränkt, worauf bereits UPC Cablecom in ihrer Stellungnahme vom 2. Juli 2012 hingewiesen hat (vgl. act. 68, S. 10):

	Swisscom TV	Andere TV-Plattform-anbieter
Umfang des Teleclub-Sportangebots (PPC)	Kanäle 1-29	Kanäle 1-3
Preis des kombinierten Basis- und Sportangebots von Teleclub (PPC)	Fr. 42.80	Fr. 49.80
Möglichkeit, anstelle eines gekoppelten Basis- und Sport angebots Sportübertragungen mittels PPV anzubieten	Ja	Nein

Diese Unterschiede haben nach Aussage von UPC Cablecom dazu geführt, dass UPC Cablecom seit dem Beginn des Vertriebs von Teleclub-Produkten über ihre Digital TV-Plattform im Sommer 2007 und dem Start der digitalen TV-Plattform von Swisscom bis zum Jahr 2012 ca. [...] % der Teleclub-Kunden verloren hat. Sie hätten aufgrund der attraktiveren kommerziellen Angebote auf die Swisscom-Plattform gewechselt (act. 68, S. 9 f.). Aus der entsprechenden Beilage ist ersichtlich, dass ihre Teleclub-Teilnehmerzahlen zwischen Januar 2007 und Mai 2012 tatsächlich von [...] auf [...] gesunken sind (vgl. act. 68, Beilage 6.6).

Auch andere TV-Plattformanbieter weisen auf Kundenrückgänge hin, die auf das unvollständige Teleclub-Sportangebot oder die fehlende Möglichkeit, Teleclub-Sportübertragungen per PPV zu konsumieren, zurückzuführen sind. Dabei handelt es sich ausschliesslich um Unternehmen, die ihren Kunden die Sportkanäle 1-3 von Teleclub zur Verfügung stellen (vgl. die Antworten auf Frage 7 des Auskunftsbegehrens vom 30. Mai 2012 [act. 3]), womit entgegen der Kritik der Beschwerdeführerinnen die "wettbewerbliche Relevanz des Deltas", d.h. des erweiterten Sportangebots (Kanäle 4-29) untersucht wurde (vgl. Beschwerde, Rz. 903 ff., 907 ff.). So wurde namentlich ausgeführt:

> "Kunden welche das Pay per View Angebot haben möchten, sind gezwungen, auf das Swisscom TV Angebot zurückzugreifen. Damit sind wir Kabelnetzanbieter per se benachteiligt" (act. 24, Antwort auf Frage 18).
>
> "Nach unseren Kundenbefragungen bei einem Anbieterwechsel zu Swisscom haben ca. 1/3 der Kunden angegeben, dass der Hauptentscheidungsgrund der Abruf der Sportveranstaltungen sei" (...) "Dabei ist zu bemängeln, dass (...) keine Sportkanäle on Demand bezogen werden können" (act. 39, Antworten auf die Fragen 15 und 18).
>
> "Die allermeisten Wechsel zu Swisscom-TV werden mit den fehlenden Sportangeboten, insbesondere auch die fehlende Übertragung von Eishockeyspielen, begründet" (act. 42, Antwort auf Frage 15).
>
> "In der Region Basel hat der Fussballclub FC Basel eine sehr grosse Bedeutung, daher ist auch das Interesse an den Spielen gross. In der Vergangenheit wurden wir sehr oft von Abonnenten angefragt, ob wir nicht auch über ein Angebot wie Swisscom mit den Live-Spielen verfügen. Wir sind davon überzeugt, dass - wenn wir ebenfalls Live-Spiele anbieten würden - neue Kunden hinzugewinnen könnten und bestehende Kunden mehr Dienste bei uns abonnieren würden. Zudem sinkt die Zahl der Teleclub-Abonnenten in unserem Einzugsgebiet in den letzten Jahren kontinuierlich. Mit zusätzlichen Exklusiv-Angeboten via Teleclub könnte dieser Trend sicherlich gestoppt bzw. ins Gegenteil gekehrt werden" (act. 47, Antwort auf Frage 15).
>
> "Es geht (...) im Zusammenhang mit dem Teleclub vor allem um die Möglichkeit 'Live Sport' anzubieten. Die interaktive TV-Plattform QL Verte! kann technisch auch das Modell, pay per view' abbilden und gerade dies ist im Wettbewerb mit der Swisscom der entscheidende Faktor im Zusammenhang mit der Digitalisierung im TV-Bereich" (...) "Kunden, die sich gegen QL entscheiden, tun dies vornehmlich auf Grund des fehlenden sportlichen Inhalts. Ein weiteres wichtiges Feature ist die Sendervielfalt" (...) "Aufgrund von regelmässigen Kundenumfragen wissen wir, dass bei rund [...] % der Kunden, welche sich für Swisscom TV und gegen das QL-DTV-Angebot entscheiden, der 'Live Sport' (vor allem Schweizer Eishockey- und Fussballspiele) das entscheidende Kriterium ist" (...) "Es ist aus unserer Sicht nicht problematisch, dass Teleclub gewisse Rechte am Schweizer Sport exklusiv erwirbt. Es ist jedoch inakzeptabel, dass diese Rechte im relevanten Bereich - sprich der Möglichkeit auf 21 Kanälen alle Spiele zu sehen bzw. 'pay per view' - von Teleclub exklusive der Swisscom für deren TV-Angebot zur Verfügung gestellt werden (act. 58, Antworten auf Fragen 12b, 14, 15 und 18).
>
> "Pay-per-View wird nur im swisscom tv angeboten. Der hbbtv-Standard würde sich eignen, um ein solches Angebot für alle Anbieter zu starten" (...) "Wir können die Wünsche der Kunden nach grösserer Vielfalt nicht erfüllen. Wir sind beschränkt auf die 3 Sportkanäle von Teleclub und das in schlechter Bildqualität" (act. 60, Antwort auf Fragen 11, 12, 15 und 18).
>
> "Sport kann nur live die ganze Spannung und Emotionen auslösen und den Kunden begeistern. 20 - 30 Prozent des Kundenpotenzials sind langfristig nicht zu halten, wenn ein Konkurrent Sport live exklusive anbieten kann" (act. 67, Antwort auf Frage 15).
>
> "Wenn wir Kunden an unseren Hauptkonkurrenten Swisscom verlieren, dann meistens wegen den dort angebotenen Sportprogrammen mit den damit verbundenen exklusiven Ereignissen" (act. 90, Antwort auf Frage15).
>
> "Für einen signifikanten Teil des Endkundenmarkts sind diese exklusiven Sportereignisse der entscheidende Faktor bei der Auswahl des Anbieters. Wer diese Ereignisse nicht anbieten kann, ist nicht in der Lage, den gesamten Markt anzusprechen. Zudem verlieren Anbieter, welche die fraglichen Sportereignisse nicht im Angebot führen, auch bestehende Festnetz- oder Internetkunden an Swisscom, da letztere ihr TV-Angebot nur im Paket mit Festnetztelefonie und Internet vermarktet" (act. 93, Antwort auf Frage 15).

"Viele Kunden begründen die Kündigungen immer wieder mit dem im Kabelnetz fehlenden Angeboten von Live Sport Übertragungen. In unserem Gebiet verstärkt Spiele der Tigers, etc." (act. 94, Antwort auf Frage 18).

"Für Swisscom TV bedeutet die Live-Ausstrahlung exklusiver Sportereignisse ein entscheidender Wettbewerbsvorteil, der nachweislich dazu führt, dass viele Kunden der GGA Maur aus diesem Grund kündigen" (act. 106, Antwort auf Frage 15).

9.3.4.2.3 Es trifft zwar zu, dass die Sportkanäle 4-29 bei der Beurteilung der Geschäftsverweigerung als nicht objektiv notwendig qualifiziert wurden, wie die Beschwerdeführerinnen geltend machen (vgl. Beschwerde, Rz. 911). Dennoch wurden die fehlenden Sportkanäle von den TV-Plattformen als Nachteil im Wettbewerb mit Swisscom TV kritisiert, wie soeben gezeigt wurde. Zudem sind im vorliegenden Zusammenhang die Nachteile des höheren Preises und der fehlenden PPV-Ausweichmöglichkeit, zu berücksichtigen; diese Umstände spielten bei der Geschäftsverweigerung keine Rolle.

Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerinnen wird die fehlende Verfügbarkeit von Sportübertragungen per PPV von den TV-Plattformanbietern als Wettbewerbsnachteil erachtet, wie verschiedene Stellungnahmen zeigen (vgl. namentlich die vorzitierten Stellungnahmen von act. 24, 39, 58und 60). Dies ist nachvollziehbar, stellt diese Funktion doch eine interessante Alternative zum gekoppelten Basis- und Sportangebot dar, die entsprechend vermarktet werden kann, z.B. als Einsteigerangebot (vgl. "Swisscom entdeckt den TV-Sport", 2. September 2008, <www.werbewoche.ch>, zuletzt abgerufen am 27.01.2022).

Dagegen werden die höheren Endkundenpreise von den Plattformanbietern nur vereinzelt kritisiert (vgl. act. 68, S. 9 f.; act. 84, Antwort auf Frage 18) und dürften demnach aus deren Sicht kein entscheidender Wettbewerbsfaktor sein. Aus Endkundensicht darf aber nicht davon ausgegangen werden, dass der Preisunterschied von Fr. 7.- vernachlässigbar ist, wie die Beschwerdeführerinnen argumentieren (vgl. Beschwerde, Rz. 917), summiert sich doch der Preisunterschied bei gleichzeitig geringerem Umfang des Sportangebots auf Fr. 84.- pro Jahr.

9.3.4.2.4 Was des Weiteren die Parallelvermarktung betrifft, vermögen die Beschwerdeführerinnen keine Wettbewerbswirkung zu erkennen, weil der Inhalt des Teleclub-Angebots der gleiche bleibe (vgl. Beschwerde, Rz. 918). Die Vorinstanz stellte dagegen fest, dass bei Plattformen mit Direktvermarktung eine Zunahme oder zumindest kein Verlust von Teleclub-Abonnenten zu beobachten sei, ohne dies weiter zu substantiieren (vgl. Verfügung, Rz. 746). Dies trifft indessen namentlich nicht auf Cablecom zu, die einen Kundenrückgang zwischen [...] und [...] zu beklagen hatte, wie bereits ausgeführt wurde (vgl. E. 9.3.4.2.2). Hinzu kommt, dass die Parallelvermarktung primär einen Komfortvorteil für die Kunden darstellt. So erklärte Finecom auf die Frage, welche Vorteile die Endkunden haben, wenn Teleclub vom Plattformanbieter vermarktet wird (act. 238, Antwort auf Frage 10):

"Für den Endkunden besteht der grosse Vorteil, dass er nicht zwei STB und somit auch nur eine zusätzliche Fernbedienung benötigt. Diese Erleichterung macht das Fernseh-Erlebnis in vielen Bereichen wie bspw. dem Zapping deutlich kundenfreundlicher Zudem hat der Kunde einen Ansprechpartner bei Fragen oder Problemen, was die Kommunikation mit dem Kunden vereinfacht und die Servicequalität verbessert. Auch erhält der Kunde so nur eine Rechnung von einem Anbieter. Nicht zuletzt profitiert er bei Bündel-Angeboten von einem attraktiveren Preis-Leistungsverhältnis. Überdies schlagen sich die tieferen Kosten in günstigeren Konditionen für die Endkunden nieder."

Nebst dem Komfortvorteil für die Endkunden erschliesst sich aus der Antwort von Finecom, dass die Parallelvermarktung angesichts der direkten Kommunikationsmöglichkeit mit den Endkunden auch für die Plattformbetreiber von Vorteil ist oder zumindest sein kann. Diese Möglichkeit können sie grundsätzlich für eigene Informationen, Werbung oder andere Leistungen nutzen.

Der wettbewerbliche Effekt des genannten Komfortvorteils sowie der direkten Kommunikationsmöglichkeit dürfte jedoch angesichts der Tatsache, dass im Übrigen der gleiche Inhalt ausgestrahlt wird, kaum bestimmbar sein. Abgesehen davon erachtet es das Bundesverwaltungsgericht als erwiesen, dass bereits die Diskriminierung durch unterschiedlichen Umfang des Teleclub-Sportangebots und durch die unterschiedliche Verfügbarkeit von Teleclub-Sportübertragungen per PPV zu einer Wettbewerbsbehinderung auf dem TV-Plattformmarkt führt.

9.3.5 Rechtfertigungsgründe

9.3.5.1 Technische Gründe

9.3.5.1.1 Dass nur Swisscom TV die PPC-Übertragung des erweiterten Sportangebots von Teleclub sowie von einzelnen Fussball- und Eishockeyspielen per PPV anbieten durfte, rechtfertigen die Beschwerdeführerinnen mit technischen Gründen (vgl. Beschwerde, Rz. 880, 899, 924 ff.). Hierzu reichten sie das Gutachten "Übertragung des erweiterten Sportangebots von Teleclub 2006 bis 2013" vom 28. Juni 2019 ein. Dieses kommt zum Schluss, während des gesamten Untersuchungszeitraums sei Swisscom die einzige TV-Anbieterin in der Schweiz gewesen, die das erweiterte Teleclub-Sportangebot einschliesslich PPV für Live-Sport den Endkunden überhaupt habe bereitstellen können (vgl. Gutachten, S. 6).

Entscheidend sei gewesen, ob die konkrete Belegung des verfügbaren Bandbreitenspektrums es zuliess, zusätzlich das erweiterte Teleclub-Sportangebot neben den weiteren Diensten zu übertragen (vgl. Gutachten, S. 27). Die Prämisse des Gutachtens, dass bei den Kabelnetzen eine totale Bandbreite von 5 bis 862 MHz zur Verfügung stehen muss (vgl. Gutachten, S. 26, Bild 5), ist aufgrund der technischen Literatur nachvollziehbar (vgl. ULRICH FREYER, Nachrichten-Übertragungstechnik, München 2017, S. 472). Das Gutachten nimmt zudem an, dass das erweiterte Teleclub-Sportprogramm im Umfang von 26 Kanälen (ab September 2010) einen Bandbreitenbedarf von 80 MHz hat, und im Jahr 2014

ca. 60 MHz für den Rückkanal, ca. 20.5 MHz für UKW, ca. 300 MHz für analoge TV-Programme, ca. 350 MHz für digitale TV-Programme und ca. 100 MHz für Internet und Telefonie beansprucht wurden (vgl. Gutachten, S. 26, Bild 5). Dabei setzt es die Implementierung des DOCSIS 3.0-Standards (vgl. hierzu: ANDRES KELLER, Breitbandkabel und Zugangsnetze, 2. Aufl., Heidelberg 2011, S. 334 ff.) sowie des DVB-C-Standards voraus (vgl. Gutachten, S. 20 ff.). Folgende KNU haben laut dem Gutachten DOCSIS 3.0 während des Untersuchungszeitraums implementiert, wobei sich das Gutachten diesbezüglich auf die Untersuchung von Cablecom und KNU des Quickline-Verbunds beschränkt hat: WWZ (anfangs 2008), Cablecom (2009), Flims Electric (2011) sowie EWA und EBL im Jahr 2013 (vgl. Gutachten, S. 23 [Bild 4] und S. 40 [Tabelle 13]). Diese und andere Unternehmen verfügten über Bandbreiten von 856 MHz respektive 860 MHz (vgl. Gutachten, S. 40, 53 f.): Cablecom (856 MHz ab 2009), EBL (860 MHz ab 2013), Energie Seeland (856 MHz ab 2013), InterGGA (856 MHz ab 2013), WWZ (860 MHz ab 2007), Renet (856 MHz ab 2008), Flims Electric (856 MHz ab 2010), GBM (860 MHz ab 2011), EWA (856 MHz ab 2012) und Valaiscom (860 MHz ab 2011). Mindestens diese vom Gutachten genannten Unternehmen hätten somit grundsätzlich, d.h. unter Umständen unter Verzicht auf die Übertragung anderer Programme, über die erforderliche Bandbreite verfügt, um das erweiterte Teleclub-Sportprogramm zu übertragen.

9.3.5.1.2 Zwar waren Kabelnetzbetreiber, die Radio- und Fernsehprogramme analog und digital anboten, bis zum Ende des Untersuchungszeitraums verpflichtet, gewisse in- und ausländische Programme in beiden Technologien zu verbreiten (Art. 59 und 60 RTVG), was entsprechende Übertragungskapazitäten erforderte. Denn ein analoges TV-Programm beansprucht einen Kanal von 7 oder 8 MHz (vgl. ERIC KARSTENS, Fernsehen digital, S. 64 und 66; Gutachten der Beschwerdeführerinnen, S. 26, Bild 5; "Wie funktioniert digitales Fernsehen?", S. 29, <www.suissegital.ch>, zuletzt abgerufen am 27.01.2022), während durch die digitale Datenkompression pro Frequenz oder Kanal über zehnmal mehr Signale übertragen werden können (vgl. OSTERWALDER, a.a.O., S. 22; Beschwerdeentscheid der REKO/WEF vom 20. März 2003 i.S. Cablecom/Teleclub, Sachverhalt Bst. A., in: RPW 2003/2 S. 406 ff.; Entscheid des Bundesrats vom 5. Juni 2001, in: VPB 65.88 E. 2; KAUMANNS/SIEGENHEIM/SJURTS [Hrsg.], Auslaufmodell Fernsehen?, a.a.O., S. 188, 222, 334). Die analoge Verbreitungspflicht (Must Carry-Pflicht) wurde in zwei Schritten aufgehoben (vgl. Verordnung des UVEK vom 5. Oktober 2007 über Radio und Fernsehen [SR 784.401.11], Änderung vom 13. Mai 2013): Per 1. Juni 2013 entfiel die Aufschaltverpflichtung für die ausländischen Programme (ARD, ORF 1, France 2, Rai Uno, ARTE, 3 Sat, TV5, Euronews), ab 1. Januar 2015 konnte auch auf die analoge Verbreitung der inländischen Must-Carry-TV-Programme verzichtet werden (SRG-Programme, regionale, konzessionierte Programme). Bei Abgabe eines kostenlosen Digital/Analog-Wandlers (Konverter) für den Empfang eines gleichwertigen digitalen Grundangebots wurden Kabelnetzbetreiber schon vor diesem Zeitpunkt von allen analogen Must-Carry-Pflichten entbunden (vgl. "Kabelnetzbetreiber können analoge Programme frei wählen", <www.bakom.admin.ch>, zuletzt abgerufen am 27.01.2022). 2011 strahlten die KNU nach Angaben von Swisscable 54 analoge Programme aus (vgl. Stellungnahme Swisscable vom 15. Oktober 2012 S. 7 [act. 119]). Da die Must-Carry-Pflichten je nach Region lediglich 18 bis 20 analoge TV-Programme betraf (vgl. Stellungnahme Swisscable vom 15. Oktober 2012 S. 7 f. [act. 119]; "Übersicht Must-Carry-Programme", <www.bakom.admin.ch>, zuletzt abgerufen am 27.01.2022), hätten die KNU die Bandbreite für analoge Programme bis auf 126 bis 160 MHz reduzieren können. Die so freigewordene Kapazität von 140 bis 174 MHz hätten sie grundsätzlich für das erweiterte Teleclub-Sportprogramm mit einer geschätzten Bandbreite von 80 MHz beanspruchen können (vgl. Stellungnahme Swisscable vom 15. Oktober 2012 S. 7 [act. 119]). Zu diesem Schluss kam offenbar auch das Gutachten, wenn es etwa in Bezug auf Quickline festhält, dass die Kapazitäten "nicht auf allen zum Verbund gehörenden Kabelnetzen" vorhanden gewesen seien (vgl. Gutachten, S. 57). Mit anderen Worten mussten einige KNU des Quickline-Verbunds genügend Kapazitäten aufgewiesen haben.

9.3.5.1.3 Hinsichtlich des DVB-C-Standards präzisiert das Gutachten, dass dieser vor 2013 keine PPV-Funktionalität vorgesehen habe, so dass der Einzelabruf der Live-Events auf Kabel nur in einer technisch proprietären, sehr aufwändigen Lösung zu realisieren gewesen wäre (vgl. Gutachten, S. 28). UPC habe PPV während des ganzen Untersuchungszeitraums nicht angeboten (vgl. Gutachten, S. 40 ff. und S. 66, Tabelle 14 "Entwicklung der TV und VoD-Angebote von UPC von 2005-2013"). Zu Quickline hält das Gutachten fest, dass die ab August 2010 vermarktete TV-Plattform "Quickline Verte!" zwar Funktionen wie Videos auf Abruf ermöglicht habe; damit sei aber der Einzelabruf von Live-Inhalten nicht möglich gewesen (vgl. Gutachten, S. 52 ff.). Dagegen erklärte ein KNU gegenüber der Vor-instanz, der hbbtv-Standard würde sich eignen, um ein Angebot für Live-Spiele von Teleclub zu starten (vgl. act. 60, Antwort auf Frage 12a). Des Weiteren führte Cablecom an der Anhörung vom 7. März 2016 vor der Vor-instanz aus, seit die Übertragungen im Kabelnetz für digitale TV-Inhalte nach DVB-Standard erfolgten, hätten Kabelnetzbetreiber auch die Möglichkeit PPV-Inhalte anzubieten. Der Umstand, dass dies nicht getan werde, liege eher an den fehlenden Inhalten als an den fehlenden Funktionalitäten der Plattformen (vgl. act. 476, S. 4).

9.3.5.1.4 Da während des Untersuchungszeitraums offenbar weder Cablecom noch der Quickline-Verbund über ein PPV-Angebot für Live-Spiele verfügten und der entsprechende DVB-C-Standard erst 2013 eingeführt wurde, muss davon ausgegangen werden, dass für die KNU keine oder nur eine erschwerte Möglichkeit bestanden hätte, Live-Spiele per PPV anzubieten.

9.3.5.1.5 Hinsichtlich Sunrise stellte das Gutachten fest, dass es Sunrise durch die Implementierung von ADSL 2+, den Einsatz von VDSL und Partnerschaften mit anderen Netz-Anbietern seit anfangs 2012 möglich gewesen sei, eine höhere Anzahl an TV-Kanälen in SD (17 Kanäle ab Mai 2012) und HD (20 Kanäle ab September 2012) zu transportieren und zusätzliche TV-Applikationen zu vermarkten (vgl. Gutachten, S. 59 f.).

Die TV-Plattformen von Swisscom und Sunrise beruhten zwar beide auf DSL, doch seien die TV-Angebote völlig unterschiedlich aufgebaut und implementiert; so sei Sunrise auf Netstream angewiesen, um den Endkunden einen IPTV-Service anbieten zu können ("Managed Service"). Sunrise bzw. ihre Partner hätten ein PPV-Angebot erst auf der 2016 eingeführten Sunrise TV Box UHD als Funktion ermöglicht und ab Dezember 2017 kommerziell realisiert (vgl. Gutachten, S. 62 f.). Die Funktion "PPV von Live-TV" habe während des gesamten - langen - Untersuchungszeitraums (2005-2013) nur Swisscom angeboten (vgl. Gutachten, S. 14). Das Gutachten kommt zum Schluss, "dass auch die IPTV-Plattform von Sunrise während des gesamten Untersuchungszeitraums nicht in der Lage war, das erweiterte Teleclub Sportangebot einschliesslich PPV für Live-Inhalte zu übertragen" (vgl. Gutachten, S. 64). Das Gutachten macht indessen keine explizite Aussage darüber, ob Sunrise das erweiterte Sportangebot von Teleclub ohne PPV für Live-Inhalte hätte übertragen können (vgl. Gutachten, S. 64). Die Beschwerdegegnerin macht diesbezüglich geltend, sie hätte das vollständige Teleclub-Sportangebot im Untersuchungszeitraum ohne Weiteres ausstrahlen können, da ihre IPTV-Plattform systembedingt nicht allfälligen Bandbreitenbeschränkungen der Kabelnetze unterlegen wäre. Des Weiteren ist in der Tat nicht ersichtlich, weshalb der Beizug eines "Managed Service" im Vergleich zu einer selbst entwickelten IPTV-Lösung die Qualität oder den Umfang des Angebots grundsätzlich negativ beeinflussen sollte (vgl. Duplik der Beschwerdegegnerin, Rz. 43, 46). Zudem weist die Beschwerdegegnerin darauf hin, dass das von Netstream für sie entwickelte PPV-Angebot heute (mit Anpassungen) auf der gleichen Plattform wie während des Untersuchungszeitraums laufe. Das Parteigutachten unterliege der irrigen Vorstellung, PPV habe erst mit der "Aruba" Set-Top Box ("STB") implementiert werden können, demgegenüber laufe PPV einwandfrei und nachweislich auch auf der älteren "Entone" STB. Spätestens mit der Einführung von ADSL2+ in ihrem Netz ab 2008 sei die Übertragung von PPC und PPV ohne weiteres möglich gewesen (vgl. Duplik der Beschwerdegegnerin, Rz. 44 und Fn. 6). Dass diese Anwendungsmöglichkeiten bestanden, bestreiten die Beschwerdeführerinnen nicht substantiiert. Sie weisen auf einen Widerspruch der Beschwerdegegnerin betreffend den für die Entwicklung der PPV-Funktion nötigen Aufwand sowie erneut auf das Gutachten hin (vgl. Stellungnahme vom 31. März 2021, Rz. 111 ff.). Das Gutachten erwähnt zwar die von der Beschwerdegegnerin genannte "Entone" STB (vgl. Gutachten, Tabelle S. 14), äussert sich aber weder zur "Aruba" STB noch zu allenfalls inexistenten PPV-Möglichkeiten der "Entone" STB. Hinzu kommt, dass selbst das Gutachten davon ausgeht, dass Sunrise Abrufe von Live-TV-Sendungen hätte anbieten können, wenn sie Netstream mit der Implementierung dieser Funktion beauftragt hätte (vgl. Gutachten, S. 60). Schliesslich qualifiziert das Gutachten Sunrise TV anders als die Beschwerdeführerinnen respektive der von ihnen zitierte SRF-Beitrag nicht als Prototypen. Damit vermochten die Beschwerdeführerinnen die überzeugende Darlegung der Beschwerdegegnerin, dass sie das erweiterte Teleclub-Sportangebot in Form von PPC hätte übertragen und Live-Sport als PPV anbieten können, nicht zu entkräften.

9.3.5.1.6 Als Fazit ist festzuhalten, dass entgegen den Schlüssen des Privatgutachtens zahlreiche KNU durch Kapazitätserweiterungen und Sunrise durch Einführung von ADSL+ im Laufe des Untersuchungszeitraums die Möglichkeit gehabt hätten, auch das erweiterte Sportprogramm von Teleclub auszustrahlen. Dagegen hätten die KNU im Gegensatz zu Sunrise PPV für Live-Sport mutmasslich nur unter erschwerten Bedingungen anbieten können.

9.3.5.2 Höhere Provisionen bei den Drittplattformen

Die Beschwerdeführerinnen machen geltend, die Preisunterschiede gegenüber Swisscom TV seien angesichts der höheren Provisionen für die Drittplattformen gerechtfertigt; diese seien das Ergebnis von Verhandlungen und reflektierten die unterschiedlichen Kosten der vielen verschiedenen Plattformen (vgl. Beschwerde, Rz. 939 ff.).

Die Vorinstanz weist darauf hin, dass die Provisionen der Vertragspartner stark variierten, demzufolge müssten auch die Endkundenpreise bei allen betroffenen Plattformanbietern unterschiedlich sein, dies sei aber - ausser bei Swisscom - nicht der Fall. Somit erfolge die Festlegung des Endkundenpreises nicht in Abhängigkeit von der Provision (vgl. Verfügung, Rz. 755).

Aus den Akten ergibt sich beispielhaft, dass Teleclub sowohl Sunrise als auch UPC eine umsatzabhängige Provision bezahlt: Die Grundprovision beträgt bei Sunrise [...] % und erhöht sich mit steigender Abonnentenzahl (vgl. Vereinbarung zwischen Teleclub und Sunrise betreffend Teleclub Digital vom 11./21. Mai 2012, Ziff. 8.1 [act. 93]), bei UPC [...] % (bei Verbreitung über die Teleclub-Plattform) respektive [...] % (bei Verbreitung über die Plattform von UPC), wobei sie sich nur beim Modell "Verbreitung über die Plattform von UPC" mit steigender Abonnentenzahl erhöht (vgl. act. 68, Antwort auf Frage 9a, Beilagen 9.4 [Ziff. 9.3] und 9.5 [Ziff. 7.1]). Ungeachtet dieser Unterschiede in der Provision sind die Teleclub-Endkundenpreise bei Sunrise und UPC gleich hoch (vgl. E. 9.3.3.1). Wie die Vorinstanz kann auch das Bundesverwaltungsgericht keine Abhängigkeit des Endkundenpreises von der durch Teleclub geleisteten Provision feststellen. Der Rechtfertigungsgrund überzeugt nicht.

9.3.5.3 Investitionsschutz

Die Beschwerdeführerinnen bringen weiter vor, Swisscom habe sich massgeblich an der Realisierung und Produktion des Inhalts beteiligt und dabei namhafte finanzielle Beiträge geleistet (vgl. Beschwerde, Rz. 880). Vorliegend seien alle Effizienzkriterien erfüllt: Es werde ein zusätzliches Angebot realisiert, das den Kunden ohne die Zusammenarbeit nicht zur Verfügung stünde. Die Zusammenarbeit sei unverzichtbar, um dieses erweiterte Angebot zu realisieren, negative Auswirkungen auf den TV-Plattformmarkt seien nicht ersichtlich und der TV-Plattformwettbewerb werde durch die Zusammenarbeit von Swisscom und Teleclub sehr belebt. Zu berücksichtigen sei namentlich auch, dass Swisscom TV in seinen Anfangszeiten ein gerichtlich festgestelltes Gebietsmonopol der Kabelnetze habe aufbrechen müssen, um überhaupt als TV-Plattform Fuss zu fassen (vgl. Be-

schwerde, Rz. 943 ff.). Schliesslich weisen die Beschwerdeführerinnen darauf hin, dass die Koppelung des Sportpakets an das Basispaket gerechtfertigt sei: Hauptgrund für die Koppelung sei das international branchenübliche "buy through"-Modell, mit dem Teleclub Verbundvorteile realisiere, die es erst ermöglichten, dass das Sportpaket für lediglich Fr. 12.90 respektive Fr. 9.90 angeboten werden könne (vgl. Beschwerde, Rz. 893 ff.).

Nach Auffassung der Vorinstanz kann weder die Kombination von Angebots- und Preisdifferenzierung noch die Koppelung von Basis- und Sportpaket volkswirtschaftlich effizient sein. Zudem stehe einem allfälligen wettbewerbsfördernden Effekt durch den Neueintritt in den TV-Markt ein wettbewerbsverzerrender Effekt im Breitbandinternet gegenüber. Es lägen daher keine Effizienzgründe vor, welche eine Diskriminierung rechtfertigen könnten (vgl. Verfügung, Rz. 761 ff.).

Zu berücksichtigen ist, dass es sich bei den geltend gemachten Effizienzvorteilen nicht um rein betriebswirtschaftliche Zugewinne an Leistungsfähigkeit handeln darf. Nötig ist eine gesamtwirtschaftliche Betrachtung, d.h. die Effizienzvorteile müssen zumindest teilweise über den Markt an weitere Marktteilnehmer weitergegeben werden (vgl. Botschaft des Bundesrats vom 22. Februar 2012 zur Änderung des Kartellgesetzes und zum Bundesgesetz über die Organisation der Wettbewerbsbehörde, BBl 2012 3905 S. 3943; BORER, a.a.O., Art. 5, Rz. 46; PATRICK L. KRAUSKOPF/FELIX SCHRANER, Kartellrechtliche Compliance: Praxistipps für Unternehmen und Manager, Schulthess Manager Handbuch 2017, S. 65; KRAUSKOPF/KAUFMANN, Rechtfertigungsgründe bei Wettbewerbsabreden, S. 71; WEBER/VOLZ, a.a.O., Rz. 2.376). So können etwa verbesserte Produkte Effizienzvorteile darstellen (vgl. BORER, a.a.O., Art. 5, Rz. 48; SCHWALBE/ZIMMER, Kartellrecht und Ökonomie, 2. Aufl. 2011, S. 426, 439), allerdings nur unter der soeben erläuterten Voraussetzung, dass sie nicht nur der eigenen Kundschaft, sondern dem Markt insgesamt zugutekommen.

Grundsätzlich ist festzuhalten, dass die Beschwerdeführerinnen mit ihren Investitionen in ein breites Sportangebot im Pay-TV ein Angebot geschaffen haben, das den (sportbegeisterten) Endkonsumenten zugutekommt, aber mit einer kombinierten Angebots- und Preisdifferenzierung sowie letztlich mit Marktverlusten anstatt zusätzlicher Nachfrage bei den Konkurrentinnen von Swisscom einhergeht. Hinzu kommt, dass Swisscom-Kunden für den Bezug des neuen TV-Angebots einen Breitband-Internetanschluss von Swisscom benötigen (vgl. act. 101, Antwort auf Frage 17; act. 448, Beilage 4), was die ohnehin starke Stellung von Swisscom auf dem Markt für Breitbandinternet (vgl. etwa das Gutachten der WEKO vom 3. September 2007, "Schneller Bitstromzugang", in: RPW 2008/1 S. 222 ff., S. 229) und damit verbundenen Märkten verstärkte. Daher hat die Vorinstanz zu Recht festgestellt, dass die Kombination von Angebots- und Preisdifferenzierung trotz Schaffung eines neuen TV-Angebots volkswirtschaftlich nicht effizient sein kann. Des Weiteren gelang es den Beschwerdeführerinnen auch nicht darzulegen, inwiefern es verhältnismässig sein sollte, eine geringere Anzahl Sportkanäle mit einem höheren Endkundenpreis zu kombinieren; als milderes Mittel wäre etwa die Bereitstellung einer höheren Anzahl Sportkanäle, das Senken des Endkundenpreises auf Swisscom-Niveau oder zumindest eine zeitliche Limitierung der kombinierten Angebots- und Preisdifferenzierung in Frage gekommen. Dieselbe Überlegung hindert die Rechtfertigung als neu geschaffenes Produkt gegenüber dem Vorwurf der Geschäftsverweigerung (vgl. vorne, E. 9.2.8.2.2).

Was die Koppelung von Basis- und Sportpaket betrifft, haben die Beschwerdeführerinnen zu Recht darauf hingewiesen, dass das Sekretariat der Vorinstanz im Verfügungsantrag eine solche als branchenüblich bezeichnet hat. Zudem hat es argumentiert, die mit der Koppelung verbundenen Effizienzgewinne (Verbundvorteile und tiefere Transaktionskosten, die zu tieferen Endkundenpreisen und besserem Spielfilmangebot führen könnten) vermöchten möglicherweise die Abschottungswirkung der Koppelung aufzuwiegen (vgl. Verfügungsantrag vom 21. Juli 2015, Rz. 606 [act. 407]). In der angefochtenen Verfügung werden nunmehr keine "legitimate business reasons" hinsichtlich der diskriminierenden Koppelung anerkannt, da sie auf einem von hohen Wechselkosten und neuen Netzwerktechnologien geprägten Markt zu Gunsten von Swisscom eine grosse Wettbewerbsbeeinträchtigung entfalte (vgl. Verfügung, Rz. 763).

Es trifft zu, dass die deutschsprachigen Basis- und Sportpakete auf allen TV-Plattformen einschliesslich Swisscom TV nur gekoppelt angeboten werden (vgl. Verfügung, Rz. 731; Beschwerde, Rz. 892). Insofern betreffen Vor- und Nachteile der Koppelung alle TV-Plattformen und deren Kunden. Im vorliegenden Fall sind aber nicht allfällige Effizienzgewinne aufgrund der Koppelung, sondern aufgrund der sich aus der Koppelung ergebenden Diskriminierung zu beurteilen. Dabei geht es wie bereits ausgeführt um die Möglichkeit der Swisscom-Kunden, der Koppelung mittels Bezug von PPV-Sportinhalten zu entgehen. Diesbezüglich vermochten die Beschwerdeführerinnen nicht darzulegen, inwiefern die damit erzielten Effizienzgewinne im eingangs genannten Sinne wettbewerbsfördernd sind.

9.3.5.4 Abwehrhandlung

Schliesslich erklären die Beschwerdeführerinnen, Teleclub sei von verschiedenen KNU, allen voran Cablecom und Finecom, bei der Aufschaltung des HD-Programmangebots und auch mit der Verwendung unsicherer Verschlüsselungsmethoden diskriminiert und im Wettbewerb behindert worden. In einer solchen Situation könne Teleclub kein Diskriminierungsvorwurf gemacht werden (vgl. Beschwerde, Rz. 949 f., mit Verweis auf act. 362). Dabei verweisen sie auf das Urteil des BGer 2A.142/2003 in Sachen "Cablecom/Teleclub". Danach ist es 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 dort wirksamen Wettbewerb zu verunmöglichen (vgl. Urteil des BGer 2A.142/2003 E. 5.2.2, "Cablecom/Teleclub"). Inwiefern die Beschwerdeführerinnen mit ihrem Verhalten eine allenfalls unzulässige Verhaltensweise der von ihnen genannten KNU verunmöglichen können (im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung), ist nicht ersichtlich.

Soweit sie sich mit ihrem Argument implizit auf Notwehr als (übergesetzlichen) Rechtfertigungsgrund berufen (vgl. KRAUSKOPF/KAUFMANN, Rechtfertigungsgründe bei Wettbewerbsabreden, a.a.O., S. 68 ff. [nachfolgend: Rechtfertigungsgründe bei Wettbewerbsabreden]) und ein solcher überhaupt anerkannt werden kann, sind verschiedene Voraussetzungen zu erfüllen; so ist eine Notwehrhandlung ausgeschlossen, wenn staatliche Behörden (Wettbewerbsbehörden oder Gerichte) einen hinreichend effektiven Rechtsschutz gewährleisten (vgl. KRAUSKOPF/KAUFMANN, Rechtfertigungsgründe bei Wettbewerbsabreden, a.a.O., S. 70). Dass dies vorliegend nicht der Fall ist, wird von den Beschwerdeführerinnen zu Recht nicht geltend gemacht. Demzufolge können sie sich nicht auf eine legitime Abwehrhandlung als Rechtfertigungsgrund stützen.

9.3.5.5 Fazit Rechtfertigungsgründe

Die Beschwerdeführerinnen können sich daher weder auf Effizienzgründe noch auf andere Gründe berufen, um ihr diskriminierendes Verhalten zu rechtfertigen.

9.3.6 Diskriminierung von Handelspartnern: Fazit

Es ergibt sich, dass die Beschwerdeführerinnen ihre marktbeherrschende Stellung im untersuchungsrelevanten Zeitraum missbraucht haben, indem Teleclub den mit Swisscom TV konkurrierenden TV-Plattformen das kombinierte Basis- und Sportpaket zu einem für die Endkonsumenten im Vergleich zu Swisscom TV teureren Preis bei gleichzeitig auf die Sportkanäle 1-3 eingeschränkter Auswahl bereitstellte. Des Weiteren hatten die Abonnenten der mit Swisscom TV konkurrierenden Plattformen keine Möglichkeit, der Koppelung von Basis- und Sportpaketen durch PPV-Bezüge zu entgehen. Schliesslich bot Teleclub nur vereinzelten TV-Plattformen die Möglichkeit, das Teleclub-Programm selbst (direkt/parallel) zu vermarkten. Zumindest die Diskriminierung durch unterschiedlichen Umfang des Teleclub-Sportangebots und durch die unterschiedliche Verfügbarkeit von Teleclub-Sportübertragungen per PPV waren dazu geeignet, die mit Swisscom TV konkurrierenden TV-Plattformen im Wettbewerb gegenüber Swisscom TV zu behindern. Schliesslich können sich die Beschwerdeführerinnen auf keine Gründe stützen, die ihr Verhalten rechtfertigen. Damit ist der Tatbestand der Diskriminierung von Handelspartnern erfüllt (Art. 7 Abs. 1 Bst. b KG).

9.4 Erzwingung unangemessener Preise oder sonstiger Geschäftsbedingungen im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG

9.4.1 Rechtliche Grundlagen

Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG erlaubt eine Intervention durch die Wettbewerbsbehörden, wenn folgende Tatbestandselemente kumulativ gegeben sind:

a) Marktbeherrschung durch ein Unternehmen, das

b) durch Erzwingung gegenüber der Marktgegenseite (d.h. dem Vertragspartner als Nachfrager)

c) unangemessene Preise oder sonstige Geschäftsbedingungen durchsetzen kann,

d) ohne dass objektive Rechtfertigungsgründe vorliegen (vgl. BVGE 2011/32 E. 12.1, "Terminierungspreise Mobilfunk"; AMSTUTZ/CARRON, BSK-KG, Art. 7, Rz. 374 ff.).

Das Merkmal des "Erzwingens" ist unter Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG selbständig zu prüfen und ergibt sich nicht bereits aus der marktbeherrschenden Stellung (vgl. BGE 137 II 199 E. 4.3.4, "Terminierungspreise Mobilfunk"). Ein Zwang liegt in der Regel vor, wenn für die betroffene Marktgegenseite keine zumutbaren Ausweichmöglichkeiten zu den Produkten oder Dienstleistungen bestehen, die unangemessenen Preisen oder Geschäftsbedingungen unterliegen (vgl. WEBER/VOLZ, a.a.O., Rz. 2.668 f.). Teilweise wird gefordert, dass nur marktbezogene Ausweichmöglichkeiten für die Beurteilung einer Erzwingung in Betracht fallen. Andere, z.B. rechtliche Ausweichmöglichkeiten (Rechtsbehelfe), stünden den Marktteilnehmern üblicherweise nicht unmittelbar als angebots- und nachfragegesteuerte Transaktionsmöglichkeiten zur Verfügung (vgl. etwa: MICHAEL VLCEK, Die Erzwingung unangemessener Preise im Kartell- und Fernmelderecht, Zürich 2013, Rz. 469 und 473; implizit auch WEBER/VOLZ, a.a.O., Rz. 2.669, welche zumutbare Ausweichmöglichkeiten zu "Produkten und Dienstleistungen" nennen). Indessen lässt das Bundesgericht auch rechtliche Ausweichmöglichkeiten wie das vorne erwähnte fernmelderechtliche Interkonnektionsverfahren (nach aArt. 11 Abs. 3 FMG [AS 1997 2187]) genügen (vgl. BGE 137 II 199 E. 5.4, "Terminierungspreise Mobilfunk").

Preise oder Geschäftsbedingungen sind unangemessen, wenn sie offensichtlich missbräuchlich sind, nämlich in einem offensichtlichen Missverhältnis zum Wert der Leistung stehen (vgl. WEBER/VOLZ, a.a.O., Rz. 2.662; LUCAS DAVID/RETO JACOBS, Schweizerisches Wettbewerbsrecht, 5. Aufl. 2012, Rz. 731). Ziel der Missbrauchskontrolle ist der Schutz des Wettbewerbs, nicht der Schutz einzelner Unternehmen, welche sich selbstverschuldet von einem marktbeherrschenden Unternehmen übervorteilen lassen (vgl. WEBER/VOLZ, a.a.O., Rz. 2.662; DUCREY, a.a.O., Rz. 1679). Geschäftsbedingungen sind grundsätzlich unangemessen, wenn sie das marktbeherrschende Unternehmen exzessiv begünstigen (vgl. AMSTUTZ/CARRON, BSK-KG, Art. 7, Rz. 403). Die Unangemessenheit ist somit im Rahmen einer Abwägung zwischen den Interessen des marktbeherrschenden Unternehmens und der Wirtschaftsfreiheit des Geschäftspartners zu bestimmen und hat sich am Grundsatz der Verhältnismässigkeit zu orientieren (vgl. AMSTUTZ/CARRON, BSK-KG, Art. 7, Rz. 404; WEBER/VOLZ, a.a.O., Rz. 2.682 und 2.686; STÄUBLE/SCHRANER, DIKE-KG, Art. 7, Rz. 413).

9.4.2 Vorgebrachte Argumente

Die Vorinstanz wirft den Beschwerdeführerinnen vor, Teleclub habe mit Cablecom und Sunrise eine sog. Content-Akquisitionsklausel vereinbart bzw. auferlegt. Diese verbiete es den grössten Konkurrentinnen von Swisscom im TV-Plattformwettbewerb, Content zu akquirieren, was einem Konkurrenzverbot auf einem vorgelagerten Markt gleichkomme. Cablecom und Sunrise hätten nicht auf ein anderes Produkt ausweichen können, sondern seien zwingend auf Teleclub für den Bezug von Live-Übertragungen der Schweizer Fussball-

und Eishockeymeisterschaft angewiesen gewesen. Es bestehe auch kein Austausch von Leistung und angemessener Gegenleistung (vgl. Verfügung, Rz. 783 ff.).

Die Beschwerdeführerinnen halten dagegen, die Content-Akquisitionsklausel sei von der Vorinstanz im Rahmen der Untersuchung i.S. Teleclub/Cablecom/ Swisscom als kartellrechtlich unbedenklich eingestuft worden. Abgesehen davon sei sie angemessen, da sie Teleclub keineswegs stark begünstige und weder Cablecom noch Sunrise offensichtlich ausgebeutet würden; sie stelle einen angemessenen Gegenwert zum Ausdünnungsverbot und des Verbots zur Kundenabwerbung dar. Die Klausel sei weder gegenüber Cablecom noch gegenüber Sunrise erzwungen worden, sondern das Ergebnis von Verhandlungen, bei denen Teleclub wenig Spielraum gehabt habe. Cablecom sei mit der Klausel explizit einverstanden gewesen und Sunrise sei sie gleichgültig gewesen. Des Weiteren sei in Bezug auf Sunrise eine Wettbewerbsbehinderung schon deshalb ausgeschlossen, weil sich Sunrise nicht um Content für eigene Pay-TV-Angebote im Sportbereich bemühe; in Bezug auf Cablecom sei sie ausgeschlossen, weil sich Cablecom nicht an die Klausel gehalten habe. Schliesslich sei die Content-Akqusitionsklausel aus wirtschaftlichen und Effizienzgründen gerechtfertigt, da ohne sie das Geschäftsmodell von Teleclub sinnentleert und die wirtschaftliche Existenz von Teleclub in Frage gestellt sei (vgl. Beschwerde, Rz. 952 ff.; Replik, Rz. 234 ff.). Zudem weisen die Beschwerdeführerinnen darauf hin, dass die Content-Akquisitionsklausel während des untersuchungsrelevanten Zeitraums nie zur Anwendung habe kommen können, da in diesem Zeitpunkt keine Versteigerungen stattgefunden hätten. Entsprechend werde in der Eckpunkte-Ergänzungsvereinbarung mit Sunrise festgehalten, dass die Klausel nicht zur Anwendung gelangt sei und ersatzlos gestrichen werde (vgl. Replik, Rz. 304 f.).

Die Beschwerdegegnerin weist darauf hin, dass der Content-Akquisitionsklausel keine Gegenleistung der Beschwerdeführerinnen gegenübergestanden habe. Insofern sei diese Bestimmung in ihrem Falle einseitig erzwungen worden. Das Content-Akquisitionsverbot habe einzig der Verhinderung von Wettbewerb auf den Beschaffungsmärkten für exklusive Pay-TV Übertragungsrechte gedient. Die Klausel habe ihren Verhaltensspielraum insofern beschränkt, als sie ihre Geschäftspolitik auf die vereinbarte Klausel habe ausrichten müssen und damit eine eigenständige Akquisition von Übertragungsrechten gar nicht als Option in Betracht habe ziehen können. Insofern habe sich das Content-Akquisitionsverbot (zumindest) bis zum Zeitpunkt ausgewirkt, als es von der Vorinstanz ausdrücklich als nichtig bezeichnet worden sei, was (frühestens) im Zeitpunkt der angefochtenen Verfügung geschehen sei (vgl. Beschwerdeantwort, Rz. 56 ff.). Die in der Ergänzungsvereinbarung 2017 enthaltene Erklärung, wonach die Klausel nicht zur Anwendung gelangt sei, sei inhaltlich weder korrekt noch vermöchte sie die durch die Klausel erreichte Wettbewerbsverzerrung rückwirkend zu relativieren (vgl. Duplik, Rz. 51).

9.4.3 Beweiswürdigung

9.4.3.1 Die Vertragsklauseln betreffend den Content-Erwerb

In Ziffer 4.2 des Vertrags vom Oktober 2006 "über die Verbreitung und Vermarktung des Teleclubprogrammangebots durch Cablecom" hat sich Cablecom gegenüber Teleclub für mindestens 5 Jahre (Ziff. 13) verpflichtet, "keine Contentakquisition hinsichtlich der im Zeitpunkt des Abschlusses dieses Vertrags im Teleclub-Kabelangebot enthaltenen Programme zu betreiben, solange und soweit der betreffende Content im Teleclub Kabelangebot enthalten ist" (act. 68, Beilage 9.5, Ziff. 4.2). Im Gegenzug verpflichtete sich Teleclub, von einer Ausdünnung des Programmangebots zugunsten von Teleclub-Angeboten auf anderen Verbreitungsplattformen Abstand zu nehmen und das Teleclub-Kabelangebot in den Programmsegmenten "Premium-Spielfilm" und "Sportfarben" mindestens im bestehenden Rahmen zu erhalten (act. 68, Beilage 9.5, Ziff. 4.2; nachfolgend: "Ausdünnungsverbot").

In vergleichbarer Weise hat sich Sunrise in Ziffer 3 der Vereinbarung vom Mai 2012 betreffend "Teleclub Digital" gegenüber Teleclub für mindestens 3 Jahre (Ziff. 13) verpflichtet, keine Content-Akquisition hinsichtlich der im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses im "Teleclub Digital"-Angebot enthaltenen SD-Programme zu betreiben oder solchen Content auf der "Sunrise TV"-Plattform zu vertreiben, solange und soweit der betreffende Content im "Teleclub Digital"-Angebot enthalten ist (Beilage act. 93, Ziff. 3). Im Gegenzug hat Teleclub die Absicht bekundet, das Teleclub Digital-Angebot in den Programmsegmenten "Premium Spielfilm" und "Sportfarben "mindestens im bei Vertragsschluss bestehenden Rahmen zu erhalten" (Beilage act. 93, Ziff. 3).

In der Eckpunkte-Ergänzungsvereinbarung zwischen Teleclub und Sunrise vom 22. Mai 2017 wurde festgehalten, dass die vorgenannte Ziffer 3 betreffend die Erhaltung des Kernangebots nicht zur Anwendung gelangt sei und als ersatzlos gestrichen gelte (vgl. Beilage 9 zur Beschwerdeantwort, Ziff. 12).

9.4.3.2 Prüfung der faktischen Ausweichmöglichkeiten

Die Beschwerdeführerinnen machen nicht geltend, dass Cablecom und Sunrise eine andere Möglichkeit gehabt hätten, als die Inhalte der Teleclub-Sportkanäle 1-3 über Teleclub zu beziehen. Stattdessen führen sie aus, die Content-Akquisitionsklausel sei bei Cablecom das Ergebnis von Verhandlungen gewesen (vgl. Beschwerde, Rz. 960), und Sunrise sei die Klausel gleichgültig gewesen (vgl. Beschwerde, Rz. 972), zudem sei sie nicht zur Anwendung gelangt (vgl. Replik, Rz. 304).

Die Vorinstanz befragte sowohl Cablecom als auch Sunrise zu den Verhandlungen, die letztlich zur Content-Akquisitionsklausel geführt haben (vgl. Auskunftsbegehren vom 12. Juni 2013, act. 186 f. [je Fragenkomplex A.]). Die Vorinstanz erhielt folgende Antworten: Cablecom erklärte, angesichts der marktbeherrschenden

Stellung von Teleclub im Premium Pay-TV-Geschäft habe die konkrete Befürchtung bestanden, dass Teleclub sein Angebot über die Kabelnetze systematisch ausdünnen könnte, um so der in den Markt eintretenden konzernverbundenen Swisscom einen Wettbewerbsvorteil zu verschaffen; daher sei das Ausdünnungsverbot von fundamentaler Bedeutung gewesen. Cablecom habe nur die Wahl gehabt, auf die Verpflichtung zum Erhalt des Kernangebots zu verzichten, was aus damaliger Sicht nicht akzeptabel gewesen sei, oder das Akquisitionsverbot zu akzeptieren. Anders wäre es nicht zu einer vertraglichen Einigung gekommen (act. 260, Antwort auf Frage 2d). Nach Aussage von Sunrise wäre ein Zustandekommen des Vertrages ohne die das Content-Akquirierungsverbot enthaltende Ziffer 3 "wohl gescheitert" (vgl. act. 262, Antwort auf Frage 8e). Dass dies zumindest bei Cablecom der Fall gewesen wäre, wird durch eine Aussage von Teleclub im Rahmen der Untersuchung "32-0153: Teleclub/Cablecom/Swisscable" ("Die in Ziffer 4.2 vorgesehenen Garantien sind eine Grundvoraussetzung für die Zusammenarbeit zwischen Cablecom und Teleclub im Rahmen der abgeschlossenen Verträge") bestätigt (vgl. act. 448, Beilage 2, Rz. 4).

Diese Aussagen zeigen den Druck auf, dem Cablecom und Sunrise angesichts des Umstands, dass die Teleclub-Sportkanäle 1-3 respektive die entsprechenden Sportübertragungen nur via Teleclub erhältlich waren, ausgesetzt waren.

9.4.3.3 Prüfung der rechtlichen Ausweichmöglichkeiten

Die Beschwerdeführerinnen weisen darauf hin, eine Erzwingung sei auch ausgeschlossen, weil eine behördliche Überprüfung bei der Vorinstanz im Rahmen des Untersuchungsverfahrens 32-0153 in Sachen Teleclub/Cablecom/Swisscable angestrengt worden sei (vgl. Beschwerde, Rz. 964 und 968; act. 448, Rz. 588 ff.).

Diese Sachlage präsentiert sich wie folgt: Mit Schreiben vom 16. November 2006 beantragte Teleclub bei der Vorinstanz die Einstellung des von Teleclub angestrengten Untersuchungsverfahrens 32-0153 gegen Cablecom (vgl. act. 448, Beilage 1). Nach einer entsprechenden Aufforderung der Vorinstanz erörterte Teleclub mit Eingabe vom 2. April 2007 die Hintergründe bezüglich Ziffer 4.2 des Vertrags über die Verbreitung und Vermarktung des Teleclub-Programmangebots durch Cablecom (vgl. act. 448, Beilage 2). Schliesslich stellte die Vorinstanz das Verfahren 32-0153 am 4. Juni 2007 ein (vgl. RPW 2007/3, S. 400). Im Begleitschreiben vom 5. Juni 2007 zur Einstellungsverfügung teilte das Sekretariat Teleclub mit, "dass die uns mit dem Anzeigenrückzug eingereichten Verträge nach Auffassung des Sekretariats aufgrund der vorliegenden Umstände und der von Ihnen gemachten Erläuterungen keine Klauseln enthalten, die wettbewerbsrechtlich problematisch erscheinen" (vgl. act. 448, Beilage 3).

Es trifft somit zu, dass die mit Cablecom vereinbarte Content-Akquisitionsklausel behördlich überprüft worden ist. Soweit die Beschwerdeführerinnen jedoch die Auffassung vertreten, mit der Überprüfung der strittigen Klausel durch das Sekretariat der Wettbewerbskommission sei eine rechtliche Ausweichmöglichkeit geschaffen worden, irren sie sich: Das Bundesgericht anerkannte im Fall "Terminierungspreise Mobilfunk" lediglich ein ausserhalb der Kartellrechtsordnung stehendes Verfahren, in jenem Fall war es das Interkonnektionsverfahren, als rechtliche Ausweichmöglichkeit (vgl. BGE 137 II 199 E. 5.4, "Terminierungspreise Mobilfunk"). Ein solches Verfahren ist im vorliegenden Verfahren nicht ersichtlich.

9.4.4 Rechtliche Würdigung

Bei den strittigen Content-Akquisitionsklauseln handelt es sich um eine Geschäftsbedingung, die einem Konkurrenzverbot auf einem vorgelagerten Markt gleichkommt, wie die Vorinstanz zu Recht festgehalten hat (vgl. Verfügung, Rz. 783), wurden doch Cablecom und Sunrise vertraglich daran gehindert, bei zukünftigen Vergaben von Spielfilm- und Sportübertragungsrechten mitzubieten (vgl. Verfügung, Rz. 794).

Zwingt ein marktbeherrschendes Unternehmen einem Geschäftspartner für einen bestimmten Geschäftsbereich ein Konkurrenzverbot auf, so kann darin unter Umständen eine nach Art. 7 KG unzulässige Verhaltensweise liegen (vgl. BGE 124 III 495 E. 2a, mit Verweis auf DALLAFIOR, in: Homburger et al., Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Art. 7, Rz. 122 f.; URS EGLI, Die Bedeutung des Kartellrechts in der Vertragspraxis [2. Teil], in: recht 2014 S. 67, S. 72).

Teleclub bezweckte mit den Content-Akquisitionsklauseln, sein Angebot zu schützen, indem TV-Plattformbetreiber wie Cablecom daran gehindert werden, die wichtigsten Programme von Teleclub in ihr Programm zu übernehmen (vgl. Beschwerde, Rz. 985). Ansonsten würden in den Worten von Teleclub "die Vermarktungsanstrengungen und schlussendlich auch das Geschäftsmodell von Teleclub zu Nichte gemacht" (vgl. Schreiben vom 2. April 2007 von Teleclub an die Vorinstanz, act. 448, Beilage 2, Rz. 5 ff.). Durch die Content-Akquisitionsklauseln war es Swisscom möglich, das Teleclub-Angebot auf ihrer Plattform weiter auszubauen, während das Teleclub-Angebot bei Cablecom und Sunrise eingeschränkt blieb.

Obwohl Cinetrade aufgrund der Verträge vom 11. Mai 2006 mit der Swiss Football League und vom 31. Mai 2006 mit der Schweizerischen Eishockey Nationalliga bereits über Erstverhandlungs- und Vorkaufsrechte für die nächste Vergabe der Fussball, und Eishockey-Verwertungsrechte verfügte (vgl. Vorakten act. 371, Beilage 12, S. 2; act. 370, Beilage d1, S. 2), auferlegte Teleclub Cablecom und Sunrise ein weitreichendes Content-Akquisitionsverbot. Damit sicherten sich Cinetrade und Teleclub mehrfach gegen allfällige Content- oder Rechte-Übernahmen durch Cablecom oder Sunrise ab. Cablecom wurde im Gegenzug lediglich ein Ausdünnungsverbot hinsichtlich des Teleclub-Programms zugesichert; Sunrise musste sich sogar mit einer entsprechenden Absichtserklärung zufriedengeben, die Sunrise aber offenbar nicht anrufen musste (vgl. Eckpunkte-Ergänzungsvereinbarung vom 22. Mai 2017, Ziff. 12 [Beilage 9 der Beschwerdeantwort]). Mit anderen Worten verfügten die Beschwerdeführerinnen zusammen über mehrere Instrumente zur Sicherung der Investitionen, während das Ausdünnungsverbot nur den status quo zu Gunsten von Cablecom sicherstellte und damit für Teleclub kaum mit Nachteilen verbunden war. Damit erweist sich das mit Cablecom und Sunrise vereinbarte Content-

Akquisitionsverbot als unverhältnismässig streng, um die Interessen der Beschwerdeführerinnen zu schützen; es ist deshalb als unangemessene Geschäftsbedingung zu qualifizieren.

Um ein Pay-TV-Basisangebot im Bereich des Sports (Teleclub-Sportkanäle 1-3) aufrechtzuerhalten, war Cablecom auf eine Vertragsbeziehung mit Teleclub angewiesen. Im Fall von Sunrise war die Vertragsbeziehung nötig, um überhaupt ein entsprechendes Angebot aufzubauen. Soweit die Beschwerdeführerinnen umgekehrt geltend machen, Teleclub sei für die Verbreitung seiner Programme von Cablecom abhängig (vgl. Beschwerde, Rz. 963), ist darauf hinzuweisen, dass dies in Bezug auf Sunrise nicht der Fall sein konnte; dennoch hat Teleclub mit beiden Parteien ähnliche Klauseln vereinbart. Der Umstand, dass Cablecom und Sunrise die fragliche Geschäftsbedingung durch Unterzeichnung des Vertrags akzeptierten, ändert nichts am ökonomischen Druck, dem Cablecom und Sunrise ausgesetzt waren (vgl. AMSTUTZ/CARRON, BSK-KG, Art. 7, Rz. 377).

Wie ausgeführt erweist sich die Prüfung der strittigen Klausel durch das Sekretariat der Wettbewerbskommission nicht als rechtliche Ausweichmöglichkeit. Zudem weist die Vorinstanz zu Recht darauf hin, dass das Verfahren nach dem Preisüberwachungsgesetz vom 20. Dezember 1985 (PüG; SR 942.20) nicht zur Anwendung gelangen kann, da vorliegend nicht Preise, sondern sonstige Geschäftsbedingungen zu prüfen sind.

Mit der strittigen Klausel wurden Cablecom und Sunrise daran gehindert, durch den Erwerb von medialen Verwertungsrechten ein eigenes Pay-TV-Basisangebot im Bereich des Sports aufzubauen, womit sie in ihrer Wettbewerbsfreiheit behindert wurden. Für Sunrise, das sich nach den Aussagen der Beschwerdeführerinnen nicht um Content für eigene Pay-TV-Angebote im Sportbereich bemühte (vgl. Beschwerde, Rz. 977; Replik, Rz. 305), war das Content-Akquisitionsverbot zumindest geeignet, sie im Wettbewerb zu behindern, was nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts genügt (vgl. Urteil des BVGer B-831/2011 Rz. 1202 ff., "Six Group"). In diesem Sinne erklärt die Beschwerdegegnerin, dass die Klausel ihren Verhaltensspielraum insofern beschränkt habe, als sie ihre Geschäftspolitik auf die vereinbarte Klausel habe ausrichten müssen und damit eine eigenständige Akquisition von Übertragungsrechten gar nicht als Option habe in Betracht ziehen können (vgl. Beschwerdeantwort, Rz. 58). Auch für Cablecom wirkte sich das Verbot zumindest potentiell nachteilig aus (vgl. Stellungnahme der Beschwerdegegnerin vom 27. April 2021, Rz. 47), selbst wenn sich Cablecom teilweise nicht an das Verbot gehalten hat, wie die Beschwerdeführerinnen vorbringen (vgl. Beschwerde, Rz. 979), was indessen angesichts der Gegenmassnahmen der Beschwerdeführerinnen zu relativieren ist (vgl. E. 8.5.2.2).

9.4.5 Rechtfertigungsgründe

Die Content-Akquisitionsklausel ist nach Auffassung der Beschwerdeführerinnen aus wirtschaftlichen und Effizienzgründen gerechtfertigt, da ohne die Content-Akquisitionsklauseln das Geschäftsmodell "sinnentleert und die wirtschaftliche Existenz von Teleclub in Frage gestellt" wäre (vgl. Beschwerde, Rz. 984 ff.). Sie substantiieren jedoch nicht, weshalb einzig die strittigen Klauseln zur Erhaltung ihres Geschäftsmodells beitragen konnten, zumal Cinetrade bereits über ein Erstverhandlungs- und Vorkaufsrecht für weitere Vergaben von medialen Verwertungsrechten verfügte (vgl. vorstehende E. 9.4.4). Zudem wären andere, weniger in die Wirtschaftsfreiheit der Konkurrentinnen eingreifende Mittel denkbar gewesen, z.B. die Zusicherung von Sublizenzen an die Beschwerdeführerinnen oder zumindest ein zeitlich oder sachlich weiter eingeschränktes Content-Akquisitionsverbot.

Wie bereits unter dem Tatbestand der Diskriminierung festgehalten (vgl. E. 9.3.5.4), können sich die Beschwerdeführerinnen zur Rechtfertigung ihres Verhaltens auch nicht darauf berufen, dass sie damit auf Gegenmassnahmen von Cablecom reagieren (vgl. Beschwerde, Rz. 966 f.).

9.4.6 Vertrauensschutz

Weiter weisen die Beschwerdeführerinnen darauf hin, dass das vorgeworfene Verbot der Content-Akquisition bereits in der Untersuchung Teleclub/Cablecom/Swisscom beurteilt und für kartellrechtlich unproblematisch befunden worden sei (vgl. Beschwerde, Rz. 953 ff.) und berufen sich damit wie vor der Vorinstanz (vgl. Stellungnahme der Beschwerdeführerinnen vom 29. Oktober 2015 Rz. 585 ff., act. 448) auf den Vertrauensschutz.

Die Vorinstanz hält dagegen, Swisscom könne nichts zu ihren Gunsten aus jenem Verfahren ableiten, da das Verhalten von Swisscom nicht Gegenstand des Verfahrens gewesen sei (vgl. Verfügung, Rz. 272 ff.).

Der in Art. 9 BV verankerte Grundsatz von Treu und Glauben verleiht einer Person Anspruch auf Schutz des berechtigten Vertrauens in behördliche Zusicherungen oder sonstiges, bestimmte Erwartungen begründendes Verhalten der Behörden (BGE 143 V 341 E. 5.2.1; 129 I 161 E. 4.1). Vorausgesetzt wird, dass die Behörde in einer konkreten Situation mit Bezug auf bestimmte Personen gehandelt hat, die Behörde für die Erteilung der betreffenden Auskunft zuständig war oder wenn sie der Bürger aus zureichenden Gründen als zuständig betrachten konnte, der Bürger die Unrichtigkeit der Auskunft nicht ohne weiteres erkennen konnte, er zudem im Vertrauen auf die Richtigkeit der Auskunft Dispositionen getroffen hat, die nicht ohne Nachteil rückgängig gemacht werden können, und die gesetzliche Ordnung seit der Auskunfterteilung keine Änderung erfahren hat (BGE 143 V 341 E. 5.2.1; 121 II 473 E. 2c; 117 Ia 285 E. 2b).

Im Rahmen der Untersuchung "32-0153: Teleclub/Cablecom/Swisscable" hatte das Sekretariat mit Begleitschreiben vom 5. Juni 2007 zur Einstellungsverfügung vom 4. Juni 2007 Teleclub mitgeteilt, "dass die uns mit dem Anzeigenrückzug eingereichten Verträge nach Auffassung des Sekretariats aufgrund der vorliegenden Umstände und der von Ihnen gemachten Erläuterungen keine Klauseln enthalten, die wettbewerbsrechtlich problematisch erscheinen" (vgl. act. 448, Beilage 3).

Da sich dieses Schreiben des Sekretariats auf Klauseln bezog, die Teleclub und Cablecom miteinander vereinbart hatten, können die Beschwerdeführerinnen von vornherein nichts zu ihren Gunsten in Bezug auf die mit Sunrise vereinbarten Klauseln, die sich inhaltlich und

vom Zeitpunkt des Vertragsschlusses unterscheiden, ableiten.

In Bezug auf die mit Cablecom abgeschlossenen Klauseln ist zu berücksichtigen, dass das Sekretariat seine diesbezügliche Erklärung unter Vorbehalten abgab, wies es doch ausdrücklich darauf hin, dass die rechtliche Einschätzung der "Auffassung des Sekretariats" (und damit nicht der Gesamtbehörde) entspreche und aufgrund der "vorliegenden Umstände" und der "von Ihnen gemachten Erläuterungen" erfolgte. Die Berufung auf den Vertrauensschutz scheitert auch daran, dass die Beschwerdeführerinnen nicht substantiieren, welche Dispositionen sie aufgrund der behördlichen Auskunft getroffen haben, die nicht ohne Nachteil rückgängig gemacht werden können. Der vorgebrachte Verzicht auf die Ausdünnung des Pay-TV-Angebotes auf den Kabelnetzen (vgl. Beschwerde, Rz. 1029) erfolgte mit der Vertragsunterzeichnung mit Cablecom und damit erst nach dem Schreiben des Sekretariats.

9.4.7 Erzwingung unangemessener Geschäftsbedingungen: Fazit

Die von Teleclub mit Cablecom und Sunrise vereinbarte Content-Akquisitionsklauseln sind im Verhältnis zu den von Teleclub zugesicherten Gegenleistungen als unangemessen zu werten. Cablecom und Sunrise waren hinsichtlich der Inhalte der Teleclub-Sportkanäle 1-3 auf Teleclub angewiesen. Sie hätten weder auf Angebote anderer Anbieter ausweichen können noch standen ihnen rechtliche Ausweichmöglichkeiten zur Verfügung, um dem ökonomischen Druck von Teleclub zu entgehen. Dadurch waren sie in ihrer Wettbewerbsfähigkeit benachteiligt. Die Beschwerdeführerinnen können sich schliesslich weder auf Rechtfertigungsgründe noch auf den Vertrauensschutz stützen.

Als Ergebnis ist festzuhalten, dass die Beschwerdeführerinnen gegenüber Cablecom und Sunrise unangemessene Geschäftsbedingungen im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG erzwungen haben.

9.5 Fazit zum missbräuchlichen Verhalten gemäss Art. 7 KG

Die Vorinstanz hat den Beschwerdeführerinnen somit zurecht:

- eine Verweigerung von Geschäftsbeziehungen durch Lieferverweigerung im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. a KG,
- eine Diskriminierung von Handelspartnern durch unterschiedliche Sportangebote, Koppelung von Basis- und Sportpaket und ungleiche Erlaubnis der Direktvermarktung im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG,
- die Erzwingung unangemessener Geschäftsbedingungen durch Vereinbarung von Content-Akquisitionsklauseln im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG

vorgeworfen.

10. Massnahmen

Erachtet die Wettbewerbskommission eine Wettbewerbsbeschränkung als unzulässig, ordnet sie auf Antrag des Sekretariats die notwendigen Massnahmen an (Art. 30 Abs. 1 KG; WEBER/VOLZ, a.a.O, Rz. 3.168). Die zu treffenden Massnahmen dienen dem Schutz des wirksamen Wettbewerbs (Art. 1 KG) nach einem Verstoss gegen das Wettbewerbsrecht (vgl. Urteil des BVGer B-5161/2019 E. 4.2.4, "Bauleistungen Graubünden" [angefochten beim BGer]). Als Massnahmen können Unterlassungen oder ein aktives Handeln, z.B. das Abschliessen eines Vertrags oder die Verpflichtung, Abnehmer unter bestimmten Bedingungen zu beliefern, angeordnet werden (vgl. Urteil des BVGer B-2597/2017 E. 14.3, "Kommerzialisierung von elektronischen Medikamenteninformationen"; WEBER/VOLZ, a.a.O., Rz. 3.168; BEAT ZIRLICK/CHRISTOPH TAGMANN, BSK-KG, Art. 30, Rz. 59; PATRICK KRAUSKOPF/OLIVIER SCHALLER/SIMON BANGERTER, in: Geiser/Krauskopf/Münch, Schweizerisches und europäisches Wettbewerbsrecht, Basel 2005, Rz. 12.85; GOHARI, a.a.O., S. 743; BILGER, a.a.O., S. 360).

Die Vorinstanz verzichtete im vorliegenden Fall auf die Anordnung von Massnahmen. Diesen Verzicht begründete sie im Zusammenhang mit der Geschäftsverweigerung und den Diskriminierungen mit der Ungewissheit der nächsten Vergaben und der kurzen Restdauer der laufenden Vergabeperiode (vgl. Verfügung, Rz. 824 ff., 841). Hinsichtlich der Erzwingung unangemessener Geschäftsbedingungen erübrige sich die Anordnung einer Massnahme, da die strittigen Vertragsklauseln kartellrechtswidrig und damit zivilrechtlich nichtig seien (Art. 20 OR). Insofern ergebe sich die Nichtigkeit von Gesetzes wegen und müsse nicht speziell im Dispositiv angeordnet werden (vgl. Verfügung, Rz. 834 ff.).

Nachdem die Beschwerdegegnerin im vorinstanzlichen Verfahren noch die Anordnung von Massnahmen gefordert hatte (vgl. Verfügung, Rz. 839), verzichtete sie im Beschwerdeverfahren auf entsprechende Anträge. Der Verzicht auf die Anordnung von Massnahmen ist somit unbestritten und muss vorliegend nicht weiter geprüft werden.

11. Sanktionierung

Ein Unternehmen, das sich nach Art. 7 KG unzulässig verhält, wird mit einem Betrag bis zu 10 Prozent des in den letzten 3 Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes belastet, wobei sich der Betrag nach der Dauer und der Schwere des unzulässigen Verhaltens bemisst. Der mutmassliche Gewinn, den das Unternehmen dadurch erzielt hat, ist angemessen zu berücksichtigen (Art. 49a Abs. 1 KG).

Die Belastung entfällt unter anderem, wenn die Wettbewerbsbeschränkung bei Eröffnung der Untersuchung länger als 5 Jahre nicht mehr ausgeübt worden ist (Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG).

11.1 Sanktionierbarkeit und Vertrauensschutz

Die Beschwerdeführerinnen bringen auch in diesem Zusammenhang vor, ihr Verhalten sei aufgrund des Vertrauensschutzes nicht sanktionierbar. Sie könnten sich auf zwei Vertrauensgrundlagen in Form der behördli-

chen Auskunft berufen: einerseits auf die Untersuchung Teleclub/Cablecom/ Swisscable, welche mit Einstellungsverfügung der Vorinstanz vom 4. Juni 2007 abgeschlossen worden sei, und andererseits auf die Marktbeobachtung Lieferverträge, welche mit Schreiben des Sekretariats der Vorinstanz vom 5. Juni 2007 eingestellt worden sei (vgl. Beschwerde, Rz. 994-1041).

Dass sich die Beschwerdeführerinnen im Zusammenhang mit der Untersuchung "32-0153: Teleclub/Cablecom/Swisscable" nicht auf den Vertrauensschutz berufen können, wurde bereits ausgeführt (vgl. E. 9.4.6).

Was die Marktbeobachtung Lieferverträge betrifft, ist erstellt, dass das Sekretariat der Vorinstanz aufgrund einer Anzeige der damaligen Cablecom GmbH gegen die Teleclub AG vom 21. September 2004 eine Marktbeobachtung einleitete (Marktbeobachtung "Lieferverträge Teleclub"; vgl. act. 436). Gemäss den Ausführungen der Beschwerdeführerinnen ging es bei der Marktbeobachtung um Exklusivlizenzen für einen grossen Teil der verfügbaren "Premium"-Inhalte für Pay TV; während des Zeitraums der Marktbeobachtung hätten Cinetrade/Teleclub die exklusiven Schweizer Fussball- und Eishockeyübertragungsrechte erworben, was dem Sekretariat habe bekannt sein müssen (vgl. Beschwerde, Rz. 1015 ff.). Im Rahmen der Untersuchung "32-0153: Teleclub/Cablecom/Swisscable" teilte die Vor-instanz den Beschwerdeführerinnen mit Schreiben vom 5. Juni 2007 Folgendes mit (vgl. Beschwerdebeilage 7):

> "In Bezug auf die Angelegenheit 21-0224 betreffend Lieferverträge Teleclub verzichtet das Sekretariat auf die Eröffnung eines Verfahrens und stellt die Marktbeobachtung ein."

Aufgrund dieser Aussage des Sekretariats und dem zeitlichen Zusammenhang mit der Vergabe der exklusiven Schweizer Fussball- und Eishockeyübertragungsrechte durfte Teleclub entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerinnen nicht davon ausgehen, dass die damals kürzlich erworbenen exklusiven Fussball- und Eishockeyübertragungsrechte kartellrechtlich nicht zu beanstanden seien (vgl. Beschwerde, Rz. 1020). Es handelte sich lediglich um eine Auskunft zum Stand der Marktbeobachtung "Lieferverträge Teleclub". Dies ergibt sich auch aus dem Schreiben des Sekretariats vom 11. September 2015, in welchem den Beschwerdeführerinnen mitgeteilt wurde, dass das Sekretariat im Rahmen dieser Marktbeobachtung keine eigenen Ermittlungen vorgenommen habe; das Dossier enthalte lediglich den Rechtsschriftenwechsel in Bezug auf die Anzeige der Cablecom GmbH (vgl. act. 436). Hätte das Sekretariat einen Zusammenhang mit der Vergabe der Fussball- und Eishockeyübertragungsrechte im Jahr 2006 herstellen wollen, hätte es zwingend weitere Ermittlungen tätigen müssen, da die Marktbeobachtung durch eine Anzeige der Cablecom aus dem Jahr 2004 ausgelöst worden war. Auch die Vorinstanz vertrat in der (rechtskräftigen; vgl. Verfügung, Rz. 37) Zwischenverfügung vom 5. Oktober 2015 die Meinung, dass die Marktbeobachtung "Lieferverträge Teleclub" keine weitere Interpretation der Ausführungen des Sekretariats vom 5. Juni 2007 zulassen würden (act. 443, Rz. 22).

Nach dem Gesagten fehlt es an einem Anhaltspunkt dafür, dass das Sekretariat der Vorinstanz mit ihrer Aussage zur Marktbeobachtung "Lieferverträge Teleclub" zugleich die exklusiven Fussball- und Eishockeyübertragungsrechte kartellrechtlich qualifiziert hat; mithin können sich die Beschwerdeführerinnen auch nicht auf diese Aussage als Vertrauensgrundlage berufen.

11.2 Grundsatz ne bis in idem

Zudem rügen die Beschwerdeführerinnen, die Vorinstanz habe mit der angefochtenen Verfügung den Grundsatz von "ne bis in idem" missachtet. Denn die Vorinstanz und ihr Sekretariat hätten die Content-Akquisitionsklausel im Rahmen der rechtskräftig eingestellten Untersuchung Teleclub/Cablecom/Swisscable bereits beurteilt und im Rahmen der Marktbeobachtung Lieferverträge bereits die Vergabe exklusiver Pay TV-Rechte untersucht. Damit würden bereits geprüfte und beurteilte Sachverhalte erneut geprüft und sanktioniert (vgl. Beschwerde, Rz. 1042-1064).

Nach dem Grundsatz "ne bis in idem" (Verbot der Doppelbestrafung) darf niemand wegen einer Straftat, für welche er nach dem Gesetz und dem Strafverfahrensrecht eines Staates rechtskräftig verurteilt oder freigesprochen worden ist, in einem Strafverfahren desselben Staates erneut verfolgt oder bestraft werden (vgl. u.a. Art. 4 Ziff. 1 zum 7. Zusatzprotokoll zur EMRK vom 22. November 1984; SR 0.101.07). Das Prinzip ist nur verletzt, wenn derselbe Sachverhalt in zwei voneinander unabhängigen Strafverfahren verfolgt und beurteilt wird (vgl. BGE 137 I 363 E. 2.1; Urteile des BGer 1C_26/2018 vom 15. Juni 2018 E. 6.1; 6B_1053/2017 vom 17. Mai 2018 E. 4.1).

Die im Rahmen der Untersuchung "32-0153: Teleclub/Cablecom/ Swisscable" erläuterte Content-Akquisitionsklausel, die zwischen Cablecom und Teleclub vereinbart worden war, respektive das entsprechende Verhalten der Beschwerdeführerinnen waren nicht Gegenstand jenes Untersuchungsverfahrens. Gegenstand war das Verhalten von Swisscable und Cablecom, dementsprechend lautete das Dispositiv der abschliessenden Verfügung: "Die Untersuchung gegen Cablecom und Swisscable wird eingestellt" (vgl. RPW 2007/3, S. 409, Teleclub AG/Cablecom GmbH/ Swisscable). Der Vertrag mit der strittigen Content-Akquisitionsklausel wurde lediglich gegen Ende des Verfahrens vom Sekretariat im Hinblick auf die Einstellung des Untersuchungsverfahrens eingefordert (vgl. Vernehmlassung, Rz. 95). Hinzu kommt, dass die im Zusammenhang mit der Content-Akquisitionsklausel gemachten Äusserungen des Sekretariats mit Vorbehalten erfolgten (vgl. bereits vorne, E. 9.4.6). Was den Fall "Lieferverträge Teleclub" betrifft, verzichtete das Sekretariat der Vorinstanz auf die Eröffnung eines Verfahrens und stellte die Marktbeobachtung ein (vgl. Schreiben vom 5. Juni 2007; Beschwerdebeilage 7).

Somit kam es in keinem der genannten Fällen zu einem eigentlichen Untersuchungsverfahren (nach Art. 27 ff. KG) mit einer vollständigen und verbindlichen Prüfung des Marktverhaltens der Beschwerdeführerinnen. Entsprechend ist der Grundsatz "ne bis in idem" mangels rechtskräftiger Entscheidung gar nicht anwendbar (vgl.

Urteil des BGer 2C_484/2010 E. 7.1, "Publigroupe" [in BGE 139 I 72 nicht publizierte Erwägung]).

11.3 Vorwerfbarkeit

11.3.1 Allgemeines

Eine Sanktionierung nach Art.49a Abs.1 KG setzt ein Verschulden im Sinne der Vorwerfbarkeit des sanktionierten Unrechts gegenüber dem beschuldigten Unternehmen als subjektives Tatbestandsmerkmal voraus (vgl. BGE 146 II 217 E. 8.5.2, "Preispolitik Swisscom ADSL"; Urteil des BGer 2C_484/2010 E.12.2.2, "Publigroupe" [in BGE 139 I 72 nicht publizierte Erwägung]; Urteile des BVGer B-2597/2017 E. 15.1.1, "Kommerzialisierung von elektronischen Medikamenteninformationen"; B-771/2012 und B-880/2012 des BVGer E. 9.3.1 resp. E. 11.1.1, "Strassen- und Tiefbau Kanton Aargau", mit Hinweisen auf die jüngere kartellrechtliche Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts). Massgebend ist eine Sorgfaltspflichtverletzung (durch aktives Handeln oder Unterlassung) oder ein objektiver Sorgfaltsmangel im Sinne eines Organisationsverschuldens (vgl. BGE 146 II 217 E. 8.5.2, "Preispolitik Swisscom ADSL"; Urteil des BGer 2C_484/2010 E.12.2.2, "Publigroupe" [in BGE 139 I 72 nicht publizierte Erwägung]; Urteile des BVGer B-2597/2017 E. 15.1.2, "Kommerzialisierung von elektronischen Medikamenteninformationen"; B-831/2011 Rz. 1488, "Six Group"; BORER, a.a.O., Art. 49a KG, Rz. 11; PATRICK L. KRAUSKOPF, DIKE-KG, Art. 49a Abs. 1-2, Rz. 26; WEBER/VOLZ, a.a.O., Rz. 3.220). Musste einem Unternehmen bzw. den Organen aufgrund der Umstände bewusst gewesen sein, dass ein Verhalten heikel war und eine Sanktionierung drohte, und sah es gleichwohl nicht von seiner Verhaltensweise ab, liegt regelmässig ein solcher Mangel vor (vgl. Urteil des BVGer B-2597/2017 E. 15.1.2, "Kommerzialisierung von elektronischen Medikamenteninformationen"; KRAUSKOPF, DIKE-KG, Art. 49a Abs. 1-2, Rz. 26, mit Verweis auf Urteil des BGer 2C_484/2010 E.12.2.2, "Publigroupe" [in BGE 139 I 72 nicht publizierte Erwägung]), da die Unternehmen über die Regeln des KG, die dazu ergangene Praxis und die einschlägigen Bekanntmachungen informiert sein müssen (vgl. BGE 146 II 217 E. 8.5.2, "Preispolitik Swisscom ADSL", mit Verweisen).

Soweit ein Konzern als Unternehmen im Sinne von Art. 2 Abs. 1 bis KG zu qualifizieren ist, sind Sorgfaltspflichtverletzungen, die im Konzern eintreten, auch ohne Weiteres diesem als massgeblichem Kartellrechtssubjekt zuzurechnen (vgl. Urteil des BVGer B-7633/2009 Rz. 678, "Preispolitik ADSL", mit Verweis auf Urteil des BGer 2C_484/2010 E.3.4, "Publigroupe" [in BGE 139 I 72 nicht publizierte Erwägung]; Urteil des BVGer B-831/2011 Rz. 1494, "Six Group"; BGE 146 II 217 E. 8.5.2, "Preispolitik Swisscom ADSL", mit Verweisen).

11.3.2 Vorgebrachte Argumente

Die Beschwerdeführerinnen bringen vor, sie seien bezüglich der sachlichen Marktabgrenzung einem unvermeidbaren Sachverhaltsirrtum unterlegen, da die vorgenommene Marktabgrenzung mangels entsprechender Praxis der Vorinstanz und Rechtsprechung nicht vorhersehbar gewesen sei (vgl. Beschwerde, Rz. 1072 ff.). Zudem hätten sie sich in einem unvermeidbaren Rechtsirrtum befunden. Denn mit dem Verhalten der Vorinstanz im Rahmen der Untersuchung Teleclub/Cablecom/Swisscable und den Lieferverträgen Teleclub sei bei ihnen hinsichtlich der vermeintlichen Wettbewerbswidrigkeit der Content-Akquisitionsklausel und der mit den Ligaverbänden vereinbarten Exklusivität eine Fehlvorstellung hervorgerufen worden. Sie seien auch in keiner Weise auf den in Frage kommenden Tatbestand von Art. 7 KG oder die entsprechende Fallpraxis hingewiesen worden. Sie hätten weder gewusst, noch hätten sie wissen können, dass sie sich nicht rechtmässig verhalten hätten (vgl. Beschwerde, Rz. 1078 ff.).

Die Vorinstanz vertritt demgegenüber die Ansicht, weder das Kartellgesetz noch das Verwaltungsverfahrensgesetz enthalte eine Regelung hinsichtlich eines solchen Sachverhaltsirrtums. Abgesehen davon habe Swisscom gewusst, dass eine Nachfrage der TV-Plattformanbieter nach dem Teleclub-Sportangebot und mithin auch ein entsprechender Markt bestanden habe und dass sie als einzige Anbieterin die fraglichen Inhalte bereitgestellt habe. Dabei sei es unerheblich, dass in der bisherigen Praxis kein entsprechender Bereitstellungsmarkt abgegrenzt worden sei. Ein Sachverhaltsirrtum liege somit nicht vor respektive sei vermeidbar gewesen (vgl. Verfügung, Rz. 851 ff.). Swisscom habe auch nicht aus zureichenden Gründen annehmen können, sie sei zur Erzwingung der vorliegenden Geschäftsbedingungen berechtigt. Ein Rechts- bzw. Verbotsirrtum sei deshalb zu verneinen (vgl. Verfügung, Rz. 855 ff.).

11.3.3 Zum Sachverhalts- und Rechtsirrtum im Kartellrecht

In der Literatur wird gefordert, ein entschuldbarer Sachverhalts- oder Rechtsirrtum sei im Kartellrecht unter Umständen zu berücksichtigen (vgl. BORER, a.a.O., Art. 49a, Rz. 13; PHILIPPE SPITZ, Ausgewählte Problemstellungen im Verfahren und bei der praktischen Anwendung des revidierten Kartellgesetzes, in: sic! 2004 553, 565). Bislang ist aber nach der Rechtsprechung noch nicht anerkannt, ob sich ein Unternehmen überhaupt, und allenfalls unter welchen Voraussetzungen, auf falsche Vorstellungen über den Sachverhalt oder die Rechtslage berufen kann. Insbesondere ist unklar, ob und inwieweit allenfalls strafrechtliche Grundsätze für die Beurteilung herangezogen werden können (vgl. Urteil des BVGer B-7633/2009 Rz. 700, "Preispolitik ADSL").

11.3.4 Vorwerfbarkeit im vorliegenden Fall

Ein Sachverhaltsirrtum würde voraussetzen, dass bei den Verantwortlichen der Swisscom-Gruppe eine Fehlvorstellung über relevante Aspekte des Sachverhalts bestanden hätte (vgl. Urteil des BVGer B-7633/2009 Rz. 701, "Preispolitik ADSL").

In Bezug auf die Marktabgrenzung können sich die Beschwerdeführerinnen nicht in einem Sachverhaltsirrtum befunden haben. Denn durch ihre Tätigkeit im Pay-TV-Geschäft wussten sie um die Vielschichtigkeit dieses Geschäfts, was sich auch an den komplexen Verträgen zeigt, welche sie mit TV-Anbietern wie Sunrise abgeschlossen haben. So werden in der Vereinbarung zwischen Teleclub und Sunrise betreffend Teleclub Digital (vgl. act. 93, Beilage) namentlich folgende technischen und wirtschaftlichen Vorgänge erwähnt: Anlieferung und

Bereitstellung des (Fernseh-)Signals (Ziff. 1.1, 4.1), Übernahme, Aufbereitung, Verschlüsselung, Zuführung und Verbreitung des Signals (Ziff. 4.2, 4.4, 4.6), Vermarktung und Vertrieb eines Abonnementsfernsehangebots (Ziff. 1.1, 7 ff.), Übertragung eines Programms über eine TV-Plattform und die Ermöglichung dessen Empfangs (Ziff. 1.2, 4.2, 4.4), Bestimmung des Umfangs des Programmangebots und dessen Zusammenfassung in Paketen durch den Programmanbieter (Ziff. 2.1, 2.3, 7.3), Abonnierung von Programmpaketen durch Kunden (Ziff. 2.2, 7.4) sowie Integration eines EPG (Ziff. 4.8). Dass diese und weitere Bereiche des Pay-TV-Geschäfts zumindest theoretisch von Missbräuchen betroffen sein können, was im Hinblick auf die entsprechende Untersuchung eine Marktabgrenzung erforderlich macht, liegt auf der Hand und musste auch den Verantwortlichen der Beschwerdeführerinnen bewusst sein. Auch aufgrund der zahlreichen Anfragen von TV-Plattformanbietern wussten sie, dass eine Nachfrage nach dem Teleclub-Sportangebot und somit auch ein entsprechender Markt bestanden hat. Insofern spielt es keine Rolle, dass die Vorinstanz, wie bereits erwähnt, noch nie einen Bereitstellungsmarkt betreffend Pay-TV-Inhalte abgegrenzt hat (vgl. E. 7.2.4.1)

Was die übrigen Sachverhaltselemente betrifft, wussten die Beschwerdeführerinnen insbesondere, dass sie die hier strittigen Fussball- und Eishockeyrechte exklusiv innehatten, und dass sie die daraus produzierten Inhalte in unterschiedlichem Ausmass und zu unterschiedlichen Preisen an Swisscom, andere IPTV-Unternehmen und KNU zur Verfügung stellten, wenn sie diese überhaupt zur Verfügung stellten (vgl. E. 9.2 ff., insb. 9.3.3). Zudem schlossen sie bewusst Verträge mit Cablecom und Sunrise ab, die diese Unternehmen daran hindern sollten, selbst exklusiven Content zu erwerben (vgl. E. 9.4). Die Beschwerdeführerinnen waren sich somit der relevanten Sachverhaltselemente bewusst, weshalb ihnen die vorgehend geprüften missbräuchlichen Verhaltensweisen zum Vorwurf zu machen sind.

Was den geltend gemachten Rechtsirrtum betrifft, berufen sich die Beschwerdeführerinnen wiederum auf das Verhalten der Vorinstanz (respektive seines Sekretariats) in der Untersuchung Teleclub/Cablecom/ Swisscable und in der Marktbeobachtung Lieferverträge Teleclub. Diese Umstände konnten die Beschwerdeführerinnen indessen mangels einer vollständigen und verbindlichen Prüfung des Marktverhaltens nicht in einen Rechtsirrtum versetzen (vgl. E. 11.2).

11.4 Sanktionsbemessung

11.4.1 Allgemeines

Sind die Tatbestandsvoraussetzungen von Art. 49a Abs. 1 KG erfüllt, ist das Unternehmen zu sanktionieren; die Sanktion beträgt in keinem Fall mehr als 10 Prozent des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes (maximale Sanktion; Art. 49a Abs. 1 KG; Art. 7 der KG-Sanktionsverordnung vom 12. März 2004, SVKG, SR 251.5; BGE 146 II 217 E. 9.1, "Preispolitik Swisscom ADSL"). Der Betrag bemisst sich dabei nach der Dauer und der Schwere des unzulässigen Verhaltens. Der mutmassliche Gewinn, den das Unternehmen dadurch erzielt hat, ist angemessen zu berücksichtigen (Art. 49a Abs. 1 KG; Art. 2 Abs. 1 SVKG). Im Rahmen der konkreten Sanktionsbemessung wird der im Einzelfall auszusprechende Betrag innerhalb des abstrakten - in Art. 49a Abs. 1 KG festgelegten - maximalen Sanktionsrahmens anhand der in Art. 2 ff. SVGK enthaltenen Kriterien in drei Schritten bestimmt (vgl. BGE 146 II 217 E. 9.1, "Preispolitik Swisscom ADSL"; 144 II 194 E. 6.2, "Bayerische Motoren Werke"; Urteil des BGer 2C_484/2010 E. 12.3.1, "Publigroupe" [in BGE 139 I 72 nicht publizierte Erwägung]): Ermittlung des Basisbetrags (Art. 3 SVKG; vgl. nachstehend), Berücksichtigung der Dauer des Verstosses (Art. 4 SVKG) sowie erschwerender und mildernder Umstände (Art. 5 und 6 SVKG). Bei der Festsetzung der Sanktion ist das Prinzip der Verhältnismässigkeit zu beachten (Art. 2 Abs. 2 SVKG i.V.m. Art. 5 Abs. 2 BV).

Der Basisbetrag bildet je nach Schwere und Art des Verstosses bis zu 10 Prozent des Umsatzes, den das betreffende Unternehmen in den letzten drei Geschäftsjahren auf den relevanten Märkten in der Schweiz erzielt hat (vgl. Art. 3 SVKG) und wird ebenfalls in drei Schritten ermittelt: Feststellung der relevanten Märkte, Umsatz auf diesen und Anpassung der Sanktionshöhe an die objektive Schwere des Verstosses (vgl. BGE 146 II 217 E. 9.1, "Preispolitik Swisscom ADSL"; 144 II 194 E. 6.2, "Bayerische Motoren Werke"; vgl. auch: FRANZ BÖNI/ALEX WASSMER, Die Höhe des erwirtschafteten Gewinns als Parameter bei der Festlegung von Kartellgeldbussen, in: Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht [EWS] 2017 S. 241 ff.; KRAUSKOPF, DIKE-KG, Art. 49a Abs. 1-2, Rz. 30 ff.; WEBER/VOLZ, a.a.O., Rz. 3.232 ff.).

Grundsätzlich entspricht der für die Sanktionierung massgebliche relevante Markt dem sachlich, räumlich und zeitlich relevanten Markt, auf dem die marktbeherrschende Stellung des Unternehmens gegeben ist. Wirkt das marktbeherrschende Unternehmen darüber hinaus mit seiner wettbewerbswidrigen Verhaltensweise auf sonstige Märkte (Sekundär- oder Tertiärmärkte) ein, so sind diese ebenfalls in die Sanktionsbemessung mit einzubeziehen. Dies gilt insbesondere für diejenigen Missbrauchsformen des Art. 7 KG, die sich bereits aufgrund ihrer tatbestandlichen Ausgestaltung auf mehrere Märkte erstrecken. Ansonsten könnte eine sich auf verschiedenen Märkten einstellende Kartellrendite gar nicht abgeschöpft werden (vgl. Urteile des BVGer B-2597/2017 E. 15.2.3.5, "Kommerzialisierung von elektronischen Medikamenteninformationen"; B-831/2011 Rz. 1569 ff., "Six Group"; B-7633/2009 Rz. 723, "Preispolitik ADSL", bestätigt durch BGE 146 II 217 E. 9.2.1).

In zeitlicher Hinsicht ist eine Sanktionierung nach Sinn und Zweck der Regelung in Art. 49a KG an den Umsatz anzuknüpfen, der mit dem wettbewerbswidrigen Verhalten am engsten in Zusammenhang steht. Dabei handelt es sich regelmässig um den Umsatz, der bei Beendigung des jeweils untersuchten wettbewerbswidrigen Verhaltens erzielt wurde. Dadurch kommt dem Unternehmen keine Möglichkeit zu, den Umsatz zwischen einer Beendigung der wettbewerbswidrigen Verhaltensweise und dem Abschluss des Kartellsanktionsverfahrens durch geeignete Massnahmen zu vermindern, um eine Busse möglichst gering zu halten (vgl. Urteile des BVGer B-823/2016 vom 2. April 2020 E. 6.1.2, "Flügel und Klaviere"; B-581/2012 E. 9.2.3, "Nikon"; B-831/2011 Rz. 1584, "Six Group"; B-7633/2009 Rz. 727, "Preispoli-

tik ADSL"). Auf einen anderen Zeitpunkt ist nur in Ausnahmefällen dann abzustellen, wenn die besonderen Umstände des Einzelfalls dies nahelegen. So wäre der Abschluss des Beschwerdeverfahrens als massgeblicher Zeitpunkt zu qualifizieren, wenn ein Unternehmen angesichts der aufschiebenden Wirkung einer Beschwerde das wettbewerbswidrige Verhalten während des Beschwerdeverfahrens fortgeführt hat, um die sich aus der wettbewerbswidrigen Verhaltensweise ergebenden Vorteile maximal auszunutzen (vgl. Urteile des BVGer B-831/2011 Rz. 1585, "Six Group"; B-7633/2009 Rz. 728, "Preispolitik ADSL").

Die Schwere des Verstosses (vgl. Art. 3 SVKG) ist objektiv, d.h. verschuldensunabhängig, zu berücksichtigen (vgl. BGE 146 II 217 E. 9.2.3.2, "Preispolitik Swisscom ADSL"; 144 II 194 E. 6.4, "Bayerische Motoren Werke"; Urteil des BVGer B-2597/2017 E. 15.2.4.1, "Kommerzialisierung von elektronischen Medikamenteninformationen"; DOSS, a.a.O., Rz. 285; CHRISTOPH TAGMANN, Die direkten Sanktionen nach Art. 49a Abs. 1 Kartellgesetz, Zürich 2007, S. 230; ROLF DÄHLER/PATRICK L. KRAUSKOPF, Die Sanktionsbemessung und die Bonusregelung, in: Stoffel/Zäch [Hrsg.], Kartellgesetzrevision 2003, Zürich 2004, S. 139). Massgebend ist das abstrakte Gefährdungspotential, und zu berücksichtigen sind namentlich der Grad der Beeinträchtigung des Wettbewerbs, die Wirksamkeit des Verstosses und die Anzahl der Beteiligten (vgl. BGE 146 II 217, E. 9.2.3.2 " Preispolitik Swisscom ADSL"; 144 II 194 E. 6.4, "Bayerische Motoren Werke"; Urteil des BVGer B-2597/2017 E. 15.2.4.1, "Kommerzialisierung von elektronischen Medikamenteninformationen"). Die Erläuterungen zu Art. 3 Bst. d SVKG gehen davon aus, dass sich bei Missbräuchen von marktbeherrschenden Unternehmen nach Art. 7 KG der Basisbetrag "regelmässig im oberen Drittel des Rahmens", d.h. bei 7-10 %, bewegt (vgl. DOSS, a.a.O., Rz. 285 Fn. 800; TAGMANN/ZIRLICK, BSK-KG, Art. 49a, Rz. 55). Es ist jedoch im Einzelfall zu beurteilen (vgl. Urteile des BVGer B-2597/2017 E. 15.2.4.2, "Kommerzialisierung von elektronischen Medikamenteninformationen"; B-2977/2007 E. 8.3.4, "Publigroupe"; B-7633/2009 Rz. 713, "Preispolitik ADSL"; DOSS, a.a.O., Rz. 285; TAGMANN/ZIRLICK, BSK-KG, Art. 49a, Rz. 54).

Der Basisbetrag wird um bis zu 50 Prozent erhöht, wenn der Wettbewerbsverstoss zwischen 1 und 5 Jahren dauerte. Dauerte der Wettbewerbsverstoss mehr als 5 Jahre, so wird der Basisbetrag für jedes zusätzliche Jahr mit einem Zuschlag von je bis zu 10 Prozent erhöht (vgl. Art. 4 SVKG). Unter Berücksichtigung eines gewissen zulässigen Schematismus und des Verhältnismässigkeitsprinzips ist es nicht bundesrechtswidrig, den Basisbetrag um jeweils 10 Prozent pro angefangenes Jahr für die Dauer von 1 bis 5 Jahren stufenweise zu erhöhen (vgl. BGE 146 II 217 E. 9.3, "Preispolitik Swisscom ADSL"; Urteil des BGer 2C_484/2010 E. 12.3.4, "Publigroupe", in BGE 139 I 72 nicht publizierte Erwägung).

Hinsichtlich des konkreten Sanktionsbetrages kommt der rechtsanwendenden Wettbewerbsbehörde erhebliches Ermessen zu (vgl. Urteil des BVGer B-2977/2007 E. 8.3.4, "Publigroupe"; DOSS, a.a.O., Rz. 278; KRAUSKOPF, DIKE-KG, Art. 49a Abs. 1-2, Rz. 29; TAGMANN/ZIRLICK, BSK-KG, Art. 49a, Rz. 18). In dieses dürfen die Rechtsmittelinstanzen nicht leichthin, sondern nur bei pflichtwidriger Ermessensausübung eingreifen (vgl. Urteil des BVGer B-2977/2007 E. 8.3.7, "Publigroupe").

11.4.2 Vorgebrachte Argumente

Die Vorinstanz legte die Maximalhöhe der Sanktion auf Fr. [...] (10 % des in den Geschäftsjahren 2012 bis 2014 erzielten Gesamtumsatzes in der Schweiz) und die Obergrenze des Basisbetrags auf Fr. [...] (10 % des mit Swisscom TV inkl. Teleclub in den Jahren 2011 bis 2013 generierten Umsatzes) fest. Da sie die Geschäftsverweigerung als mittelschweren Verstoss qualifizierte, setzte sie den Basisbetrag bei einem Prozentsatz von [...] % an (Fr. 35'205'155.-). Ausgehend von einer Dauer des Verstosses von rund 7 Jahren (Oktober 2006 bis mindestens Sommer 2013) errechnete sie einen Zuschlag von 70 % (+ Fr. 24'643'609.- = Fr. 59'848'764.-). Da sie im gleichen Verfahren mehrere Tathandlungen zu beurteilen hatte, erhob sie unter dem Titel "wiederholter Verstoss" einen weiteren Zuschlag von 20 % (+ Fr. 11'969'753.-). Auf diese Weise errechnete die Vorinstanz eine Verwaltungssanktion in der Höhe von Fr. 71'818'517.-. Dieser Betrag sei für den Swisscom-Konzern zumutbar (vgl. angefochtene Verfügung, Rz. 861 ff.).

Die Beschwerdeführerinnen argumentieren zusammenfassend, die Maximalsanktion und der Basisbetrag seien falsch berechnet, die Art und Schwere des angeblichen Verstosses falsch beurteilt und die Dauer des angeblichen Verstosses unzutreffend bestimmt worden. Des Weiteren werde fälschlicherweise von einem wiederholten Verstoss ausgegangen und hätten mildernde Umstände berücksichtigt werden sollen. Schliesslich sei die Sanktion unverhältnismässig (vgl. Beschwerde, Rz. 1082 ff.).

Für die Beschwerdegegnerin wiegen die Verstösse der Swisscom-Gruppe schwer (vgl. Stellungnahme vom 27. April 2021, Rz. 17 f.). Zudem kritisiert sie, für die Bestimmung des relevanten Umsatzes zur Festlegung des Basisbetrags müssten die drei Geschäftsjahre vor dem Entscheiddatum der Vorinstanz (2013-2015) respektive vor dem Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts herangezogen werden. Zudem müsse der Dauerzuschlag aufgrund des fortgesetzten missbräuchlichen Verhaltens auf mindestens 100 % angehoben werden (vgl. Beschwerdeantwort, Rz. 103 ff.; Stellungnahme vom 27. April 2021, Rz. 51 ff.).

11.4.3 Berechnung der Maximalsanktion

Zur Berechnung der Maximalsanktion hat die Vorinstanz auf die Umsätze der Jahre 2012 bis 2014 ([...] Mio. Fr.) abgestellt (vgl. Verfügung, Rz. 860 ff.).

Die Beschwerdeführerinnen machen geltend, für die Berechnung der Maximalsanktion seien entsprechend der Praxis der Vorinstanz die letzten drei Geschäftsjahre vor Erlass der angefochtenen Verfügung massgebend. Da die angefochtene Verfügung im Jahr 2016 erlassen worden sei, wären die Jahre 2013 bis 2015 relevant gewesen (vgl. Beschwerde, Rz. 1083 f.).

In ihrer Vernehmlassung räumt die Vorinstanz ein, dass sie korrekterweise den Umsatz von 2013 bis 2015 hätte berücksichtigen müssen (vgl. Vernehmlassung, Rz. 97).

Soweit gemäss dem Vorgesagten auf die letzten drei vor Erlass der Verfügung abgeschlossenen Geschäftsjahre abzustellen ist (vgl. etwa TAGMANN/ZIRLICK, BSK-KG, Art. 49a, Rz. 12a), wären in der Tat diese Umsatzjahre massgebend. Die so korrigierte Berechnung würde jedoch, wie die Vorinstanz zu Recht geltend macht, zu einer höheren Maximalsanktion führen ([...] Mio. Fr.), da statt des Umsatzes von 2012 ([...] Mio. Fr.) der Umsatz von 2015 ([...] Mio. Fr.) heranzuziehen wäre. Hinzu kommt, dass diese Umsatzjahre nicht mit den massgebenden Umsatzjahren für die Berechnung des Basisbetrags übereinstimmen würden (vgl. hinten, E. 11.4.5.2). Wird wie im Urteil "Swisscom ADSL" für die Berechnung der Maximalsanktion und des Basisbetrags auf dieselbe Regelung und damit auf die gleichen Geschäftsjahre abgestellt (vgl. Urteil des BVGer B-7633/2009 Rz. 785, "Preispolitik ADSL"), wären für die Berechnung der Maximalsanktion vorliegend die Jahre 2011 bis 2013 relevant. In diesen Jahren ergab sich ein kumulierter Umsatz von [...] Mio. Fr. (vgl. act. 385 Ziff. 1).

Letztlich kann die Frage, ob auf die Geschäftsjahre 2011 bis 2013, 2012 bis 2014 oder 2013 bis 2015 abzustellen ist, offenbleiben, da sich - wie sich aus den nachfolgenden Erwägungen ergibt - am konkreten Sanktionsbetrag nichts ändert (vgl. Vernehmlassung, Rz. 97; Duplik, Rz. 102).

11.4.4 Bestimmung der für die Sanktionsbemessung relevanten Märkte

Die Vorinstanz stellte zur Umsatzberechnung auf die mit Swisscom TV (inkl. Teleclub) in den Jahren 2011 bis 2013 generierten Umsätze ab (vgl. Verfügung, Rz. 865 ff.). Im Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht verweist die Vorinstanz auf die neuste Rechtsprechung des Bundesgerichts und Bundesverwaltungsgerichts, wonach nicht nur der Markt massgebend sei, auf dem die marktbeherrschende Stellung des Unternehmens gegeben sei. Vielmehr seien auch vor- oder nachgelagerte Märkte sowie sonstige, von der Verhaltensweise betroffene Märkte in die Sanktionsbemessung einzubeziehen (vgl. Duplik, Rz. 103).

Die Beschwerdeführerinnen kritisieren, die Vorinstanz ziehe zur Berechnung des Basisbetrags fälschlicherweise die Umsätze von Swisscom mit Swisscom TV und Teleclub bei, statt auf diejenigen auf den relevanten Pay-TV-Bereitstellungsmärkten abzustellen. Indem die Vorinstanz zudem das gesamte Swisscom TV- bzw. Teleclub-Angebot berücksichtige, dehne sie diese auch sachlich zu weit aus (vgl. Beschwerde, Rz. 1085 ff.).

Im vorliegenden Fall haben sich die Beschwerdeführerinnen auf den nationalen Märkten für die Bereitstellung von Schweizer Fussball- und Eishockeyübertragungen sowie von bestimmten ausländischen Fussballübertragungen (Bundesliga, Primera División & Copa del Rey, Serie A) im Rahmen eines Liga-Wettbewerbs im Pay-TV missbräuchlich verhalten (vgl. E. 8.8, 9.2.9, 9.3.6, 9.4.7 und 9.5). Relevant für die Sanktionsbemessung sind aber nicht nur die Märkte, wo die relevanten Handlungen zwar begangen wurden, auf welchen die Beschwerdeführerinnen aber gerade auch aufgrund der Verweigerung von Geschäftsbeziehungen einen relativ geringen Umsatz erzielt haben (vgl. Verfügung, Rz. 866). Vielmehr wirken sich die missbräuchlichen Verhaltensweisen auch auf die Pay-TV- und Free-TV-Endkundenmärkte aus: Kunden, die Übertragungen auf Teleclub-Sportkanälen konsumieren wollen, die ihr TV-Plattformanbieter nicht zur Verfügung stellt, müssen zu Swisscom TV, welches das vollständige Teleclub-Programmangebot zur Verfügung stellt, wechseln. Damit hat das missbräuchliche Verhalten Auswirkungen auf die unter Umständen kostenpflichtigen Free-TV-Angebote von Swisscom TV sowie auf Teleclub-Angebote ausserhalb der hier relevanten Sportübertragungen und sind auch diese Märkte für die Sanktionsbemessung relevant (vgl. BGE 146 II 217 E. 9.2.1 "Swisscom ADSL", vgl. Art. 11 Abs. 2 Bst. a und b VKU). Darum ist es entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerinnen (vgl. Beschwerde, Rz. 1104 ff.) sachgerecht und entspricht es der aktuellen Rechtsprechung, dass die Vorinstanz auf alle Umsätze abgestellt hat, die Swisscom mit Teleclub und Swisscom TV generiert hat (vgl. Verfügung, Rz. 867 ff.).

Zu Gunsten der Beschwerdeführerinnen hat die Vorinstanz darauf verzichtet, die Umsätze der benachbarten Fernmeldemärkte (Breitbandinternet, Festnetztelefonie, evt. auch Mobilfunk) einzubeziehen, auf die sich das missbräuchliche Verhalten der Beschwerdeführerinnen aufgrund der branchenüblichen Triple- und Quadruple-Play-Angebote ebenfalls nachteilig ausgewirkt hat (vgl. E. 9.2.6.4.6; vgl. Verfügung, Rz. 871). Insofern stösst die Rüge der Beschwerdeführerinnen, die Vorinstanz habe für die Umsatzberechnung einen zu weiten Markt herangezogen, ins Leere (vgl. auch Duplik der Vorinstanz, Rz. 103).

11.4.5 Obergrenze des Basisbetrags

11.4.5.1 Weiter machen die Beschwerdeführerinnen geltend, die Vorinstanz habe für die Berechnung des Basisbetrags zu Unrecht auf die Umsätze der Jahre 2011 bis 2013 abgestellt, massgebend wären aber, wenn überhaupt und im Zweifel ("in dubio pro reo") die Umsätze der Jahre 2010 bis 2012, da ihr angeblicher Kartellrechtsverstoss maximal bis Ende Mai 2013 gedauert habe (vgl. Beschwerde, Rz. 1118 ff.).

Die Vorinstanz hält die von ihr als massgeblich erachteten Umsatzjahre (2011 bis 2013) nach wie vor als korrekt, da das missbräuchliche Verhalten bis ins Jahr 2013 angedauert habe (vgl. Vernehmlassung, Rz. 99).

Demgegenüber geht die Beschwerdegegnerin davon aus, dass das missbräuchliche Verhalten der Beschwerdeführerinnen im Verfügungszeitpunkt noch nicht beendet gewesen sei; der Zeitpunkt der Beendigung sei von Amtes wegen festzustellen. Es sei auf die drei Geschäftsjahre vor dem Entscheiddatum der Vorinstanz (2013-2015) oder spätere Geschäftsjahre abzustellen. Werde an der Abgrenzung eigenständiger relevanter Märkte für Fussball und Eishockey festgehalten, seien die drei Geschäftsjahre vor Erlass des Entscheids des Bundesverwaltungsgerichts massgebend, da in diesem Fall die marktbeherrschende Stellung der Swisscom-Gruppe bis im Sommer 2017 (im Fall der Eishockeyübertragungen) respektive bis zum heutigen Tag (im Fall der Fussballübertragungen) fortgedauert habe (vgl. Beschwerdeantwort, Rz. 103 ff.; Stellungnahme vom 27. April 2021, Rz. 51 ff.).

11.4.5.2 Soweit der Vorwurf der Beschwerdegegnerin zutrifft, die Beschwerdeführerinnen hätten das wettbewerbswidrige Verhalten auch nach Erlass der angefochtenen Verfügung weitergeführt, und soweit "besondere Umstände des Einzelfalls" vorliegen, würde es die aktuellere Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts nahelegen, auf Umsätze abzustellen, die spätestens bis zum Abschluss des Beschwerdeverfahrens generiert worden sind (vgl. Urteile des BVGer B-831/2011 Rz. 1585, "Six Group"; B-7633/ 2009 Rz. 728, "Swisscom ADSL"). Da in den genannten Urteilen das jeweilige wettbewerbswidrige Verhalten vor Erlass der angefochtenen Verfügung beendet wurde (vgl. Urteile des BVGer B-831/2011 Rz. 1587, "Six Group"; B-7633/2009 Rz. 730, "Preispolitik ADSL"), hatte das Bundesverwaltungsgericht keine Veranlassung, die Thematik des in das Beschwerdeverfahren hinein fortgesetzten wettbewerbswidrigen Verhaltens genauer zu untersuchen.

Wie Swisscom in ihrem Geschäftsbericht 2016 zutreffend schreibt, hat im Jahr 2016 die Wettbewerbsdynamik vor allem im Bereich der Fernsehinhalte zugenommen, da nationale Kabelanbieter die Übertragungsrechte der Schweizer Eishockeyligen ab der Saison 2017/2018 erworben hätten, die zurzeit noch bei Teleclub lägen (vgl. Geschäftsbericht Swisscom 2016, S. 43). Damit hat sich die Situation der Beschwerdeführerinnen im Bereich der Schweizer Eishockeyübertragungen grundlegend verändert (vgl. Replik, Rz. 275). Es ist durchaus möglich, dass die Untersuchung und Verfügung der Vorinstanz eine Zurückhaltung der Beschwerdeführerinnen bei der Rechtevergabe von 2016 und die damit verbundene bessere Verteilung der Übertragungsrechte unter den Wettbewerbern beeinflusst haben. Damit können die mit Swisscom TV (inkl. Teleclub) ab Saison 2017/2018 gemachten Umsätze nicht mehr repräsentativ für das wettbewerbswidrige Verhalten in den Jahren 2006 bis 2013 sein (vgl. auch Urteil des BVGer B-846/ 2015 vom 19. Dezember 2017 E. 9.2.2, "Hors-Liste Medikamente"). Hinzu kommt, dass das Abstellen auf während des Beschwerdeverfahrens generierte Umsätze entsprechende Instruktionsmassnahmen des Bundesverwaltungsgerichts oder eine Rückweisung an die Vorinstanz zur weiteren Abklärung des sanktionsrelevanten Sachverhalts nötig machen würden (vgl. Urteil des BGer 2C-149/2018 vom 4. Februar 2021 E. 8.5.2, "Hors-Liste Medikamente"). Dies würde zu einer Verfahrensverzögerung führen, die angesichts der bereits sehr langen Verfahrensdauer nicht zielführend ist.

11.4.5.3 Für die Umsatzberechnung ist somit an den Umsatz anzuknüpfen, der mit dem wettbewerbswidrigen Verhalten am engsten in Zusammenhang steht. Im vorliegenden Fall hat die Vorinstanz das Verhalten der Beschwerdeführerinnen in den Jahren 2006 bis 2013 untersucht und in diesen Jahren Zuwiderhandlungen festgestellt (vgl. Verfügung, Rz. 817). Den Beginn der Geschäftsverweigerung hat die Vorinstanz zu Recht auf die erste klar belegte Verweigerung und damit auf den Dezember 2010 festgelegt. Dabei handelt es sich um den Fall Ticinocom SA (vgl. E. 9.2.4.3.7). Die Verweigerung dauerte mindestens bis zum Ende des Untersuchungszeitraums im Sommer 2013 (vgl. Verfügung, Rz. 626, 720). Die Diskriminierung ist für den ganzen Untersuchungszeitraum (Oktober/November 2006 bis Sommer 2013) belegt, da Teleclub Swisscom seit der Lancierung von Swisscom TV im November 2006 gegenüber den konkurrierenden TV-Plattformen bevorzugte (vgl. Verfügung, Rz. 730; E. 9.3). Schliesslich dauerte auch die Erzwingung unangemessener Geschäftsbedingungen während des ganzen Untersuchungszeitraums, wurde doch die Vereinbarung zwischen Teleclub und Cablecom im Oktober 2006 abgeschlossen und galt bis Ende Juni 2013 (vgl. E. 8.5.2.2, mit Verweis auf Vereinbarung vom April 2012 betreffend "Vorsorgliche Verlängerung des von UPC Cablecom per 23. Juli 2012 gekündigten 'Vertrags über die Verbreitung und Vermarktung des Teleclub-Programmangebots durch Cablecom'"). Die entsprechende Vereinbarung mit Sunrise galt ab Mai 2012 (vgl. E. 8.5.2.2). Dass im Jahr 2013 keine Ausschreibungen stattfanden, wie die Beschwerdeführerinnen geltend machen (vgl. Beschwerde, Rz. 1119), ist vorliegend nicht von Relevanz, mussten die Parteien doch ihre Geschäftspolitik auf die vereinbarte Klausel ausrichten und konnten damit keine eigenständige Akquisition von Übertragungsrechten betreiben (vgl. Beschwerdeantwort Sunrise, Rz. 58). Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerinnen trifft es auch nicht zu, dass das Ende der Kartellrechtsverstösse in der angefochtenen Verfügung nicht genau bestimmt sei (vgl. Beschwerde, Rz. 1119), ist doch hinsichtlich der Erzwingung unangemessener Geschäftsbedingungen belegt, dass die im Oktober 2006 abgeschlossene Vereinbarung zwischen Cablecom und Teleclub bis Ende Juni 2013 galt, und die entsprechende Vereinbarung zwischen Sunrise und Teleclub vom Mai 2012 betreffend "Teleclub Digital" auf eine Laufzeit von mindestens 3 Jahren, d.h. bis mindestens 2015, angelegt war (vgl. E. 8.5.2.2). Mindestens bis zu diesem Zeitpunkt dauerten auch noch die ab Dezember 2010 belegten Geschäftsverweigerungen und die Diskriminierung an. Somit stehen die Umsätze der Geschäftsjahre 2011 bis 2013 mit dem untersuchten wettbewerbswidrigen Verhalten am engsten in Zusammenhang und die entsprechende Umsatzberechnung der Vorinstanz ist nicht zu beanstanden.

Ausgehend von den relevanten Umsätzen der Beschwerdeführerinnen in den Jahren 2011 (Fr. [...]), 2012 (Fr. [...]) und 2013 (Fr. [...]) ist mit der Vorinstanz von einer oberen Grenze des Basisbetrags von Fr. [...] auszugehen (vgl. Verfügung, Rz. 874 ff.).

11.4.6 Berücksichtigung der Art und Schwere des Verstosses

11.4.6.1 Unter dem Titel "Art und Schwere des Verstosses" fokussierte die Vorinstanz auf den Tatbestand der Geschäftsverweigerung, da sie die entsprechende Verhaltensweise der Beschwerdeführerinnen als die schwerwiegendste unter den drei vorgeworfenen Verhaltensweisen qualifizierte (vgl. Verfügung, Rz. 880). Dies ist aufgrund der wettbewerbspolitisch zentralen Bedeutung dieses Tatbestandes (vgl. vorne, E. 9.2.1.7) nicht zu beanstanden. Die Vorinstanz bezeichnet die Geschäftsverweigerung der Beschwerdeführerinnen als nicht besonders schwerwiegend respektive mittelschweren Verstoss und setzte den Basisbetrag bei einem Prozentsatz von [...] % an. Zwar stelle der hier relevante Sport-Content einen sehr wichtigen Faktor im Plattform-

wettbewerb dar und seien insbesondere die neuen IPTV-Technologien bzw. die neuen Wettbewerber auf den Glasfaserinfrastrukturen betroffen. Doch sei gemäss ihren Beobachtungen kein Konkurrent aufgrund der missbräuchlichen Verhaltensweisen der Beschwerdeführerinnen aus dem Markt ausgeschieden und habe Swisscom mit dem Eintritt in den TV-Plattformmarkt überhaupt erst Wettbewerb auf diesem Markt geschaffen (vgl. Verfügung, Rz. 879).

Die Beschwerdeführerinnen halten dagegen, es handle sich allenfalls um leichte Verstösse, weshalb der Basisbetrag deutlich unterhalb von [...] % anzusetzen sei. Im Entscheid in Sachen "Badezimmer" habe die Vorinstanz zudem bei der Art und Schwere des Verstosses ausdrücklich auch eine subjektive Komponente berücksichtigt; entsprechend wären die für die Beschwerdeführerinnen nicht vorhersehbare Marktabgrenzung sowie der Vertrauensschutz basisbetragsmindernd zu berücksichtigen gewesen (vgl. Beschwerde, Rz. 1110 ff.; Replik, Rz. 252 f.). Unter Hinweis auf den Fall Eishockey im Pay-TV machen die Beschwerdeführerinnen geltend, dass der Prozentsatz höchstens [...] % betragen dürfe (vgl. Stellungnahme vom 31. März 2021, Rz. 22 ff., 101).

Die Beschwerdegegnerin argumentiert, die Verstösse der Swisscom-Gruppe wögen schwer. Nicht nur hätten die Beschwerdeführerinnen fast die gesamte Konkurrenz auf dem TV-Plattformmarkt über Jahre hinweg durch eine Kombination verschiedener unzulässiger Verhaltensweisen systematisch behindert und dadurch den Wettbewerb auch auf benachbarten Märkten geschwächt, die Beschwerdeführerinnen hätten darüber hinaus auch für eine eigentliche Abschottung des vorgelagerten Beschaffungsmarkts gesorgt. Erschwerend komme hinzu, dass die Beschwerdeführerinnen ihr Verhalten selbst nach Erlass der angefochtenen Verfügung nur teilweise aufgegeben hätten (vgl. Stellungnahme vom 27. April 2021, Rz. 17 f.).

11.4.6.2 Nach der aktuellen Rechtsprechung des Bundesgerichts sind subjektive Gründe bei der Schwere des Verstosses nicht zu berücksichtigen (vgl. BGE 146 II 217, E. 9.2.3.2 " Preispolitik Swisscom ADSL"; 144 II 194 E. 6.4, "Bayerische Motoren Werke" e contrario), dies gilt somit auch für die von den Beschwerdeführerinnen geltend gemachten Gründe (überraschende Marktabgrenzung, Vertrauensschutz). Selbst wenn subjektive Komponenten eine Rolle spielen würden, wäre hier kein vergleichbarer Fall gegeben wie im Entscheid in Sachen "Badezimmer": Dort bezog die Vorinstanz den Umstand einer eingestellten Vorabklärung vor einer erneuten Untersuchungseröffnung in die Beurteilung der Schwere des Verstosses ein (vgl. RPW 2019/3b, 927 ff., Rz. 2599, "Badezimmer [2. Teil]" [nicht rechtskräftig]).

Von der (vollständigen) Geschäftsverweigerung waren mindestens fünf IPTV-Unternehmen betroffen (vgl. E. 9.2 ff.), welchen mit den Fussball- und Eishockeyübertragungen von Teleclub ein wichtiger Pay-TV-Content vorenthalten wurde. Da zwei dieser Unternehmen (Mygate AG und Sierre-Energie SA) Fernsehen via Glasfaser verbreiten und bereits im November 2006 (Sierre-Energie SA) respektive im November 2009 (Mygate AG) Anfragen bei Teleclub tätigten, kann den Beschwerdeführerinnen nicht gefolgt werden, dass die verweigerte Verbreitung über FTTH bereits in zeitlicher Hinsicht weniger ins Gewicht fallen. Da sich andere TV-Anbieter mit einem eingeschränkten Teleclub-Angebot respektive mit einer blossen Signalanlieferung (statt einer Bereitstellung auf ihrer TV-Plattform) begnügen mussten, waren letztlich alle TV-Plattformen ausser Swisscom von den Verhaltensweisen der Beschwerdeführerinnen betroffen, wenn auch in unterschiedlichem Ausmass. Positiv ins Gewicht fällt jedoch, dass Swisscom mit dem Eintritt in den TV-Plattformmarkt überhaupt erst Wettbewerb auf diesem Markt geschaffen hat, wie die Vorinstanz zu Recht hervorhebt. Es ist daher nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz von einem mittelschweren Verstoss und einem Basissatz von [...] % ausging.

11.4.6.3 Daran ändert auch der parallel hängige Fall "Eishockey im Pay-TV" nichts. Dort war nachweislich nur ein Unternehmen (Swisscom), beschränkt auf einen Markt (nationaler Markt für die Bereitstellung von Schweizer Eishockeyübertragungen im Rahmen eines Liga-Wettbewerbs im Pay-TV), von der Geschäftsverweigerung durch UPC betroffen. Zudem dauerte das UPC durch die Vorinstanz vorgeworfene Verhalten deutlich weniger lang. Insgesamt ging die Vorinstanz von einem leichten bis mittelschweren Verstoss aus (vgl. Verfügung der WEKO vom 7. September 2020, Rz. 360, 417, "Eishockey im Pay-TV"). Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerinnen ist es daher bereits aufgrund des unterschiedlichen Ausmasses der Wettbewerbsbeschränkung nicht angezeigt, den Basissatz auf das Niveau des Falles "Eishockey im Pay-TV" zu senken.

Der Basisbetrag beträgt somit Fr. 35'205'155.-.

11.4.7 Zuschlag für die Dauer des beanstandeten Verhaltens

Die Vorinstanz hat für die Dauer von 7 Jahren (Oktober 2006 bis mindestens Sommer 2013) Wettbewerbsverstösse festgestellt und daraus einen Zuschlag von 70 % errechnet (vgl. Verfügung, Rz. 883).

Die Beschwerdeführerinnen rügen, die von der Vorinstanz festgestellte Dauer der Verstösse treffe nicht zu. So könnten ihnen mangels marktbeherrschender Stellung im Jahr 2006 in diesem Jahr gar keine missbräuchlichen Verhaltensweisen vorgeworfen werden. Auch habe die erst nach der Vergabe der schweizerischen Fussball- und Eishockeyrechte im Frühjahr 2006 vereinbarte Content-Akquisitionsklausel in jenem Jahr noch gar keine Wirkung erzielen können. Zudem habe die Vorinstanz das Ende der missbräuchlichen Verhaltensweise fälschlicherweise auf Ende 2013 angesetzt. Im Jahr 2013 hätten aber gar keine Ausschreibungen stattgefunden. Schliesslich hätte die Vorinstanz die Dauer der Kartellrechtsverstösse nach Monaten bestimmen müssen (vgl. Beschwerde, Rz. 1121 ff.). In einer weiteren Eingabe weisen die Beschwerdeführerinnen darauf hin, dass die Vor-instanz den Sachverhalt lediglich für die Zeit von 2006 bis (Sommer) 2013 untersucht habe, daher müsse sich die Dauer des im vorliegenden Verfahren sanktionierbaren Verhaltens auf die Dauer dieses Untersuchungszeitraums beschränken, da eine Aussage über die Markt- und Wettbewerbsverhältnisse nach diesem Zeitraum ohne vertiefte Untersuchung nicht möglich sei (vgl. Replik, Rz. 271 ff., 278 ff.).

Auch nach Auffassung der Beschwerdegegnerin trifft die der Sanktionsberechnung zugrunde gelegte Dauer des Verstosses nicht zu. Die Beschwerdeführerinnen hätten ihre missbräuchliche Verhaltensweise während der gesamten Zeitdauer des Untersuchungsverfahrens und darüber hinaus fortgeführt. Die missbräuchlichen Verhaltensweisen seien zumindest bis zum Mai 2016 zu berücksichtigen. Aufgrund der Exklusivrechte sei die Marktstellung der Beschwerdeführerinnen unverändert geblieben, weshalb keine vertiefte Untersuchung des Sachverhalts mehr nötig sei. Die Vorinstanz habe den Sachverhalt weitgehend auch für die Jahre nach 2013 erhoben (vgl. Beschwerdeantwort, Rz. 106 ff.; Duplik der Beschwerdegegnerin, Rz. 17 ff., 28). Für den effektiven Dauerzuschlag, der von Amtes wegen zu bestimmen sei, sei auf das Datum des Gerichtsurteils abzustellen (vgl. Beschwerdeantwort, Rz. 108; Stellungnahme der Beschwerdegegnerin vom 27. April 2021, Rz. 58).

Was die Forderung der Beschwerdegegnerin betrifft, für die Dauer des rechtswidrigen Verhaltens auch die Verhaltensweisen ab dem Jahr 2013 zu berücksichtigen, ist auf E. 2.3.4 zu verweisen, wonach der Streitgegenstand auf den Zeitraum von 2006 bis 2013 beschränkt ist.

Wie bereits festgestellt wurde, haben sich die Beschwerdeführerinnen mindestens von Oktober 2006 bis Ende 2013, d.h. 7 Jahre, missbräuchlich verhalten (vgl. E. 11.4.5.3). Der von den Beschwerdeführerinnen vorgebrachte Einwand, dass die Content-Akquisitionsklausel erst nach den Vergaben der Schweizer Fussball- und Eishockeyrechte (Frühjahr 2006) vereinbart worden sei und erst später Wirkung entfaltete, spielt ebenso wenig eine Rolle wie der Umstand, dass im Jahr 2013 keine entsprechenden Ausschreibungen stattfanden (vgl. E. 11.4.5.3). Der von der Vorinstanz bestimmte Zuschlag von 70 % für die Dauer der Wettbewerbsverstösse (vgl. Art. 4 SVKG) ist somit nicht zu beanstanden.

11.4.8 Mehrere Tathandlungen als erschwerender Umstand

11.4.8.1 Die Vorinstanz erhöhte den gemäss Art. 3 und 4 SVKG errechneten Sanktionsbetrag um 20 %, weil die Beschwerdeführerinnen wiederholt gegen das Kartellgesetz verstossen hätten (vgl. Art. 5 Abs. 1 Bst. a SVKG). Ihnen seien vier unterschiedliche Verhaltensweisen vorzuwerfen. Da die Geschäftsverweigerung und die beiden Diskriminierungshandlungen in einem engen Sachzusammenhang stünden, könne von zwei "Tatkomplexen" gesprochen werden (vgl. Verfügung, Rz. 885 ff.).

Die Beschwerdeführerinnen wenden ein, ein Wiederholungszuschlag sei nur dann zulässig, wenn das betreffende Unternehmen von der Vorinstanz bereits einmal rechtskräftig für eine gleichartige Tat verurteilt worden sei, was nicht zutreffe. Zudem sei die Vorinstanz fälschlicherweise von zwei Tatkomplexen (Verweigerung/Diskriminierung und Content-Akquisitionsverbot) ausgegangen; es liege aber nur ein Tatkomplex vor, zumal die Content-Akquisitionsklausel in einem engen Zusammenhang mit den anderen Missbrauchsvorwürfen stehe. Soweit die Vorinstanz in ihrer bisherigen Praxis mehrfache, den gleichen Markt betreffende Kartellverstösse sanktioniert habe, habe sie diese stets in einem Verfahren unter Festsetzung eines einmaligen Basisbetrags beurteilt. An diese in früheren Jahren angewendete Sanktionsbemessungsmethode sei die Vorinstanz gebunden. Schliesslich übersehe die Vorinstanz, dass entsprechend den EU-Bussgeldleitlinien gleichartige Zuwiderhandlungen vorliegen müssten, was vorliegend nicht der Fall sei (vgl. Beschwerde, Rz. 1133 ff.).

11.4.8.2 Aus dem Verweis auf die EU-Bussgeldleitlinien (vgl. Ziff. 28 der Leitlinien für das Verfahren zur Festsetzung von Geldbussen gemäss Artikel 23 Absatz 2 Buchstabe a) der Verordnung [EG] Nr. 1/2003 [2006/C 210/02]) können die Beschwerdeführerinnen von vornherein nichts zu ihren Gunsten ableiten, da sich die EU-Leitlinien - anders als Art. 5 Abs.1 Bst. a SVKG - ausdrücklich auf ein erneutes Begehen einer "gleichartigen oder ähnlichen Zuwiderhandlung" beziehen.

Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerinnen können zudem nicht nur wiederholte Fälle nach einer rechtskräftigen Feststellung eines Kartellrechtsverstosses unter den erschwerenden Umständen gemäss Art. 5 Abs. 1 Bst. a SVKG (wenn das Unternehmen "wiederholt gegen das Kartellgesetz verstossen hat") erschwerend berücksichtigt werden, sondern auch mehrere Kartellrechtsverstösse, die innerhalb eines Verfahrens zu sanktionieren sind (vgl. Urteile des BVGer B-2597/2017 E. 15.2.4.12, "Kommerzialisierung von elektronischen Medikamenteninformationen"; B-8386/2015 vom 24. Juni 2021, E. 10.4.6 "Swisscom WAN" [beide Entscheide angefochten beim BGer]; TAGMANN/ZIRLICK, BSK-KG Art. 49a Rz. 67; Verfügung der WEKO vom 19. Dezember 2016, in: RPW 2020/3, S. 1201, Rz. 524 "Kommerzialisierung von elektronischen Medikamenteninformationen" 3/3; Verfügung der WEKO vom 22. April 2013, in: RPW 2013/4 S. 524 ff., Rz. 977, "Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich"; a. A. PETER G. PICHT, OFK-Wettbewerbsrecht II, 2. Aufl. 2021, Art. 5 SVKG, Rz. 6).

11.4.8.3 Die Vorinstanz geht von zwei Tatkomplexen (Verweigerung/Diskriminierung und Erzwingung unangemessener Geschäftsbedingungen), die Beschwerdeführerinnen von einem Tatkomplex aus. Da die vorne festgestellte Diskriminierung (vgl. E. 9.3 ff.) darin bestand, dass bestimmten TV-Plattformen die Bereitstellung zwar nicht aller, aber eines Teils der Teleclub-Sportkanäle verweigert wurde, ist die Zusammenfassung der von den Beschwerdeführerinnen praktizierten Geschäftsverweigerungen (vgl. E. 9.2 ff.) und Diskriminierungen in einem Tatkomplex nachvollziehbar. Die Erzwingung unangemessener Geschäftsbedingungen (vgl. E. 9.4 ff.) hat dagegen das Cablecom und Sunrise auferlegte Verbot, bestimmten eigenen TV-Content zu akquirieren, und nicht die Bereitstellung von Teleclub-Sportkanälen, zum Gegenstand. Die entsprechenden Verhaltensweisen hätte die Vorinstanz ohne Weiteres in einem separaten Untersuchungsverfahren beurteilen können; sie stehen somit nicht in einem unauflösbaren Zusammenhang mit der Geschäftsverweigerung und der Diskriminierung. Die Zusammenfassung der missbräuchlichen Verhaltensweisen der Beschwerdeführerinnen in zwei Tatkomplexen ist insofern zutreffend.

Im Zusammenhang mit ihrer Rüge, die Vorinstanz habe bezüglich Art. 5 Abs. 1 Bst. a SVKG ihre Praxis geän-

dert, verweisen die Beschwerdeführerinnen auf Verfügungen der Vorinstanz und erklären, soweit die Vorinstanz in ihrer bisherigen Praxis mehrfache, den gleichen Markt betreffende Kartellverstösse sanktioniert habe, habe sie diese stets im gleichen Verfahren unter Festsetzung eines gemeinsamen Basisbetrags beurteilt (vgl. Beschwerde, Rz. 1144). Dabei verkennen sie, dass die von ihnen genannten Fälle anders als der vorliegende Fall gelagert waren. So hat im Fall "Publikation von Arzneimittelinformationen" das sanktionierte Unternehmen lediglich einen Tatbestand, den Tatbestand der Diskriminierung von Handelspartnern (Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG), durch zwei unterschiedliche Verhaltensweisen erfüllt (vgl. RPW 2008/3, S. 385 ff., Rz. 170, 215). Im Fall "Hors-Liste Medikamente" wurden betreffend drei von unterschiedlichen Herstellern produzierte Medikamente drei nebeneinander bestehende vertikale Wettbewerbsabreden (abgestimmte Verhaltensweise) im Sinne von Art. 4 Abs. 1 und Art. 5 Abs. 4 KG festgestellt, wobei jedes der drei herstellenden Unternehmen separat sanktioniert wurde (vgl. RPW 2010/4, S. 649 ff., Rz. 302, 380 f.). Im Fall "Flughafen Zürich AG (Unique) - Valet Parking" erfüllte das sanktionierte Unternehmen den Tatbestand der Verweigerung von Geschäftsbeziehungen, wobei dessen Verhalten gegenüber einem anderen Unternehmen auch als Diskriminierung von Handelspartnern hätte qualifiziert werden können, was die Vorinstanz letztlich offenliess (vgl. RPW 2006/4, S. 625 ff., Rz. 195, 210, 275). Insofern muss in jenem Fall von einem Tatkomplex ausgegangen werden. Aus den von den Beschwerdeführerinnen genannten Fällen lässt sich daher nicht der Schluss ziehen, die Vorinstanz habe ihre Praxis geändert. Vielmehr kommt darin zum Ausdruck, dass die Praxis auf fallspezifischen Besonderheiten beruht, wie die Beschwerdeführerinnen bezüglich anderer Verfahren selbst eingestehen (vgl. Beschwerde, Rz. 1143).

11.4.8.4 Im Fall von zwei im gleichen Untersuchungszeitraum praktizierter Abreden erhob die Vorinstanz gestützt auf Art. 5 Abs. 1 Bst. a SVKG einen Zuschlag von 20 % (vgl. Verfügung der WEKO vom 18. Oktober 2010, in: RPW 2010/4 S. 717 ff., Rz. 413 f., "Baubeschläge für Fenster und Fenstertüren"). Noch höhere Zuschläge (50 bis 200 %) erhob die Vorinstanz in anderen Fällen mit drei bis mehr als 20 horizontalen Abreden, die in den gleichen Untersuchungszeitraum fielen und im gleichen Verfahren beurteilt wurden (vgl. Verfügung der WEKO vom 22. April 2013, in: RPW 2013/4 S. 524 ff., Tabelle in Rz. 978, 981, "Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich"; Verfügung der WEKO vom 16. Dezember 2011, in: RPW 2012/2 S. 270 ff., Rz. 1126 ff., "Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau"). In einem jüngst ergangenen Entscheid erachtete das Bundesverwaltungsgericht einen Zuschlag von 12 % im Falle einer Koppelung (Art. 7 Abs. 2 Bst. f KG) und Einschränkung des Absatzes der Konkurrenten (Art. 7 Abs. 2 Bst. e KG) im Rahmen von zwei voneinander getrennten Handlungen als angemessen (vgl. Urteil des BVGer B-2597/ 2017 E. 15.2.6.21, "Kommerzialisierung von elektronischen Medikamenteninformationen"). Im vorliegenden Fall sind missbräuchliche Verhaltensweisen im Rahmen von zwei Tatkomplexen zu sanktionieren. Ein Zuschlag von 20 % ist angesichts der vorstehend genannten Zuschlagspraxis nicht zu beanstanden. Da beide Tatkomplexe über den gesamten Untersuchungszeitraum begangen wurden, ist es gerechtfertigt, diesen Zuschlag auf dem um den Dauerzuschlag erhöhten Basisbetrag zu erheben.

11.4.9 Besonders hoher Gewinn als erschwerender Umstand

Da die Vorinstanz keinen über den "Normalgewinn" hinausgehenden besonders hohen Gewinn (vgl. Art. 5 Abs. 1 Bst. b SVKG) erkannte, unterliess sie eine Sanktionserhöhung (vgl. Verfügung, Rz. 890), was unbestritten geblieben ist.

11.4.10 Mildernde Umstände

Bei mildernden Umständen, insbesondere wenn das Unternehmen die Wettbewerbsbeschränkung nach dem ersten Eingreifen des Sekretariats der Wettbewerbskommission, spätestens aber vor der Eröffnung eines Verfahrens beendet, wird der Betrag nach den Artikeln 3 und 4 vermindert (vgl. Art. 6 Abs. 1 SVKG). Daneben kommen weitere, nicht genannte mildernde Umstände in Betracht, z.B. eine einvernehmliche Regelung oder Kooperation (vgl. Urteile des BVGer B-2597/2017 E. 15.2.7.8, 15.2.7.12, "Kommerzialisierung von elektronischen Medikamenteninformationen"; B-506/2010 vom 19. Dezember 2013 E. 14.4.6, "Gaba"; DÄHLER/KRAUSKOPF, a.a.O., S. 143; DOSS, a.a.O., Rz. 304; DAVID BRUCH/BEAT ZIRLICK, Schadenersatz und Sanktionsbemessung, in: Jusletter 2. März 2020, Rz. 12; PICHT, a.a.O., Art. 6 SVKG, Rz. 1, 8 ff., 14 ff., 17 ff.), nicht aber abgebrochene Verhandlungen über eine einvernehmliche Regelung (vgl. Urteil des BVGer B-2597/2017 E. 15.2.7.11, "Kommerzialisierung von elektronischen Medikamenteninformationen").

Die Vorinstanz hat keine mildernden Umstände festgestellt, da die Beschwerdeführerinnen die missbräuchlichen Verhaltensweisen weder eingestellt hätten noch eine überdurchschnittliche Kooperation vorliege (vgl. Verfügung, Rz. 892). Dies wird von den Beschwerdeführerinnen zwar nicht bestritten. Sie machen aber geltend, die Vorinstanz hätte im vorliegenden Fall mildernde Umstände berücksichtigen müssen, da sie trotz Kenntnis der Art und Weise der Rechtevergabe sowie des Cablecom-Vertrags bei der Regelung der Rechtevergabe untätig geblieben und den Markt auf nicht vorhersehbare Weise abgegrenzt habe. Zudem habe sie nicht berücksichtigt, dass die Beschwerdeführerinnen Wettbewerb geschaffen und das Monopol der KNU durchbrochen hätten (vgl. Beschwerde, Rz. 1148 ff.).

Dass die Vorinstanz darauf verzichtet hat, die Rechtevergabe zu regeln, kann nicht zu einer Minderung der Sanktion führen, da von der Vorinstanz - auch angesichts ihrer eingeschränkten Kapazität - nicht überall und jederzeit Markteingriffe zur Vermeidung von Wettbewerbsverstössen erwartet werden können. Auch die von den Beschwerdeführerinnen als überraschend bezeichnete Marktabgrenzung kann nicht sanktionsmildernd berücksichtigt werden. Vielmehr wurde bereits dargelegt, dass sie mit einer solchen rechnen mussten (vgl. E. 11.3.4; vgl. auch BGE 146 II 217 E. 9.4 "Preispolitik Swisscom ADSL", in welchem die Erstmaligkeit einer Kosten-Preis-Schere nicht als mildernder Umstand qualifiziert wurde). Des Weiteren hat die Vorinstanz den Um-

stand, dass die Beschwerdeführerinnen Wettbewerb in den TV-Plattformmarkt gebracht haben, bereits bei der Beurteilung der Schwere des Verstosses berücksichtigt (vgl. E. 11.4.6). Somit ist eine Verminderung des Sanktionsbetrags nicht angezeigt.

11.4.11 Verhältnismässigkeit

Schliesslich rügen die Beschwerdeführerinnen, die Sanktion sei unverhältnismässig (vgl. Art. 2 Abs. 2 SVKG i.V.m. Art. 5 Abs. 2 BV). So sei es nicht angemessen, dass die Vorinstanz bei der Berechnung des Basisbetrages auf einen viel breiteren Markt als den von ihr für das vorgeworfene missbräuchliche Verhalten als relevant bezeichneten Markt abstelle. Zudem beziehe sich das vorgeworfene Verhalten auf einen Bruchteil des gesamten von Teleclub bereitgestellten Programms. Die Sanktion betrage praktisch [...] von Teleclub; dies sei ein zu korrigierendes Missverhältnis (vgl. Beschwerde, Rz. 1150 ff.; Replik, Rz. 259 f.).

Wie bereits ausgeführt, hat die Vorinstanz im vorliegenden Fall zu Recht auf weitere betroffene TV-Märkte abgestellt und entsprechend höhere Umsätze (Swisscom TV inkl. Teleclub) festgestellt (vgl. E. 11.4.1 und 11.4.4). Da die Vorinstanz des Weiteren zu Gunsten der Beschwerdeführerinnen darauf verzichtet hat, die Umsätze der benachbarten Fernmeldemärkte einzubeziehen (vgl. E. 11.4.4) und die Beschwerdeführerinnen nicht geltend machen, die Sanktion sei im Sinne der finanziellen Tragfähigkeit unverhältnismässig (vgl. Urteil des BVGer B-823/2016 E. 6.1.1, "Flügel und Klaviere", mit Verweisen), stösst die Rüge der Beschwerdeführerinnen, die Sanktion sei unverhältnismässig, ins Leere.

11.4.12 Ergebnis zum Sanktionsbetrag

Der von der Vorinstanz verfügte Sanktionsbetrag von Fr. 71'818'517.- ist somit zu bestätigen. Er setzt sich gemäss den vorstehenden Ausführungen wie folgt zusammen:

Obergrenze Basisbetrag (Art. 3 SVKG)	Fr. […].–
Basisbetrag unter Berücksichtigung der Art und Schwere des Verstosses (Art. 3 SVKG)	Fr. 35'205'155.–
Erhöhung des Basisbetrags aufgrund der Dauer des Verstosses (Art. 4 SVKG)	Fr. 24'643'609.–
Zuschlag wegen erschwerender Umstände: Wiederholter Verstoss (Art. 5 Abs. 1 Bst. a SVKG)	Fr. 11'969'753.–
Total	Fr. 71'818'517.–

12. Ergebnis betreffend materielle Prüfung und Sanktion

Als Ergebnis folgt, dass die Beschwerdeführerinnen ihre beherrschende Stellung auf den nationalen Märkten für die Bereitstellung von Schweizer Fussball- und Eishockeyübertragungen im Rahmen eines Liga-Wettbewerbs im Pay-TV und auf den nationalen Märkten für die Bereitstellung von ausländischen Fussballübertragungen im Rahmen eines Liga-Wettbewerbs (Bundesliga, Primera División & Copa del Rey, Serie A) im Pay-TV missbraucht haben, indem sie gegenüber verschiedenen TV-Plattformanbietern keinen Zugang zu den als unerlässlich qualifizierten Inhalten der Teleclub-Sportkanäle 1-3 respektive von "Teleclub en français" gewährt und damit Geschäftsbeziehungen verweigert (Art. 7 Abs. 1 KG i.V.m. Art. 7 Abs. 2 Bst. a KG), andere TV-Plattformen durch unterschiedlichen Umfang des Teleclub-Sportangebots und durch die unterschiedliche Verfügbarkeit von Teleclub-Sportübertragungen per PPV diskriminiert (Art. 7 Abs. 1 KG i.V.m. Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG) sowie gegenüber Cablecom und Sunrise mit einer Klausel betreffend das Verbot der Contentakquirierung unangemessene Geschäftsbedingungen erzwungen haben (Art. 7 Abs. 1 KG i.V.m. Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG). Dafür sind sie von der Vorinstanz zu Recht mit einer Verwaltungssanktion in der Höhe von Fr. 71'818'517.- nach Art. 49a KG belastet worden. Die Beschwerde ist somit abzuweisen.

13. Verfahrenskosten und Parteientschädigung

13.1 Vorinstanzliche Verfahrenskosten

13.1.1 Die Vorinstanz hat den Beschwerdeführerinnen aufgrund ihres Zeitaufwandes von 1'931,7 Stunden eine Gebühr von Fr. 381'817.50 auferlegt (vgl. Verfügung, Rz. 918).

Diese Kostenrechnung verletzt nach Ansicht der Beschwerdeführerinnen das Äquivalenzprinzip. Zudem rügen sie, dass die Kosten, die auf die Untersuchung des eingestellten Sachverhalts (Untersuchungshandlungen gegen den ehemaligen Verwaltungsratspräsidenten und CEO von Cinetrade) zurückgingen, nicht ausgesondert worden seien (vgl. Beschwerde, Rz. 1173 ff., Duplik, Rz. 263 f.).

Aufgrund letzterer Rüge korrigierte die Vorinstanz den Zeitaufwand auf 1'902.45 Stunden und reduzierte entsprechend die vorinstanzlichen Verfahrenskosten auf Fr. 376'492.50 (vgl. Vernehmlassung, Rz. 102; Duplik, Rz. 112).

Dies führt zu einer entsprechenden Korrektur von Dispositiv-Ziffer 2 der angefochtenen Verfügung und somit zu einer teilweisen Gutheissung der Beschwerde.

13.1.2 Die Vorinstanz erhebt unter anderem Gebühren für Verfügungen über die Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen (Art. 53a Abs. 1 Bst. a KG). Die Gebühr wird im Detail durch den Bundesrat geregelt (Art. 53a Abs. 3 KG). Gestützt hierauf hat der Bundesrat die Gebührenverordnung KG vom 25. Februar 1998 erlassen (GebV-KG, SR 251.2). Gemäss dieser ist gebührenpflichtig, wer ein Verwaltungsverfahren verursacht hat (Art. 2 GebV-KG). Die Gebühr bemisst sich nach dem Zeitaufwand (Art. 53a Abs. 2 KG; Art. 4 Abs. 1 GebV-KG), wobei ein Stundenansatz von Fr. 100.- bis Fr. 400.- gilt (Art. 4 Abs. 2 GebV-KG).

Das Äquivalenzprinzip verlangt in Konkretisierung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes insbesondere, dass eine Gebühr in keinem offensichtlichen Missverhältnis zum objektiven Wert der bezogenen Leistung steht und sich in vernünftigen Grenzen bewegt (vgl. BGE 139 III

334 E. 3.2.4; 128 I 46 E. 4a; Urteil des BVGer B-105/2019 vom 1. September 2020 E. 4.3.1).

Die Gebühr erscheint selbst mit dem korrigierten Wert von Fr. 376'492.50 zwar hoch, ist jedoch mit der Anzahl Stunden und dem angewandten Stundensatz ausgewiesen (vgl. Verfügung, Rz. 918; Vernehmlassung, Rz. 112, Fn. 251; Beilage zur Vernehmlassung "Abrechnung nach KG-Gebührenverordnung - Cinetrade AG"). Die Stundensätze von Fr. 130.- bis Fr. 290.- bewegen sich im unteren bis mittleren Rahmen dessen, was Art. 4 Abs. 2 GebV-KG vorgibt. Den geltend gemachten Stundenaufwand erklärt die Vorinstanz zu Recht mit der Komplexität der Untersuchung und der Schwierigkeit des Verfahrensgegenstandes, was sich auch am Umfang der eingereichten Eingaben zeige (vgl. Duplik, Rz. 112). Des Weiteren ist auf den Umfang der angefochtenen Verfügung (219 Seiten) sowie auf die Anzahl der teilweise äusserst umfangreichen Aktenstücke (491) hinzuweisen. Die korrigierte Gesamthöhe der Gebühr erscheint insgesamt als verhältnismässig und verletzt somit das Äquivalenzprinzip nicht (vgl. Urteil des BVGer B-105/2019 E. 4.3.4).

13.2 Verfahrenskosten und Parteientschädigung für das vorliegende Verfahren

Die Beschwerdeinstanz auferlegt die Kosten des Beschwerdeverfahrens in der Regel der unterliegenden Partei (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Die Spruchgebühr bemisst sich nach Umfang und Schwierigkeit der Streitsache, Art der Prozessführung und finanzieller Lage der Parteien (Art. 63 Abs. 4bis Bst. b VwVG; Art. 2 Abs. 1 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Art. 4 VGKE sieht bei vermögensrechtlichen Streitigkeiten mit einem Streitwert von über 5 Mio. Fr. eine Gerichtsgebühr zwischen Fr. 15'000.- und Fr. 50'000.- vor. Angesichts des ausgewiesenen Vermögensinteresses der vorliegenden Streitigkeit (Sanktionsbetrag von 71,8 Mio. Fr.) ist die Gerichtsgebühr (inkl. Kosten für Zwischenverfügung vom 21. März 2017) streitwertabhängig auf Fr. 50'000.- festzusetzen (Art. 2 Abs. 1 VGKE i.V.m. Art. 4 VGKE). Diese ist den nur minimal obsiegenden Beschwerdeführerinnen aufzuerlegen. Diese Gebühr wird nach Rechtskraft des Urteils dem am 23. August 2016 von den Beschwerdeführerinnen geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 50'000.- entnommen.

Da die Beschwerdegegnerin bei diesem Ausgang des Verfahrens als grösstenteils obsiegend gilt und in ihrem subsubeventualiter gestellten Rechtsbegehren auf Beschwerdeabweisung (vgl. Rechtsbegehren Ziff. 4 der Beschwerdeantwort vom 6. Dezember 2019) Recht bekommt, ist ihr zulasten der Beschwerdeführerinnen eine Parteientschädigung in der Höhe von Fr. 18'500.- zuzusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG; Art. 7 VGKE).

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird teilweise gutgeheissen, und die Verfahrenskosten gemäss Ziffer 2 der Verfügung der Vorinstanz vom 9. Mai 2016 werden auf Fr. 376'492.50 reduziert.

2.

Soweit weitergehend wird die Beschwerde abgewiesen.

3.

Die Kosten des Beschwerdeverfahrens von Fr. 50'000.- werden den Beschwerdeführerinnen auferlegt und nach Eintritt der Rechtskraft dieses Urteils dem in gleicher Höhe geleisteten Kostenvorschuss entnommen.

4.

Der Beschwerdegegnerin wird zulasten der Beschwerdeführerinnen für das Beschwerdeverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 18'500.- zugesprochen.

5.

Dieses Urteil geht an die Beschwerdeführerinnen, die Beschwerdegegnerin, die Vorinstanz und das Eidgenössische Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung.

[Rechtsmittelbelehrung]

Abkürzungsverzeichnis
Registre des abréviations
Indice delle abbreviazioni

A

AF	Arrêté fédéral
AIMP	Accord intercantonal sur les marchés publics
AJP	Aktuelle juristische Praxis (=PJA)
Amtl. Bull.	Amtliches Bulletin
AS	Amtliche Sammlung des Bundesrechts
ATF	Arrêts du Tribunal fédéral suisse, Recueil officiel

B

BA	Bundesamt
BB	Bundesbeschluss
BBl	Bundesblatt
BG	Bundesgesetz
BGBM	Bundesgesetz über den Binnenmarkt
BGE	Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichtes, amtliche Sammlung
BGer	Bundesgericht
BOCE	Bulletin officiel du Conseil des Etats
BOCN	Bulletin officiel du Conseil national
BoeB	Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen
BR	Bundesrat
BR/DC	Zeitschrift für Baurecht, Revue du droit de la construction
BUCN	Bollettino ufficiale del Consiglio nazionale
BUCSt	Bollettino ufficiale del Consiglio degli Stati
BV	Bundesverfassung
BZP	Bundesgesetz über den Bundeszivilprozess

C

CC	Code civil
CE	Communauté Européenne
CE	Conseil des Etats
CF	Conseil fédéral
FR.	Schweizer Franken / Francs suisses / Franchi svizzeri
CO	Code des obligations
Cost.	Costituzione federale
CPC	Code (cantonal) de procédure civile
CPS	Code pénal suisse
cst.	Constitution fédérale

D

DCP	Diritto e politica della concorrenza (=RPW)
DPC	Droit et politique de la concurrence (=RPW)
DG	Direction Générale (UE)

E

EU	Europäische Union

F

FF	Feuille fédérale
FMG	Fernmeldegesetz

G

GATT	General Agreement on Tariffs and Trade
GebrV	Verordnung über Gebrauchsgegenstände
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
GU	Gemeinschaftsunternehmen

H

HGer	Handelsgericht
HMG	Heilmittelgesetz

I

IPRG	Bundesgsetz über das internationale Privatrecht
IVöB	Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen

J

JAAC	Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération
JdT	Journal des Tribunaux

K

KG	Kartellgesetz
KMU	Kleine und mittlere Unternehmen
KSG	Konkordat über die Schiedsgerichtsbarkeit
KVG	Bundesgesetz über die Krankenversicherung

L

LAA	Loi fédérale sur l'assurance-accidents
LAMal	Loi fédérale sur l'assurance-maladie
LCA	Loi fédérale sur le contrat d'assurance
LCart	Loi fédérale sur les cartels et autres restrictions à la concurrence
LCD	Loi fédérale contre la concurrence déloyale
LCsl	Legge federale contro la concorrenza sleale
LDA	Loi fédérale sur le droit d'auteur
LDIP	Loi fédérale sur le droit international privé
LETC	Loi fédérale sur les entraves techniques au commerce
LF	Loi fédérale / Legge federale
LL	Legge federale sul lavoro
LMG	Bundesgesetz über Lebensmittel und Gebrauchsgegenstände
LMI	Loi fédérale sur le marché intérieur
LMP	Loi fédérale sur les marchés publics
LOTC	Legge federale sugli ostaccoli tecnicial commercio
LPM	Loi fédérale sur la protection des marques
LRFP	Loi fédérale sur la responsabilité du fait des produits
LSPr	Legge federale sulla sorveglienza dei prezzi

M

N

O

O	Ordonnance
OCDE	Organisation de Coopération et de Développement Economique
OCSE	Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico

OECD	Organisation for Economic Cooperation and Development
OFAP	Office fédéral des assurances privées
OG	Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege
OGer	Obergericht
OJ	Loi fédérale sur l'organisation judiciaire
OMC	Organisation mondiale du commerce
OMP	Ordonnance sur les marchés publics
OR	Obligationenrecht
OTVA	Ordonnance concernant la taxe sur la valeur ajoutée
P	
PA	Loi fédérale sur la procédure administrative
PCF	Loi fédérale sur la procédure civile fédérale
PJA	Pratique Juridique Actuelle (=AJP)
Pra.	Die Praxis des Schweizerischen Bundesgerichts
PrHG	Produktehaftpflichtgesetz
Publ.CCSPr	Publications de la Commission suisse des cartels et du préposé à la surveillance des prix
PüG	Preisüberwachungsgesetz
Q	
R	
RDAF	Revue de droit administratif et de droit fiscal
RDAT	Rivista di diritto amministrativo ticinese
RDS	Revue de droit suisse (=ZSR)
REKO/WEF	Rekurskommission für Wettbewerbsfragen
Rep. Patria	Repertorio di Giurisprudenza
RJB	Revue de la société des juristes bernois (=ZBJV)
RO	Recueil officiel des lois fédérales (=AS)
RPW	Recht und Politik des Wettbewerbs (=DPC)
RR	Regierungsrat
RS	Recueil systématique des lois fédérales (=SR)
RSDA	Revue suisse de droit des affaires (=SZW)
RSJ	Revue suisse de jurisprudence (=SJZ)
RSPI	Revue suisse de la propriété intellectuelle (=SMI)
S	
SAV	Schweizerischer Anwaltsverband
SchKG	Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs
SHAB	Schweizerisches Handels-amtsblatt
SJ	La semaine judiciaire
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung (=RSJ)
SMI	Schweizerische Mitteilungen über Immaterialgüterrecht (=RSPI)
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts (=RS)
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch
StR	Ständerat
SZW	Schweizerische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (=RSDA)
T	
TA	Tribunal administratif
TApp	Tribunale d'Appello
TC	Tribunal cantonal / Tribunale cantonale
TF	Tribunal fédéral / Tribunale federale
THG	Bundesgesetz über technische Handelshemmnisse
TRIPS	Trade Related Aspects on Intellectual Property
U	
UE	Union Européenne
UFIAML	Ufficio federale dell'industria, delle arti e mestieri e del lavoro
URG	Bundesgesetz über das Urheberrecht
URP	Umweltrecht in der Praxis (=DEP)
UWG	Bundesgesetz über den unlauteren Wettbewerb
V	
VKKP	Veröffentlichungen der Kartellkommission und des Preisüberwachers
VKU	Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen
VoeB	Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen
VPB	Verwaltungspraxis der Bundesbehörden (=JAAC)
VwVG	Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren
W	
WTO	Welthandelsorganisation (World Trade Organization)
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb
X	
Y	
Z	
ZBGR	Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht (=RNRF)
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (RJB)
ZBl	Schweizerisches Zentralblatt fur Staats- und Verwaltungsrecht
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch
ZPO	Zivilprozessordnung
ZSR	Zeitschrift für schweizerisches Recht

Index

A

abgestimmtes Verhalten -

abgestimmte Verhaltensweise 576, 691 f., 694, 701 705 f., 732 ff., 737, 744, 773 ff., 779, 785, 883

Abrede 573, 576, 578, 588, 593 ff., 610, 612, 640, 648 f., 653, 659, 676 ff., 682, 684, 687 ff., 701, 705 ff., 724, 728, 730 ff., 737 f., 741 ff., 755 f., 757, 759 ff., 763, 768, 771 ff., 782 ff., 805, 810 f., 819, 829, 841, 869 f., 882 f., 888

Acquiring -

Anhörung 678, 680, 684 ff., 694, 698 f., 718, 720, 724, 726 ff., 736 f., 741, 757, 759 f., 763, 766 ff., 777 f., 781, 784, 797, 801, 814, 816, 867

Apotheker/innen -

Ärzte(-Verband) 644 ff.

B

Banken 591, 605, 620, 729, 770

Befristung des Entscheids -

Breitbanddienste -

Bündelung vertikaler Restriktionen -

C

D

Debitkarten -

Domestic Interchange Fee -

E

Effizienzgründe 688, 709, 730 f., 747, 772, 788, 841 ff., 862, 869 ff., 873

Effizienzprüfung -

Einstellung einer Untersuchung -

einvernehmliche Regelung 676, 678, 682 ff., 716 f., 719, 722 ff., 753, 755, 757 f., 762 ff., 793, 883

Erheblichkeit 680, 705, 707 f., 717, 721, 743, 745 f, 756, 760, 784 f., 787

Exklusivvertrieb -

F

G

geografische Beschränkungen -

Grosskunden-Märkte -

H

Hersteller und Grossisten von Tierarzneimitteln -

I

Indizienbeweis 688, 731, 772

Interchange Fee -

Internalisierung eines Kostenfaktors -

J

K

kollektive Marktbeherrschung -

Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen 594, 597, 610, 612, 624, 641, 819

Koppelungsgeschäft 582

Kostenraster -

Krankenversicherer 668 f.

Kreditkarten -

Kreditkarten-Akzeptanzgeschäft -

L

legitimate business reasons 582, 841 f., 869

M

Marktaufteilung -

marktbeherrschende Stellung 599, 604, 608, 610, 612, 619, 623, 625 f., 628 ff., 634, 637, 640, 643, 645, 649, 651, 653, 656, 660, 665, 738, 779, 797, 801, 829, 831, 839, 840 f., 855, 870, 877, 879

Marktgegenseite 581, 591, 606, 625, 627, 642, 662, 664, 668, 710, 748, 789, 803, 819, 823, 829 ff., 835 f., 838 ff., 870

Marktorganisation -

Marktstruktur 591 f., 678, 692, 831, 855

Marktzutrittsschranken 833, 841, 869

Meldepflicht 597, 600, 606, 609, 618, 620, 625, 633, 636, 642, 645, 651, 655, 659 f.

Missbrauch 581 f., 679, 692, 719, 758, 767, 797, 800, 802, 808, 821, 840 ff., 857 f., 861, 870, 877, 882, 884

N

Netzwerk 582, 605, 620, 818, 822, 830

Netzwerkkosten -

Nichtdiskriminierungsklausel -

O

P

Parallelverhalten 691, 701 f., 734, 775

potenzieller Wettbewerb 843

Preisabrede 706 ff., 717, 733, 744 ff., 756, 784 ff.

Preisbindung zweiter Hand -

Q

Quersubventionierung -

R

Rabatte 575, 590, 677, 679, 682, 687 ff., 693 ff., 697, 699 ff., 716, 719, 731 ff., 736 ff., 741 f., 744 ff., 748, 750, 755, 759, 772 f., 777, 779 ff., 789, 791

Reduktion der Sanktion -

S

Sanktionen 692, 707, 711 f., 728 f., 745, 749, 751, 769 f., 786, 790, 792, 806, 810, 878

Senkung Herstellkosten -

Submission 830

Submissionskartell -

T

Tarife 580, 665, 668 f., 671, 821

Tarifvertrag -

Tierärzte/innen -

Transparenzmassnahmen -

U

Umstossung der Vermutung -

Untersuchung 576, 584, 626, 662, 668, 676, 678 ff., 687, 690, 693, 699, 704, 709, 712 ff., 716 ff., 720 ff., 732, 735 f., 738, 747, 752 ff., 759 ff., 770 f., 773 f., 776, 778 f., 787 f., 793 f., 796 ff., 808 ff., 815 f., 818, 820 ff., 824, 826, 829 ff., 843 ff., 848 ff., 853 ff., 859, 861, 863 f., 866 ff., 870 ff., 880 ff.

unzulässige Wettbewerbsabrede 588, 677, 689, 708, 717, 731, 746, 756, 773, 787

V

vermutungsweise unzulässige Vertikalabrede -

Veröffentlichung 612, 620, 686, 726, 765

Verschulden 710, 748, 789, 876, 878

Vierparteiensysteme -

vorbehaltene Vorschriften 659, 753, 794, 796, 803, 806

vorgezogene Recyclinggebühren -

W

Wettbewerb um den Markt -

X

Y

Z

Zahlungsmittel -

zweiseitige Märkte -